

Tipicidade material, aborto e anencefalia.

Paulo César Busato[^].

Resumo: Se expõem os limites da questão jurídica do aborto do anencéfalo. Apresenta-se uma síntese do problema submetido à apreciação do STF. São feitas considerações comparativas entre as causas de justificação do aborto, procurando demonstrar sua pertinência nos casos de anencefalia. Em seguida, se debate a questão médica da anencefalia, traçando um paralelo com a questão do transplante de órgãos. A seguir, se trabalha o conceito jurídico penal de vida e sua proteção pela norma, dentro da perspectiva de tipicidade material. Finalmente, se ataca a questão da atipicidade da interrupção da gestação do feto anencéfalo com base no conteúdo material do tipo penal de aborto.

Palavras-chave - Aborto - Anencefalia - Direito penal - Causas de justificação - tipicidade material.

Resúmen: Se expone los límites de la cuestión jurídica del aborto del anencéfalo. Se presenta una síntesis del problema sometido a juicio del STF. Se trazan consideraciones comparativas entre las causas de justificación del aborto, procurando demostrar su pertinencia en los casos de anencefalia. Seguidamente, se debate la cuestión médica de la anencefalia, trazando un paralelo con la cuestión del trasplante de órganos. Seguidamente, se trabaja el concepto jurídico-penal de vida y su protección por la norma, dentro de la perspectiva de tipicidad material. Finalmente, se ataca la cuestión de la falta de tipicidad de la interrupción de la gestación del feto anencéfalo com base en el contenido material del tipo penal de aborto.

Palabras-clave - Aborto - Anencefalia - Derecho penal - Causas de justificación - tipicidad material.

Introdução. 1. O problema. 2 A punibilidade do aborto como produto de uma orientação social. 3. O aborto e as hipóteses de justificação. 4. A questão médica. 5. O conceito jurídico de morte e por exclusão, de vida. 6. A vida como bem jurídico-penalmente relevante. 7. A dimensão material da tipicidade. 8. A ausência do bem jurídico protegido, e logo, da tipicidade material, na interrupção da gestação do anencéfalo. Conclusões. Referências Bibliográficas.

[^] O autor é doutorando em *Problemas Actuales del Derecho penal*, pela Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla; Mestre em Ciência Jurídica pela Univali - Universidade do Vale do Itajaí, Especialista em Direito penal econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra, Promotor de Justiça no Estado do Paraná e Professor de Direito penal da Universidade Estadual de Ponta Grossa.

Introdução.

Em recente decisão sob forma cautelar, o Ministro Marco Aurélio de Melo admitiu a realização de interrupção de gestação de anencéfalo¹, o que gerou intensa polêmica em todo o país, movimentando distintos setores da sociedade, trazendo à baila, muito além de toda a questão jurídica, implicações morais, sociológicas e de diversas outras ordens.

O panorama de intenso debate e os pontos de vista conflitivos, amplamente cobertos pela mídia tornaram a questão penal apenas um detalhe, submersa em meio a um emaranhado de argumentos de outras ordens, perturbando uma apreciação técnica e adequada da matéria.

É claro que o nível de comoção que provoca a realidade da interrupção de uma gestação põe em cheque a capacidade de ordenarmos o raciocínio. É nesse sentido, de ordem de pensamento, que se pensa contribuir com estas linhas. A pretensão é de fazer um recorte do tema e situar adequadamente a matéria penal dentro do âmbito que lhe compete, que não é mais do que a representação da *ultima ratio* de controle social. Quer dizer, é

¹ “O ministro **Marco Aurélio**, do Supremo Tribunal Federal, na argüição formulada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na saúde, de descumprimento de preceitos fundamentais – da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade e do direito à saúde – consagrados pela Constituição Federal de 1988, concedeu liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno, para sobrestar os processos e decisões não transitadas em julgado e para reconhecer “o *Direito Constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto*” e o “*risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados*” (Medida cautelar em argüição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – 8, *Diário da Justiça*, Seção 1, nº 147, de 2 de agosto de 2004, pp. 64/65)”. FRANCO, Alberto Silva. “Um Bom Começo”. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 12, nº 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004, p. 2. Na ação “a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, invocando o art. 1º da Lei 9.882 de 1999, propôs a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 54-DF), indicando como preceitos fundamentais descumpridos o artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana), o artigo 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), e os artigos 6º e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal, e, como ato do poder público causador da lesão, os arts. 124, 126, *caput*, e 128 I e II, do Código Penal”. In VELLOSO, Carlos. “O aborto do feto anencéfalo”. *Folha de São Paulo*. Ed. do

necessário ressaltar, antes de tudo, que o Direito penal só se ocupa dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento social do indivíduo (princípio de intervenção mínima). É partindo dessa premissa que pretendemos analisar a situação posta. Convém notar, pois, que não se propõe o abandono completo da intervenção jurídica, muito menos da intervenção do Estado por meios extrajurídicos na questão do aborto. O que se quer aqui é, simplesmente, interromper estes caminhos de discussão e seguir apenas a vertente penal, de modo a vislumbrar até que ponto ela ocupa, ou deve ocupar, algum lugar nessa discussão.

Assim, no âmbito penal convém demarcar duas premissas básicas que, *a priori* parecem estar orientadas ao problema. A primeira refere-se à aflição psicológica a que a gestante que constata que gera um anencéfalo é acometida, a qual parece ser permanente e crescente na medida em que se aproxima o traumático final de gestação. Isso implica em uma aflição de ordem moral comparável ou até superior a outras causas de justificação albergadas pela legislação brasileira. Insta que se trate então, da possibilidade de reconhecimento de uma causa de justificação, ainda que supralegal. A segunda refere-se à adoção, própria de um regime democrático, de um Direito penal mínimo, que obriga a pensar na proteção seletiva de bens jurídicos. É necessário cogitar se a vedação da interrupção da gestação de um anencéfalo efetivamente constitui uma ofensa grave a um bem jurídico importante para o desenvolvimento de um indivíduo na sociedade e, por via de consequência, se existe, neste caso, tipicidade material.

1. O problema.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde protocolou junto ao Supremo Tribunal Federal a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 54, pondo em tela de juízo a interrupção da gestação de feto anencéfalo. Pretendia, a referida ação, que o Tribunal Constitucional do país reconhecesse expressamente o direito da mulher de interromper a gestação em situações desta natureza, que se estendesse às hipóteses de anencefalia do produto da concepção, as causas de justificação para o aborto especificadas no Código penal². O Min. Marco Aurélio Melo concedeu liminar no dia 1º de julho de 2004, entendendo que “a permanência do feto mostra-se potencialmente perigosa, podendo ocasionar danos à saúde e à vida da gestante”³. O Ministro reconheceu “a lógica irrefutável da conclusão sobre a dor, a angústia e a frustração experimentadas pela mulher grávida ao ver-se compelida a carregar no ventre, durante nove meses, um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá”⁴. No dia 20 de outubro próximo passado, o Plenário do STF reuniu-se e cassou a liminar, por maioria. É que estava em suspenso o julgamento do mérito (em virtude de vista dos autos ao Min. Carlos Ayres Britto) para a discussão da adequação do meio escolhido ADPF para o objetivo buscado. Entendeu-se então, que não era o caso de manter-se a liminar com efeitos *ex nunc* se ainda estava pendente discussão sobre a própria legitimidade do veículo processual escolhido para a demanda.

Por trás da discussão técnica processual, late uma questão muito mais importante: os aspectos morais e jurídicos implicados na causa e que, certamente, ainda que não enfrentados neste momento pelo STF, já despertaram a atenção de diversos segmentos de nossa sociedade.

² VELLOSO, Carlos. “O aborto do feto anencéfalo”. *Folha de São Paulo*. Ed. do dia 04 de novembro de 2004, p. A3.

³ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. “A dor a mais”. *Folha de São Paulo*. Ed. do dia 29 de outubro de 2004, p. A3.

⁴ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. “A dor a mais”. *Folha de São Paulo*. Ed. do dia 29 de outubro de 2004, p. A3.

Ocorre que nosso Estado, ainda que laico, abriga uma vasta gama da população vinculada aos dogmas religiosos, em especial os do catolicismo. A interrupção da gestação é tratada pela religião católica de forma bastante rígida. A expressão legislativa relacionada ao aborto é evidente fruto desta influência. Por esta razão, veio à tona, a reboque da discussão proposta ao STF, toda a questão relacionada ao aborto.

Porém, esta avalanche de conceitos e perspectivas relacionadas com o tema parece ter feito com que se perdesse o referencial central da questão, ou seja, se o Direito penal deve ou não regular a matéria relacionada com a interrupção da gestação de um anencéfalo. Uma correta visão da matéria deve retornar ao marco teórico apropriado para a discussão, pois, conforme comenta Silva Franco, “num Estado Democrático de Direito, de caráter laico, com compromissos assumidos com a dignidade da pessoa humana e com o pluralismo moral e cultural, não há razão justificadora para confundir questões jurídicas com questões morais”⁵.

O que se propõe neste breve ensaio é filtrar um pouco as questões tangenciais relacionadas com o tema, de modo a deixar livre o caminho para a avaliação penal.

2. A punibilidade do aborto como produto de uma orientação social.

O primeiro ponto a tratar é a busca das fontes da punibilidade do aborto. Sabe-se que a prática abortiva era comum entre os povos antigos. Notícia Nelson Hungria⁶ que inclusive “entre os hebreus, não foi senão muito

⁵ FRANCO, Alberto Silva. “Um Bom Começo”. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 12, nº 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004, p. 2.

⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 269. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.01.04/04 www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

depois da lei mosaica que se considerou ilícita, em si mesma, a interrupção da gravidez. Até então só era punido o aborto ocasionado, ainda que involuntariamente, mediante violência”.

Os Gregos tampouco puniam esta prática. Enquanto “Licurgo e Sólon a proibiram, e Hipócrates, no seu famoso juramento declarava: «a nenhuma mulher darei substância abortiva» [...] Aristóteles e Platão foram predecessores de Malthus: o primeiro aconselhava o aborto (desde que o feto ainda não tivesse adquirido alma) para manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência, e o segundo preconizava o aborto em relação a toda mulher que concebesse depois dos quarentas anos”⁷.

Nem mesmo o Direito Romano⁸, de início, estabelecia qualquer punição para o aborto. Só posteriormente “a *abactio partus* foi considerada uma lesão ao direito do marido à prole”⁹. Finalmente, com o advento do cristianismo é

⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp 269-270. “Dissemos, pois, que os filhos devem nascer de pais na flor da idade. – É verdade. – Porventura não te parece também que o tempo médio da flor da idade é de vinte anos para a mulher, e de trinta para o homem? - E quais são os anos para cada um? – perguntou. – A mulher dará filhos à cidade começando aos vinte anos até aos quarenta; o homem, depois de ter ultrapassado a meta mais fogosa de sua vida, a partir de então pode gerar filhos à cidade até aos cinquenta e cinco anos. – Portanto, se alguém mais velho do que estes, ou mais novo, se atirar à obra comum da geração, diremos que a sua falta não é pia nem justa, por ter dado à cidade um filho que, ainda que passe despercebido, nascerá sem ter sido gerado sob a proteção dos sacrifícios e das preces que recitam em cada casamento as sacerdotisas e sacerdotes e a cidade inteira, para que de pais bons nasçam filhos melhores, e, de pais úteis, filhos ainda mais úteis. Em vez disso, terá nascido à guarda das trevas e da terrível incontinência”. PLATÃO, *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2003, pp. 155-156.

⁸ “O aborto nem sempre foi punido, pois antigamente era indiferente ao direito, sendo considerado o feto simples anexo ocasional do organismo materno, cujo destino a mulher podia livremente decidir. Nos primeiros tempos de Roma o aborto não era punido. Depois, sendo levado em consideração o direito de paternidade em sua defesa, começou a incriminação do aborto, justamente pela frustração da esperança do pai quanto à sua descendência”. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10. “Em Roma, não cuidavam do aborto as XII Tábuas e as leis da República. Considerava-se o produto da concepção como parte do corpo da gestante, e não como um ser autônomo. Ensinava a escola estóica que *partus antequam edatur mulieris pars est ve viscerum*, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia do que dispor de seu próprio corpo, no exercício de irrecusável *jus in se ipsa*. Tornou-se o aborto, por isso mesmo, comuníssimo”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 270.

⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 271.

que o império romano dobrou-se, por força da influência religiosa, a punir a prática de aborto¹⁰.

No período do direito canônico a matéria mereceu intenso debate, ressuscitando a discussão sobre a sua punibilidade estar associada à aquisição da “alma” por parte do recém-nato¹¹.

Já nas primeiras codificações como a *Carolina*, se “cominava a morte pela espada a quem fizesse abortar alguma mulher e ordenava a morte por afogamento da mulher que em si mesma provocasse aborto”¹².

Nota-se, pois, claramente a influência da religião católica na formulação da punibilidade do aborto. É possível contra-argumentar referindo que se trata de um comentário sobre as origens da sociedade ocidental, época em que a consciência a respeito da preservação da vida em formação carecia muito do conhecimento científico.

Porém, tampouco parece que as primeiras formulações jurídicas do Direito penal brasileiro, já em uma época muito mais próxima da nossa realidade, tenham determinado o perfil incriminador que hoje temos reservado para esta conduta.

¹⁰ Nogueira comenta que “foi o Cristianismo que introduziu no conceito de aborto a idéia da morte de um ser humano, punindo-o como homicídio; o problema discutido era o do momento em que a alma penetrava no organismo em formação, distinguindo-se o feto animado do inanimado para efeito de punição”. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10. “Foi, porém, com o cristianismo que se consolidou a reprovação social do aborto. Sob seu influxo, os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformaram o antigo direito e assimilaram o aborto criminoso ao homicídio, sendo-lhe cominada até mesmo a pena do *culeus*”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp 271-272.

¹¹ “No começo da Idade Média, os teólogos disputaram em torno da incriminação do aborto. Santo Agostinho, com fundamento na doutrina de Aristóteles, dizia que o aborto só era crime quando o feto já tivesse recebido alma, o que se julgava ocorrer 40 ou 80 dias após a concepção, segundo se tratasse de varão ou de mulher. São Basílio, porém, firmando-se na versão da *Vulgata*, não admitia distinção alguma: o aborto provocado era sempre criminoso”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp 271-272.

¹² “Quem, por meio de violência, ou ministrando substâncias ou beberagens, provocar uma mulher a abortar um feto vivo, se tal crime foi praticado dolosa e perseverantemente, será decapitado como homicida; e a mulher que em si mesma provocar aborto, seja afogada, ou de outro modo punida com a morte. Se, porém, a criança cujo aborto foi provocado ainda não era *viva*, consulte-se o parecer dos entendidos em direito”.

Segundo refere Bitencourt, nosso Código penal do Império (1830) previa a criminalização apenas do aborto praticado por terceiro e não do auto-aborto¹³. É bem verdade que o aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante era punido, mas não a prática pela própria gestante, o que dá um indicativo de uma propensão à proteção do bem jurídico vida, sem desprezo completo da proposição de defesa dos interesses da própria gestante. A punição do auto-aborto aparece por primeira vez no Código Penal de 1890¹⁴. O Código Penal de 1940 - cuja parte especial vige até hoje - estabelece, como causas de exclusão da antijuridicidade, o aborto para salvar a vida da gestante (que pode ser considerado uma especialidade do estado de necessidade) e os casos onde a gravidez é resultante de estupro. Esta última forma de exclusão da antijuridicidade é reveladora de uma evidência: que o critério moral permeia a seleção das condutas justificadas relacionadas especificamente ao tema.

3. O aborto e as hipóteses de justificação.

Antes de adentrar a discussão da questão, frise-se que se incursiona no tema das causas de justificação como mero exercício argumentativo. Trata-se de oferecer uma tese alternativa, já que a existência de uma justificação presume a existência de um tipo penal, coisa que somente se está admitindo, de momento, como uma hipótese. É de lembrar, porém, que a arguição proposta ao Supremo Tribunal Federal tem por escopo justamente a distensão das hipóteses de justificação para a conduta que realiza a interrupção

¹³ “O Código Criminal do Império de 1830 não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Punia somente o realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Criminalizava, na verdade, o *aborto consentido* e o *aborto sofrido*, mas não o *auto-aborto*”. In BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 3ª ed., v.2, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 3ª ed., v.2, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.01.04/04 www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

da gestação, já admitida, por exemplo, em casos de gravidez resultante de estupro, de modo a alcançar os casos em que há diagnóstico de anencefalia do feto.

Salta aos olhos que a justificação do aborto em gravidez resultante de estupro visa uma preservação que não se relaciona em absoluto com o bem jurídico vida e nem obedece qualquer critério médico. Na verdade, trata-se da preservação da honra subjetiva da parturiente ou até mesmo de sua sanidade psicológica mediante o sacrifício de uma vida em gestação.

Afirma Hungria, sobre o aborto sentimental, que “nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida”¹⁵. O autor lembra a lição de Binding, segundo o qual “«seria profundamente iníqua a terrível exigência do direito, de que a mulher suporte o fruto de sua involuntária desonra»”¹⁶.

Entretanto, não se tem reconhecido, no âmbito forense, como igual proteção da sanidade psicológica da mulher a interrupção da gestação de um feto anencéfalo, ainda que seja evidente o sofrimento que se impinge à gestante pela determinação de que o parto deva chegar a termo.

Na realidade, o fundamento pelo qual nosso Código não abriga a possibilidade de exclusão da antijuridicidade nas hipóteses de anencefalia deriva simplesmente da época de sua edição, quando a ciência médica ainda não avançara a ponto de oferecer um diagnóstico seguro sobre a inviabilidade fetal em casos de anencefalia. Basta ver os comentários dos tratadistas da época, quando cuidavam da questão do aborto relacionado com problemas clínicos do produto da concepção. Menciona Aníbal Bruno:

¹⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 312.

“É impossível definir com segurança o que resultará do jogo entre os genes favoráveis e desfavoráveis provindos dos dois núcleos germinais e submetido por sua vez à influência das infinitas condições que irão cercar a evolução do nôvo (sic) ser e imprimirlhe a extrema complexidade da sua estrutura e do seu comportamento individual [...] Em verdade, estamos diante de um problema obscuro, sobre o qual a ciência da herança ainda não pôde dizer a palavra decisiva. E nada mais contrário aos princípios que regem o Direito do que pretender decidir sôbre (sic) tais incertezas o destino de um ser humano”.¹⁷

No mesmo sentido, Néelson Hungria:

“O Código não incluiu entre os casos de aborto legal o chamado aborto eugenésico, que, segundo o projeto dinamarquês de 1936, deve ser permitido «quando existe perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padecerá de enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia ou perigosa e incurável enfermidade corporal». Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas *trouvailles* dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de *eugenia*. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjeturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado. Eis a incisiva lição de Von Franqué: «Não há doença alguma da mãe ou do pai, em virtude da qual a ciência, de modo geral ou nalgum caso particular, possa, com segurança, prever o nascimento de um produto degenerado, que mereça, sem maior indagação, ser sacrificado... Os enfermos mentais, posto que capazes de reprodução, podem ter descendentes inteiramente sãos e de alta espiritualidade...A grande maioria dos tuberculosos gera filhos perfeitamente sãos e até mesmo robustos»”¹⁸.

¹⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 312.

¹⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte especial, Tomo IV*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, pp. 174-175.

¹⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp. 313 e

Na verdade, o problema do chamado “aborto eugênico” se referia então às deformidades físicas e mentais que o feto poderia apresentar e, nestes casos, a defesa do aborto em casos como tais guardava simetria com o horror nazista de propostas de eliminação similares às Leis eugênicas então editadas. Nesse diapasão, a autorização do aborto se referia a uma situação em que não havia prognóstico de morte. É Magalhães Noronha quem comenta a “falibilidade do prognóstico: no caso concreto, não haverá *fatalidade* do efeito pernicioso no ente em formação: é mais uma razão para não se admitir sua morte antecipada”¹⁹.

Pois bem. A determinação legislativa taxativa de hipóteses de exclusão de antijuridicidade do aborto, contida no art. 128, com certeza já não reflete do mesmo modo que à época de sua edição (1940) as aspirações da sociedade brasileira, nem a realidade do avanço científico. As hipóteses em questão estão restritas à gravidez resultante de estupro e à gestação que implica em risco de vida para a gestante. Ao tratar-se de uma causa especial de exclusão da antijuridicidade, a interpretação, em princípio, seria restritiva e não comportaria ampliação.

No entanto, convém ressaltar que, como de regra, o direito culmina pela absorção das razões sociais em constante e paulatina evolução. Temos assim que, uma vez já reconhecida socialmente e tecnicamente, como circunstância que justifica a prática interruptiva da concepção, a hipótese em apreço já é contemplada no anteprojeto de nova parte especial do Código Penal que atualmente tramita como projeto no Congresso Nacional²⁰. A situação é,

314.

¹⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1987-1988, p. 62.

²⁰ “É perfeitamente defensável a orientação do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156. O anteprojeto prevê, para a hipótese a seguinte redação: “Não constitui crime o aborto praticado por médico: Se se comprova, Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.01.04/04

www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

portanto, de conhecimento comum, somente não figurando no mundo jurídico dados os trâmites legislativos, que sempre vem a reboque ou como resultado de um prévio posicionamento social.

A matéria já vem, inclusive, suscitando freqüentes comentários dos doutos, valendo citar passagem da recente obra de Paulo Lúcio Nogueira intitulada “Em Defesa da Vida”:

“O médico Thomaz Rafael Gollop, em artigo bastante esclarecedor sobre o assunto, e com sua experiência no atendimento de mais de três mil casais em exames pré-natais para diagnóstico de malformações fetais, examina a questão do aborto eugênico sob o prisma médico e informa que «na área de minha especialidade, a ultra-sonografia e outros exames de alta precisão fornecem dados muito seguros sobre a saúde do feto nos casos de risco, nos quais, dado um quadro adverso, o casal deveria ter o direito de escolher livremente pela continuação ou interrupção da gravidez». (Boletim do IBCCrim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 12, jan., 1994). Informa o ilustre médico que “recente levantamento comparativo feito pela Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia mostra que, em 1970, cerca de 35% dos médicos eram favoráveis a uma lei que permitisse a interrupção da gravidez por anomalia fetal. Hoje, 90% dos obstetras pensam da mesma forma. Houve uma revolução do pensamento médico, ditada por todo o tipo de informação e pelos avanços tecnológicos, mas não acompanhada pela lei penal nem por setores influentes da sociedade.” E acrescenta que “o que nós temos observado é que em 95% dos casos, diante de uma anomalia fetal grave, a opção do casal é a interrupção da gestação ainda que ela não seja legal em nosso meio”. E conclui, mencionando dois precedentes jurídicos da mais alta importância. “Em dezembro de 1992, o Juiz Dr. Miguel Kfoury Neto, de Londrina, autorizou a interrupção de uma gestação na qual havia sido diagnosticada anencefalia. Em dezembro de 1993, entramos com ação e obtivemos do Juiz de Direito Dr. Geraldo Francisco Pinheiro Franco autorização para

através de diagnóstico pré-natal, que o nascituro venha a nascer com graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas, desde que a interrupção da gravidez ocorra até a vigésimo semana e seja precedida de parecer de dois médicos diversos daquele que, ou sob cuja direção, o aborto é realizado”.

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.01.04/04

www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

interromper gravidez de 23 semanas em feto portador de acrania. A nosso ver, são essas demonstrações claras, onde o avanço da ciência médica procurou e obteve apoio e sensibilidade da classe jurídica.”²¹

Bitencourt refere justamente que “o Código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costumes e hábitos dominantes na década de 30”²². Não são mais aceitáveis os critérios sociais ou científicos da época como parâmetro para os dias atuais. Afinal, continua Bitencourt, “passaram sessenta anos, e, desse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mas principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução da ciência médica”²³. A precisão dos diagnósticos clínicos atuais faz com que haja “condições de definir com absoluta certeza e precisão eventual anomalia do feto e, conseqüentemente, a inviabilidade de vida extra-uterina”²⁴.

Códigos penais de edição mais moderna, como o espanhol, de 1995, já prevêm uma clara ampliação das hipóteses de exclusão da antijuridicidade no aborto para incluir hipóteses inclusive mais amplas que a anencefalia²⁵, mantendo sempre, a permissividade para a expulsão do feto gerado em situação de estupro.

²¹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 15-16.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156.

²⁵ O artigo 417 bis do CP espanhol prevê o aborto eugenésico o embriopático: “art. 417 bis, 1, 3ª: “Que se presume que o feto deverá nascer com graves taras físicas ou psíquicas, sempre que o aborto se pratique dentro das vinte e duas primeiras semanas de gestação e que o parecer, expresso com anterioridade à prática do aborto, seja emitido por dois especialistas de centro o estabelecimento sanitário, público ou privado, cadastrado a estes efeitos, e distintos daquele sob cuja direção se pratique o aborto”.

As duas situações, da gravidez resultante de estupro e da gestação de um anencéfalo, no que tange ao período gestacional, produzem semelhante aflição psicológica na mulher. A primeira, porque os nove meses de gestação representam uma suprema exigência e sofrimento da mãe que a cada instante estará revendo as cenas horrendas que produziram esta gravidez. A segunda, porque a cada dia estará vendo o desenvolvimento agônico de um ser que dá mais um passo no inexorável caminho da morte.

Não há distinção possível no âmbito destas duas situações do ponto de vista dos valores jurídicos a serem preservados.

O momento das causas de justificação, segundo Roxin é justamente o espaço de contraposição entre os valores, "é o âmbito da solução social de conflitos, o campo no qual os interesses individuais conflitantes ou necessidades sociais globais entram em choque com as individuais"²⁶. Aqui aparece a necessidade de sopesar a preponderância da pretensão individual contra o interesse coletivo, e mais ainda, se expressa a proporcionalidade e a igualdade material, ao dotar de soluções igualitárias do ponto de vista das exigências sociais, pretensões individuais equivalentes. Por isso, situações de idêntica aflição, como no caso, devem merecer idêntico tratamento de parte do direito, tratando-se ambas como situações justificadas.

Se não se pode fazê-lo à míngua de previsão legal específica, cumpre reconhecer, na hipótese, uma situação de causa supralegal de exclusão da ilicitude.

É que o direito, no tema da justificação, não pode ficar adstrito a uma interpretação estreitamente positivista, mas sim deve transcender a norma para buscar seu sentido, esclarecendo a fundamentação pela qual uma determinada conduta deve ser considerada justificada perante o sistema de

²⁶ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema de Direito penal*. Trad. de Luís Greco, Rio de Janeiro:

controle social. Esta fundamentação evidentemente guarda uma *ratio* eminentemente social e, por isso mesmo, configura um ponto sensível à evolução da sociedade em que se insere. Por isso, não se pode restringir o âmbito da justificação apenas a causas legais, senão que devem ser admitidas também causas supralegais de justificação. Nesse sentido, comenta Francisco de Assis Toledo²⁷:

“As causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, numa estreita concepção positivista do direito, às hipóteses expressas em lei. Precisam igualmente estender-se àquelas hipóteses que, sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes. Além disso, como não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, a criação de novas causas de justificação, ainda não traduzidas em lei, torna-se uma imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal”.

Analisando a situação da interrupção da gestação do anencéfalo, verificamos claramente que estamos diante de uma situação onde a evolução da ciência médica permite um diagnóstico de cem por cento de segurança a respeito da inviabilidade da sobrevivência do produto da concepção. Por outro lado, o estágio de evolução da sociedade permite equiparar a aflição derivada desta gestação àquela sofrida pela gestante estuprada. Assim, transparece extreme de dúvidas a necessidade de reconhecimento da causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Porém, convém ressaltar ainda, que para o desenvolvimento do argumento em reconhecimento desta causa excludente da ilicitude, se parte da

Renovar, 2000, p. 30.

²⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 171.

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.01.04/04

www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

presunção, não aceita, senão por mero exercício argumentativo, que se está diante de um fato típico.

Em verdade, o tipo é questionável a partir dos próprios fundamentos de sua concepção. Da idéia mesma de aborto, se comparada com a realidade fática e principalmente médica da anencefalia.

4. A questão médica.

Do ponto de vista médico, convém referir que ainda que estejamos vivendo um momento de consideráveis avanços tecnológicos, que a indústria farmacêutica e a técnica médica tenham alcançado patamares exponencialmente mais importantes do que há poucas décadas atrás, é certo que ainda não chegamos à possibilidade de reversão de determinados quadros clínicos.

Em contrapartida, é certo que temos cada vez mais diagnósticos precisos, de modo a permitir à atividade médica uma considerável redução de riscos. No que tange à anencefalia, convém citar o estudo publicado na página do Comitê Hospitalar de Bioética do Hospital de Emergência Eva Perón, na Argentina, onde se comenta que “o diagnóstico de anencefalia se realiza no útero com alto grau de certeza. Um estudo que combinou os resultados de seis instituições, detectou mais de 130 casos, sem nenhum diagnóstico falso positivo (em nenhum caso o diagnóstico pré-natal de anencefalia resultou equivocado)”²⁸.

Reconhecido isto, convém notar que esta mesma medicina, absolutamente avançada, concluiu que não é viável a geração de crianças anencéfalas, ou seja, que sem a atividade do cérebro, separado do organismo

²⁸. retirado do site do Comitê Hospitalario de Bioética del HOSPITAL INTERZONAL GENERAL DE AGUDOS “EVA PERON”, <http://www.comite.bioetica.org/dict7.htm>, em 30 de outubro de 2004. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.01.04/04 www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

da mãe, ao cabo do período gestacional, o feto anencéfalo necessariamente fenece. “Desafortunadamente, não existe nenhum tratamento para a anencefalia. Devido à falta de desenvolvimento do encéfalo, aproximadamente 75% dos bebês nascem mortos e 25 por cento restante só logra sobreviver umas poucas horas, dias ou semanas”²⁹.

É certa, portanto, a inviabilidade da sobrevivência do feto anencéfalo. Este perecimento deriva, exatamente, da falta de atividade cerebral.

“A anencefalia é uma patologia congênita que afeta a configuração encefálica e dos ossos do crânio que rodeiam a cabeça. A consequência deste problema é um desenvolvimento mínimo do encéfalo, o qual com frequência apresenta uma ausência parcial ou total do cérebro (região do encéfalo responsável pelo pensamento, a vista, o ouvido, o tato e os movimentos). A parte posterior do crânio aparece sem fechar e é possível, ademais, que faltem ossos nas regiões laterais e anterior da cabeça”³⁰.

O anencéfalo, ao nascer, está em estado vegetativo, ou seja, sua respiração e batimento cardíaco estão associados ao tronco, que permite a ele estas ações mecânicas. Não há, entretanto, atividade cerebral propriamente dita, por falta do cérebro. Assim, este ser está condenado perenemente a esta condição vegetativa, sem qualquer possibilidade de desenvolvimento dos sentidos, de uma vida, afinal, tal qual se espera.

E o perecimento do anencéfalo deriva da necessária interdependência entre o cérebro e o tronco. Quer dizer, ainda que o tronco produza determinadas funções essenciais como o batimento cardíaco e o movimento pulmonar (ademais de outros movimentos involuntários e às diversas funções anatomicamente associadas ao tronco), é certo que a permanência

²⁹ Retirado do site <http://www.mmhs.com/clinical/peds/spanish/neuro/anenceph.htm>, do Martin Memorial Health System, em 30 de outubro de 2004.

³⁰ Retirado do site <http://www.mmhs.com/clinical/peds/spanish/neuro/anenceph.htm>, do Martin Memorial

deste funcionamento depende de outras atividades que incumbem ao cérebro, como o funcionamento de glândulas e o movimento muscular que facilita a própria respiração. Sem estas, aos poucos perece a própria atividade do tronco.

O cotidiano médico esbarra com situações deste tipo mais cotidianamente do que parece, pois não só o feto anencéfalo padece da falta de atividade cerebral, como um sem número de vezes, enfermidades graves ou acidentes com resultados muito danosos podem levar pessoas que, a principio não padecem de problemas congênitos, à cessação de atividades encefálicas. Há um grande volume de casos em que a medicina, por estar hoje dotada de recursos técnicos e aparelhos de alto grau de sofisticação, mesmo onde cessa a atividade cerebral de algum enfermo ou acidentado, consegue lograr mantê-lo com atividade cardio-respiratória justamente por conta de medicamentos e aparelhos, até que o perecimento do tronco, derivado também da falta da atividade do cérebro, conduz à falência total.

Pois bem, esta situação, na prática, equivale à do anencéfalo na medida em que ambos tem ativa a função cárdio-respiratória, porém, inoperante a atividade encefálica completa, quer dizer, da inter-relação entre cérebro e tronco. Há porém, ao menos duas diferenças: a primeira, que o anencéfalo mantém a atividade cárdio-respiratória sem auxilio de aparelhos enquanto que a pessoa acidentada ou doente o faz pela intervenção destes; a segunda, que a pessoa acometida da enfermidade ou do acidente, um dia teve alguma atividade cerebral, e fisicamente goza do órgão necessário para tanto, enquanto que o anencéfalo jamais teve esta atividade e nem tampouco pode vir a tê-la pela falta do órgão essencial para isso.

Daí deriva que no jargão médico já não se fala simplesmente em morte, senão em morte clínica e morte encefálica.

5. O conceito jurídico de morte e por exclusão, de vida.

Pois bem. Como se sabe, muitas vezes o direito extrai alguns de seus conceitos das ciências naturais, outros das ciências sociais e outros ainda da experiência empírica. Outras tantas vezes o direito estabelece seu próprio conceito a respeito de determinados objetos ou fatos, que não necessariamente coincide com o conceito comum.

Evidentemente, se o direito, e em especial, o Direito penal se ocupa da proteção do bem jurídico vida, é necessário saber, antes de tudo, o que é vida para o direito e, em especial, para o Direito penal.

Não há no arcabouço jurídico um conceito preciso sobre vida. Há conceitos a ela relacionados, como, por exemplo, o reconhecimento de personalidade jurídica e outros correlatos às sucessões no âmbito civil.

Porém, se não há precisão quanto à vida, sob um aspecto conceitual, este conceito jurídico se pode alcançar pela via da exclusão.

É que a Lei 9.434/97, que regula a matéria relativa ao transplante de órgãos estabelece exigências para a doação de órgãos. Nesse sentido, o art. 16 da referida lei é claro ao exigir:

“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”.

A matéria foi regulamentada na Resolução nº 1480 do Conselho Federal de Medicina, em 08 de agosto de 1997, na qual consta textualmente que “...a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte,

conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial...”.

Ademais, a mesma resolução estabelece os critérios que deverão ser seguidos no protocolo de diagnose da morte encefálica são compostos de exames clínicos e complementares, referidos os clínicos à inércia respiratória e os complementares todos dirigidos à constatação da inatividade cerebral.

“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. 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 da 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”.

Assim, para o caso de doador morto, a lei citada estabelece a possibilidade de doação de órgãos, mediante o cumprimento de uma *conditio sine qua non* que é o atestado de cessação de atividade encefálica do doador.

Logo, se pode concluir que o sujeito é considerado morto quando sua passagem pelo protocolo não revela possibilidade de sobrevivência. Este conceito clínico é albergado juridicamente para permitir o transplante de órgãos. Ou seja, ao atestarem os peritos a respeito da cessação da atividade cerebral, isso representa, na prática, não haver vida, ao menos do ponto de vista jurídico, já que o paciente perde o direito sobre seu próprio corpo, cedendo-o ao transplante de órgãos.

Morte, juridicamente falando, é, pois, a ausência de vida, representada esta pela atividade cerebral da qual depende a realização de todas as funções do encéfalo (tronco mais cérebro) e por conseguinte, de todo o corpo humano. Havendo conceito jurídico de morte, é possível, por exclusão, denominar-se juridicamente vida, ainda que não haja uma absoluta coincidência entre o conceito médico de morte encefálica e a situação neurológica derivada da anencefalia³¹.

É bem verdade que o protocolo clínico que dá ensejo à possibilidade de transplante, exige a comprovação da extinção também de atividade do tronco cerebral. Poder-se-ia então, argumentar que no anencéfalo, esta atividade existe. Porém, é certo o perecimento desta mesma atividade - do tronco - em cem por cento dos casos³² de anencefalia. Uma vez que esta atividade somente tem possibilidade de subsistir a partir de uma

³¹ Alberto Silva Franco, apoiado em lições médicas sustenta não haver coincidência absoluta entre a anencefalia e a falta de atividade do tronco cerebral, já que, a anencefalia apresenta alguns rudimentares reflexos do tronco, motivo pelo qual não cumpre com os critérios médicos e biológicos vigentes. Comenta o jurista: "A anencefalia, que significa a ausência no feto dos dois hemisférios cerebrais, não corresponde no plano médico à morte cerebral, cujo sinal inequívoco *"reside na verificação da ausência de função total e definitiva do tronco cerebral"*. Embora esse esteja presente, nos fetos anencefálicos – o que permite em alguns casos a sobrevivência desses fetos, por tempo mínimo, fora do claustro materno – força é convir que as duas situações são similares *"A ausência de hemisférios cerebrais, no primeiro caso, e a afetação definitiva do cérebro, no segundo, suprimem 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 a afirmação de que a vida, no primeiro caso, subsista como vida humana, isto é, como a vida de um ser humano destinado a chegar a ser (ou já) pessoa humana"* (Patrick Vespieren, "Diagnóstico prenatal y aborto selectivo. Reflexión ética", *La Vida Humana, Origen y Desarrollo*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1989, p. 178)". Porém, ainda assim, o professor paulista se inclina por admitir que uma eventual proteção à gestação de um anencéfalo não se traduz em proteger a vida, ao afirmar que "mulher, gestante de feto anencefálico, não tem em seu útero um ser vivo, mas sim carrega, em seus entranhas, um ser condenado irreversivelmente à morte. Impedi-la de antecipar o parto, significa deixá-la, meses a fio, convivendo com a expectativa de um nascimento frustrado, o que constitui, sem nenhuma margem de dúvida, agravo à saúde física e psicológica". FRANCO, Alberto Silva. "Um Bom Começo". In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 12, nº 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004, p. 2.

³² "A maior parte dos anencéfalos falecem durante os primeiros dias de vida. Menos del 50% sobrevive 24 horas. Em três estudos importantes, ou não sobreviveu nenhum dos bebês anencéfalos à primeira semana de vida, ou sobreviveu 5% ou 9%. Em quase nenhum dos estudos se acharam sobrevividas maiores de 2 meses". retirado do site do Comité Hospitalario de Bioética del HOSPITAL INTERZONAL GENERAL DE AGUDOS "EVA PERON", <http://www.comite.bioetica.org/dict7.htm>, retirado em 30 de outubro de 2004.

combinação com atividade cerebral, é certo que perecerá também no anencéfalo em um limite temporal absolutamente curto. A única alternativa para fazer com que siga funcionando o tronco do anencéfalo sem a atividade encefálica é a adição de aparelhos e medicamentos em uma artificialidade semelhante àquela em que se coloca o enfermo ou acidentado cuja vida é mantida por aparelhos. Daí deriva que a situação clínica de ambos é absolutamente semelhante.

A morte do anencéfalo deriva justamente da falta de atividade cerebral, tal qual o doador de órgãos. Logo, se morte - para efeito da lei de doação de órgãos - é a cessação completa da atividade cerebral, vida é a existência, por tênue que seja, de atividade cerebral. O diagnóstico de anencefalia é, portanto, um diagnóstico a respeito da certeza da morte imediata ou, na melhor das hipóteses, iminente e que ademais, equivale, precisamente, à morte diagnosticada pelo protocolo superado com vistas ao transplante. Tanto é assim, que a anencefalia é considerada, nos tratados médicos, como "uma deformação incompatível com a vida"³³.

6. A vida como bem jurídico-penalmente relevante.

Esta vida, expressada como atividade cerebral, vida humana, portanto, é o bem jurídico mais importante de que se encarrega o Estado de proteger. Todo o ordenamento jurídico, e como parte dele, o jurídico-penal, deve ser orientado no sentido da primazia da proteção do bem jurídico vida.

Evidentemente, ao ser o Direito penal o instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para realizar sua tarefa de controle social, sendo a vida o bem jurídico mais importante que existe, é normal esperar a

³³ PETERS, Gerd. *Neuropatología Clínica*. Trad. para o espanhol de J. Cervos-Navarro, Barcelona: Ediciones Toray, 1974, p. 296.

regulação da proteção à vida através do Direito penal. É normal esperar-se inclusive, que a proteção penal possa estender-se por toda a vida, pelo que, há interesse na regulação penal com o emprego de normas incriminadoras até mesmo no âmbito da geração de vida.

Isso quiçá possa justificar a punibilidade do aborto, ainda que se possa discutir, como faz Alberto Silva Franco³⁴, sobre a autonomia da vontade da mulher ou sobre a trágica realidade que representa a larga cifra negra associada a esta espécie delitiva³⁵.

De qualquer sorte, é certo que a vida intra-uterina seguiria merecendo proteção do Estado, penal, inclusive, em hipóteses de aborto sem o consentimento da gestante.

A questão que se põe, em cuja discussão não se adentra aqui³⁶, é entre ser ou não ser admissível social e juridicamente, a prática abortiva por opção da gestante.

³⁴ “A antecipação do parto de feto anencefálico põe em discussão a questão maior do aborto e da flagrante inconstitucionalidade dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, por desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, do direito de preservação da autonomia da vontade da mulher e do direito à saúde”. FRANCO, Alberto Silva. “Um Bom Começo”. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 12, nº 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004, p. 2.

³⁵ “E se tudo isso não bastasse, seria ainda de crescer-se a sua comprovada e altíssima cifra negra a demonstrar que mulheres de extratos sociais mais altos praticam o delito sem que sejam incomodadas pela lei penal, enquanto mulheres de condições menos favorecidas, porque apresentam seqüelas e são atendidas na rede de saúde pública, são incriminadas por aborto”. FRANCO, Alberto Silva. “Um Bom Começo”. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 12, nº 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004, p. 2.

³⁶ A esse efeito remete-se à obra de Paulo Lúcio Nogueira, *Em defesa da vida*, onde o autor comenta: “Tem havido uma campanha sistemática, inclusive através dos meios de comunicação, mormente a televisão, em favor da *descriminalização* do aborto, que é crime contra a vida em nossa legislação penal, por ser pacífico na ciência que a vida se inicia com a concepção. Aqueles que defendem o aborto se apegam aos seguintes argumentos: 1) A mulher tem o direito de dispor de *parte do seu corpo*. 2) Em nosso país há milhões de *menores marginalizados*. 3) Se querem punir o aborto, deveriam punir também a *esterilização* e os *meios anticoncepcionais*. 4) A liberação do aborto acabaria com os abortos clandestinos. 5) A ameaça penal é *ineficaz*. 6) O aborto limitaria a *natalidade*. 7) Se a mulher quer abortar e não pode, o *filho indesejado*. 8) O aborto contribui para evitar um *mal maior*, que seria a futura marginalização do menor. Tomando-se assim os referidos argumentos podemos, rebatê-los. 1) A mulher tem direito de dispor de *parte de seu corpo*, sabe-se que o feto é um ser humano em formação e não um simples apêndice ou parte da mãe. 2) Em nosso país há milhões de *menores marginalizados*, no dia em que o país contar com homens públicos que administrem corretamente nossas riquezas e prioridades

Assim, parece ser tranqüilamente admissível que o bem jurídico vida merece proteção penal desde o ventre contra possíveis ataques que se voltem contra ele e contra a vontade de quem o gera.

7. A dimensão material da tipicidade.

É necessário lembrar que o Direito penal, nas palavras de Basileu Garcia³⁷, “é o conjunto de normas que o Estado estabelece para combater o crime, através das penas e medidas de segurança”. É, portanto, um instrumento de controle social.

Esse conjunto de normas que o Estado estabelece tem obviamente, uma finalidade, que é a tarefa do Direito Penal, e que consiste na “proteção dos bens jurídicos e a salvaguarda da paz jurídica”³⁸.

O Direito penal efetiva esta tarefa através da proteção seletiva de bens jurídicos³⁹. Nesse sentido, Silva Sánchez⁴⁰ refere que “a exigência de que o

sociais, os menores serão devidamente considerados, através de uma política séria e sadia. 3) Se o aborto é punido, deveriam punir também a *esterilização* e os meios *anticoncepcionais*, a questão é colocada em igualdade, mas trata-se de assuntos bem diferentes. O aborto é crime contra a vida. A esterilização e os meios anticoncepcionais visam impedir a concepção de um ser e, portanto, devem ser incentivados. 4) A liberação do aborto acabaria com os *abortos clandestinos*. Países que toleram, admitem ou regulamentam o aborto têm demonstrado que os abortos clandestinos continuam sendo feitos. 5) A ameaça penal é *ineficaz*, aliás, isso não ocorre apenas com o aborto, mas com todos os demais crimes, dada a ineficiência dos órgãos policiais, ministeriais e judiciais. Mas não será pela falta de punição que iremos regulamentar os crimes que não são apurados, pois isso seria um absurdo. 6) O aborto limitaria a *natalidade*, mais eficazes que o aborto são a esterilização e os meios anticoncepcionais. 7) O *filho indesejado* já nasceria enjeitado e traumatizado, a afirmação poderia ter validade para o filho oriundo de um estupro ou ato violento, mas não de uma relação livre. E quantas mães existem que, apesar de não terem desejado engravidar, levaram a gravidez a bom termo, tendo filhos sadios, alegres e dispostos? 8) O aborto contribui para a futura marginalização do menor, dizem os defensores do aborto que “um país que não pode sustentar seus filhos não tem o direito de exigir seu nascimento”. Mas convém salientar que essa situação vergonhosa de nosso país deve ser debitada aos governantes. É muito mais cômodo pedir a regulamentação ou descriminalização do crime sob o argumento falso de se evitar dano maior do que trabalhar e enfrentar o mal já existente sanando suas feridas, pois é certo que se pode fazer alguma coisa se existe realmente intenção e disposição para trabalhar”. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10.

³⁷ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 5ª Ed., São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 8.

³⁸ WESSELS, Johannes. *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 3.

Direito penal intervenha exclusivamente para proteger bens jurídicos(-penais) constitui uma garantia fundamental do Direito penal moderno”. Trata-se, segundo Silva Sánchez, de uma verdadeira “manifestação da confluência (não pacífica, mas tensa) de princípios garantísticos”.

Estes princípios garantistas expressos na proteção seletiva de bens jurídicos são, conforme sustenta Muñoz Conde⁴¹, justamente o princípio de legalidade e o princípio de intervenção mínima.

Wessels⁴² assevera que “a missão do Direito penal consiste em proteger os valores elementares fundamentais da vida em comum dentro da ordem social e em garantir a salvaguarda da paz jurídica”, acrescentando que “por bens jurídicos designam-se os bens vitais, os valores sociais e os interesses juridicamente reconhecidos do indivíduo ou da coletividade, que, em virtude de seu especial significado para a sociedade, requerem proteção jurídica”.

Não é sem razão, portanto, que E. R. Zaffaroni⁴³ enfatiza que “o tipo penal não nasce ao acaso. Ele é, antes, produto de uma reflexão social, de uma construção lógica que parte da visão do bem a ser tutelado, passa pela norma - que é a fórmula de proteção do bem-, e deságua no tipo legal, que

³⁹ Para Roxin, o objetivo do Direito penal se resume na “proteção subsidiária de bens jurídicos” ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Trad. de Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 51. Assim também opina TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 13-14. Já tivemos oportunidade de subscrever idêntico posicionamento, ao tratar das funções e missões do Direito penal em BUSATO, Paulo César y MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 41 y ss.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992, p. 267.

⁴¹ Ao comentar a tipicidade, Muñoz Conde refere que “da ampla gama de comportamentos antijurídicos que se dão na realidade, o legislador seleciona – conforme o *princípio de intervenção mínima* – aqueles mais intoleráveis e mais lesivos para os bens jurídicos mais importantes e os ameaça com uma pena, descrevendo-os no preceito de uma norma penal, cumprindo assim, ademais, as exigências do princípio de legalidade ou de intervenção mínima”. MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 253-254.

⁴² WESSELS, Johannes. *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 3.

⁴³ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Manual de Derecho Penal*. 6ª Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991, pp. 382/383. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.01.04/04

www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

nada mais é do que a descrição da conduta violadora da norma e que atinge ou expõe o bem tutelado a perigo”. No mesmo sentido, Francisco de Assis Toledo⁴⁴ comenta:

“Na construção originária de Beling (1906), o tipo tinha uma significação puramente formal, meramente seletiva, não implicando, ainda, um juízo de valor sobre o comportamento que apresentasse suas características. Modernamente, porém, procura-se atribuir ao tipo, além desse sentido *formal*, um sentido *material*. Assim, a conduta, para ser crime, precisa ser *típica*, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito (*nullum crimen sine lege*). Não obstante, não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável”.

Não há tipicidade penal sem que a conduta seja materialmente típica, quer dizer, seja capaz de atingir ou expor a perigo o bem tutelado⁴⁵.

Assim, afirma Gonzalo Fernández⁴⁶:

“aqueles casos onde, malgrado a tipicidade formal e apesar da plástica subsunção ao tipo da conduta, não medeia entretanto afetação ao bem jurídico protegido; [...] cremos que a conduta deve ser havida por *atípica* (inadequada ao tipo) e com isso se fecha a qualificação jurídico-penal, sem ingressar sequer em análises subseqüentes da anturidicidade e, muito menos, ao exame sobre a culpabilidade do sujeito”.

⁴⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 131.

⁴⁵ Alguns autores, como Jescheck, sustentam, na hipótese de ausência do alcance do bem jurídico protegido como expressão material da norma, uma falta de “antijuridicidade material”. Nesse sentido, refere que “uma ação é antijurídica em um sentido material quando se atende ao menoscabo do bem jurídico protegido por la norma correspondente”. In JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª ed., Granada: Comares, 2002, p. 250.

⁴⁶ FERNÁNDEZ, Gonzalo D.. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004, p.

Esta concepção, adequada aos princípios inspiradores das garantias próprias de um Estado democrático de Direito, obrigam a suplantar definitivamente o conceito de tipo anódino e vazio, o “fantasma exangue” de Beling⁴⁷.

Conclui-se do raciocínio doutrinário que a tutela do bem jurídico assume importância capital no delineamento do tipo penal, de modo que, sem afetar o bem jurídico protegido não há dimensão material da tipicidade e deste modo, não há fato típico com relevância penal.

8. A ausência do bem jurídico protegido, e logo, da tipicidade material, na interrupção da gestação do anencéfalo.

Daí se faz necessária análise, no caso em apreço, a respeito do modo pelo qual a conduta possa atentar contra bem jurídico penalmente protegido.

A respeito, convém citar a inoidável lição de Heleno Cláudio Fragoso⁴⁸:

162.

⁴⁷ Beling defendia uma concepção de tipo em que este refletia simplesmente o catálogo de condutas proibidas, sem qualquer consideração ao seu conteúdo, cuja valoração somente seria perpetrada nas seguintes categorias do delito. Afirmava Beling que “redz-se o atual Direito Penal a um *catálogo de tipos delitivos*. A antijuricidade e a culpabilidade subsistem como notas conceituais da ação puníveis, mas concorre com elas, como característica externa, a “*Tipicidade*” (adequação ao catálogo)”. BELING, Ernst Von. *Esquema de derecho penal – la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, pp. 37-38. Muñoz Conde explica que “o tipo, ao contrário do que pensava seu criador Ernst Beling, não é uma categoria neutra valorativamente, mas implica já uma seleção de comportamentos e, portanto, uma valoração (o típico é já, o relevante penalmente), não é menos certo, porém, que certas ações em si típicas carecem de relevância social ao ser comuns no âmbito social”. MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 257.

⁴⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. vol. 1, PG, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 264/265.

“Objeto substancial do crime é aquilo que a ação delituosa atinge; é o conteúdo material ou realístico da norma penal. Para que se chegue a conhecer essa realidade que a ação incriminada atinge, é indispensável, sem dúvida, partir de um exame do sentido da ordem jurídica em geral, e da ordem jurídico-penal em particular. Parece inegável que o legislador, ao ameaçar com a imposição de pena certa conduta, ou seja, ao estabelecer uma proibição ou um comando, visa determinar nos destinatários da norma um comportamento oposto àquele que incrimina. Como já se disse, com grande propriedade, o preceito jurídico não visa pôr à prova a obediência dos súditos, mas evitar o que é proibido ou conseguir o que é imposto. A norma jurídica é apenas meio para determinado fim, que, a juízo do legislador, constitui um bem ou interesse da coletividade. Se determinada ação ou omissão é punível, é porque corresponde a um desvalor da vida social, constituindo um fato que leva ou expõe a perigo interesses importantes da vida coletiva, cuja tutela supõe-se exigir a ameaça da pena criminal...”.

Da lição de Fragoso deflui que não basta pensar na expressão formal da norma. Não basta pensar na proibição que ela encerra como algo cogente e ao mesmo tempo indiscutível. É necessário perscrutar a respeito dos valores que estão por trás da norma, no bem jurídico protegido e na capacidade da norma em expressar esta proteção. É importante situar o bem jurídico como razão de ser da norma, como “um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica”⁴⁹.

Ora, seguindo essa linha de raciocínio, tem-se que o aborto - possível prática ilícita que decorreria da conduta não autorizada de interrupção da gravidez -, tem por objetividade jurídica a proteção da vida do feto.

Na hipótese em apreço trata-se da gestação de um feto anencéfalo, ou seja, sem cérebro. Trata-se de um ser destituído de qualquer possibilidade de vida extra-uterina, consoante a unânime opinião da ciência

⁴⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. vol. 1, PG, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 265.

médica, justamente pela falta de atividade cerebral. A ausência de atividade cerebral é considerada, para fins jurídicos, o conceito legal de morte que ampara a possibilidade de iniciar-se o procedimento de retirada dos órgãos de doadores.

Morte e vida são antônimos, tanto do ponto de vista natural quanto jurídico. Se a falta de atividade cerebral representa morte, inclusive como conceito jurídico e se morte é o contrário da vida, devemos concluir que não é possível proteger o bem jurídico vida onde ela não existe. É por isso que ao disparar em um cadáver, o agente comete o crime de vilipêndio de cadáver (contra o sentimento de respeito aos mortos) e não um homicídio (atentado contra a vida).

Se não há qualquer possibilidade de se falar em atividade cerebral e, portanto, em vida no quadro de anencefalia, não é possível pretender estender a proteção do tipo penal a casos que tais. Diante desse quadro dramático, é correto pensar que a conduta típica não encontra enquadramento no capítulo dos crimes contra a vida, isto porque, o conceito médico de vida - e diga-se, outro parâmetro não pode ser tomado - consiste na existência de atividade cerebral e não cardíaca.

Por lamentável que seja, não há o que preservar. A vida do feto é impossível, dada a anencefalia, daí porque, sendo a vida inviável, a interrupção da gestação é conduta que, a rigor, não atinge o bem jurídico visado pela norma penal, e, de conseqüência, não havendo bem jurídico a ser protegido, da mesma forma, não há tipicidade penal.

Cumprir destacar que dentro das finalidades a que se propõe o Direito penal - de proteção seletiva de bens jurídicos -, não há porque fazer incidir a norma incriminadora. Do ponto de vista penal, não há aflição do bem jurídico protegido, do ponto de vista técnico, médico, não há vida assim compreendida, e do ponto de vista social, antes de causar repulsa, a

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.01.04/04
www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

interrupção da gravidez, na espécie, é compreensível e provoca a reflexão a respeito da mácula psicológica que representa para os pais levarem a cabo uma gravidez como esta, com a certeza de um final trágico. O Direito penal não pode trabalhar com o escopo de, pela inflexibilidade, tornar-se cruel.

Aliás, como de regra, o direito culmina pela absorção das razões sociais em constante e paulatina evolução. Temos assim que, uma vez já reconhecida socialmente e tecnicamente, como circunstância que justifica a prática interruptiva da concepção, resta ao direito, como concreção de um sistema de controle social realmente coerente com as aspirações cidadãs, não mais que seguir esta mesma orientação.

Conclusões.

Não havendo vida, na hipótese, tal qual ela pode ser entendida, sendo tal fato atestado por pareceres clínicos, realizada a conduta interruptiva da gestação, não é possível que o sujeito logre atingir o bem jurídico protegido em questão, com o que, cuida-se de fato materialmente atípico.

Não é possível caracterizar-se o aborto, porque este é um dispositivo jurídico que se inscreve no capítulo dos delitos dolosos contra a vida. A vida é o bem jurídico protegido pelo aborto. Se onde há cessação da atividade cerebral não há vida, não há objeto jurídico. Não havendo objeto jurídico não há proteção jurídica justificada. Como tal, não pode existir responsabilidade penal.

Deduz-se, pois, que a expulsão do ventre do feto anencéfalo é um indiferente penal.

Há mais. Ainda que assim não fosse, o gravame de ordem psicológica que a gestação de um feto inviável provoca na mãe é pelo menos

igual, senão mais grave, do que outras razões de ordem moral albergadas pela legislação brasileira.

A interrupção de gestação de anencéfalo já é admitida em outros países de legislação mais moderna. Nossa legislação de parte especial do Código Penal é de 1940 e responde a uma realidade da ciência médica contemporânea à sua edição.

Por outro lado, ao contrário da distância legislativa que se guarda em relação a países mais avançados, nossa sociedade, e com ela as exigências cidadãs, como efeito da intensa globalização de informações, já reclama um novo modelo de regulamentação jurídica da matéria. Se isso, por ora, não é possível, parece correto, no mínimo, admiti-lo sob a forma de uma causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Referências Bibliográficas:

ARGENTINA. Comité Hospitalario de Bioética del HOSPITAL INTERZONAL GENERAL DE AGUDOS “EVA PERON”, <http://www.comite.bioetica.org/dict7.htm>, em 30 de outubro de 2004. Acesso em 30 de outubro de 2004.

BELING, Ernst Von. *Esquema de derecho penal - la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 3ª ed., v.2, São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte especial, Tomo IV*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BUSATO, Paulo César y MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. <http://www.mmhs.com/clinical/peds/spanish/neuro/anenceph.htm>, Martin Memorial Health System. Acesso em 30 de outubro de 2004.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D.. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

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

FRANCO, Alberto Silva. "Um Bom Começo". *In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 12, nº 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 5ª Ed., São Paulo: Max Limonad, 1980.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª ed., Granada: Comares, 2002.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. "A dor a mais". *Folha de São Paulo*. Ed. do dia 29 de outubro de 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1987-1988.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Trad. de Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema de Direito penal*. Trad. de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

VELLOSO, Carlos. "O aborto do feto anencéfalo". *Folha de São Paulo*. Ed. do dia 04 de novembro de 2004.

WESSELS, Johannes. *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1980.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Manual de Derecho Penal*. 6ª Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991.