

FACER FACULDADES  
UNIDADE DE RUBIATABA  
CURSO DE DIREITO

LAIZ ELMIRA MARRA ARRIEL

**ABORTO E ANENCEFALIA**  
**Visão Doutrinária e Religiosa**

RUBIATABA/GO

2015

LAIZ ELMIRA MARRA ARRIEL

**ABORTO E ANENCEFALIA**  
**Visão Doutrinária e Religiosa**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à disciplina de Monografia II do curso de Direito da Facer Faculdades, Unidade de Rubiataba, sob a orientação do Professor Ms. Marcio Lopes Rocha.

De acordo e recomendado para a banca

---

Ms. Marcio Lopes Rocha  
Professor Orientador

RUBIATABA/GO

2015

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**LAIZ ELMIRA MARRA ARRIEL**

**ABORTO E ANENCEFALIA  
Visão Doutrinária e Religiosa**

**COMISSÃO EXAMINADORA**

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM  
DIREITO PELA FACER FACULDADES – UNIDADE RUBIATABA**

Resultado: \_\_\_\_\_

Orientador: \_\_\_\_\_

Ms. Márcio Lopes Rocha

1º Examinador(a): \_\_\_\_\_

2º Examinador(a): \_\_\_\_\_

**RUBIATABA/GO**

**2015**

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, que sempre me mostraram o melhor caminho a ser seguido, expondo a importância de se lutar por um futuro melhor, valorizando os obstáculos e, especialmente, as conquistas.

Aos meus avós que amo tanto Sebastião Arriel e Elmira Arriel, que me incentivaram e sempre me ajudaram nessa vida.

Ao meu namorado Fabio Aires, que esteve ao meu lado e me ajudou a superar o cansaço e os medos, me alegrando e dando força em qualquer momento.

Ao professor Marcio Rocha, que me auxiliou, possibilitando a produção deste trabalho monográfico.

Aos professores e funcionários da instituição, que sempre me contribuíram de forma significativa para minha formação.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que me concebeu uma vida abençoada e me permitiu caminhar, iluminando toda minha trajetória mostrando-me sempre o caminho da fé.

Aos meus pais e avós, por serem exemplos de seres humanos dedicados e por terem acreditado em mim, incentivando-me a todo o momento, impedindo que vacilasse diante de qualquer obstáculo.

*“Chamamos de Ética o conjunto de coisas que as pessoas fazem quando todos estão olhando”.*

*“E o conjunto de coisas que as pessoas fazem quando ninguém está olhando chamamos de Caráter”.*

*Oscar Wilde.*

**RESUMO:** O presente trabalho monográfico versa sobre o aborto em casos de anencefalia, com ênfase na colisão entre as visões doutrinária e religiosa, com objetivo de demonstrar o atual tratamento pela legislação vigente, seus impactos na sociedade como um todo, influências religiosas, culturais, éticas, médicas e em todos os outros setores envolvidos. O tema abordado encontra-se bastante atual e, por ser um assunto de grande importância e polêmico, sempre se manteve em discussão, desde os povos mais primitivos, ressurgindo constantemente, principalmente nos dias atuais, onde o aborto encontra respaldo legal em algumas situações, embora haja inúmeras divergências de opiniões acerca de sua legalização ou proibição. Este trabalho foi realizado prioritariamente por meio de revisão bibliográfica através de livros, periódicos, relatórios, teses, dissertações, artigos e outros, com o levantamento da literatura temática empreendendo-se pesquisa documental e digital.

**Palavras-chaves:** Aborto, aborto eugênico e anencefalia.

**ABSTRACT:** The present monographic work approach about the abortion in cases of anencephaly, with emphasis on the collision between the doctrinal and religious views, with the objective to demonstrate the actual treatment by the current legislation, its impacts on the society all over, religious influences, cultural, ethics, health, and in all the others sectors involved. The theme approached is very current and, it's been a subject of great importance and controversial, always kept on discussion, since the most primitive people, constantly resurfacing, mainly nowadays, where the abortion has support in the law in some situations, although have innumerable discrepancies of opinions about of the legalization or prohibition. This work was realized with priority by means of bibliographic revision through of books, journals, reports, theses, dissertations, articles and others, with the collection of the thematic literature undertaking document and digital research.

**Keywords:** abortion, eugenic abortion and anencephaly.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DO ABORTO.....	11
2.1 Conceito e evolução histórica.....	11
2.2 Destaques na legislação.....	14
2.3 Modalidades de aborto.....	18
3 ABORTO EUGÊNICO.....	20
3.1 Aspectos de inconstitucionalidade e ilegalidade.....	20
3.2 Posicionamentos religiosos e sociais.....	23
3.3 Direitos do nascituro no contexto dos bebês anencefálicos.....	26
3.4 Descriminalização do aborto.....	28
4 NOTAÇÕES PROCESSUAIS.....	31
4.1 Adequação típica, ação penal e competência.....	31
4.2 Qualificadoras, atenuantes, agravantes.....	35
4.3 Coautoria e participação.....	37
5 CONCLUSÃO.....	39
BIBLIOGRAFIA.....	41

## 1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho monográfico é abordado o tema de aborto nos casos de anencefalia, assunto que se mostra bastante atual, visto que é tema constante nos telejornais, periódicos, revistas e outros, merecendo toda atenção da jurisprudência brasileira e pelo Direito nacional, uma vez que o aborto de anencéfalos provoca grande inquietude na sociedade.

Atualmente, uma nova modalidade ou situação, se se pode assim dizer, surge para polemizar ainda mais este assunto. A nova situação de aborto que se apresenta neste século XXI relaciona-se diretamente aos fetos portadores de anencefalia, não menos polêmico que os demais, porém, com uma grande confrontação entre religião e ciência, e, sobretudo, sobre sua legalidade ou não.

O desenvolvimento do tema exigiu um estudo amplo no campo do Direito Penal, exigindo uma leitura bibliográfica na área da legalidade e direitos fundamentais. Observa-se nesta obra o conceito e evolução de uma prática que fere o direito à vida e o tratamento dos casos onde o mesmo é legal e necessário. Ainda que vá de encontro a não aceitação imposta pelos costumes, religião, ciência e a opinião pública em geral.

O presente trabalho monográfico objetivou expor de forma clara e mais ordenada possível os conceitos, evolução e tratamento atual pela Legislação brasileira a respeito da questão do aborto, que desde o início das eras vem sendo debatido, e nem por isso deixou de ser um tema polêmico, repercutindo grandes debates nos mais diversos âmbitos da sociedade. O mesmo ressurgiu constantemente, dividindo opiniões acerca da sua descriminalização e ou da sua proibição.

Assim sendo, o objetivo geral proposto fica contido nas pesquisas sobre o aborto de fetos anencefálicos com abordagem doutrinária e religiosa . E os objetivos específicos visam demonstrar as noções evolutivas e históricas que norteiam o aborto eugênico, bem assim os destaques na legislação pátria, esclarecer de que forma se dá a adequação típica das modalidades dos crimes de aborto no Código Penal e, especialmente, no aborto eugênico, e, ainda, explicitar como têm manifestado os seguimentos religiosos, políticos e sociais sobre a autorização ou descriminalização do crime, evidenciarem se há aspectos de ilegalidade ou inconstitucionalidade no contexto do aborto eugênico, bem como caracterizar a relação existente entre o art. 2º do CC com a prática abortiva dos bebês anencefálicos, e, por fim, estudar sobre a modalidade de ação penal por crime de aborto, ressaltando se há

qualificadoras e agravantes, atenuantes, concurso de autoria e participação e a competência para julgamento.

Este trabalho está dividido em três capítulos, sendo que no primeiro capítulo, abordam-se conceitos e evolução histórica do aborto de forma geral, destaques na legislação e modalidade de aborto. Enquanto no segundo capítulo, os temas abordados se atêm ao aborto eugênico, considerando o aspecto da inconstitucionalidade e ilegalidade, posicionamentos religiosos e sociais, direitos do nascituro no contexto dos bebês anencefálicos e a descriminalização do aborto. Já no último capítulo as atenções se voltam para as notações processuais como: adequação típica, ação penal e competência, qualificadora, atenuantes, agravantes, coautoria e participação.

Para o meu ponto de partida tive em vista as condenações socioculturais em torno do aborto de fetos anencefálicos, que ultrapassa a questão religiosa, sendo considerado um tabu social e somente na atualidade que ele entrou nas pautas de discussão popular, por que o aborto de fetos anencefálicos não pode ser considerado conduta criminosa, ressaltando as disposições do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal Brasileira, que dispõem sobre a autodeterminação pessoal?

Embora o aborto seja considerado um tabu social, existe uma regulamentação mínima sobre o tema, que inclui o aborto de anencefalo como algo legalizado nos casos com laudo de um especialista. Outra hipótese é de que a mãe tem o direito de retirar um feto portador de anencefalia, baseando-se no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal Brasileira que está relacionado ao respeito da autonomia pessoal, ou seja, a liberdade que o ser humano tem de ao menos conduzir a sua condição humana.

Para a elaboração deste trabalho foi realizado prioritariamente revisão bibliográfica, com o levantamento da literatura temática, uso de conceitos pertinentes, empreendendo-se ainda pesquisa documental impressa e digital, por uma perspectiva crítico-analítica se tratando de uma análise qualitativa.

O aborto de anencefalo não pode ser considerado conduta criminosa pelo sofrimento que tanto a mãe quanto a família passa, abalando o psicológico de todos. Outra questão é que o debate jurídico não tem uma oposição fechada sobre o assunto o que abre espaço para várias interpretações sobre o tema.

## 2 DO ABORTO

Desde os tempos mais remotos a questão do aborto vem sendo debatida, por tratar-se de um assunto de alta complexidade e que envolve diretamente setores e aspectos não menos complexos e polêmicos como: ética, moral, medicina, direito, religião, filosofia e costumes, o que tornam este sempre atual e polêmico.

Pode-se observar, ainda, no decorrer deste trabalho monográfico, que a palavra aborto é conceituada por inúmeros autores, com mínimas diferenças em suas definições. Ou seja, todos eles visam a conservar a essência do sentido exato da palavra. Outrossim, o que se discute constantemente é o momento da gestação e da vida do feto em que o aborto significa a interrupção de uma vida.

Sendo assim, adiante serão destacadas notações evolutivas sobre o aborto, ressaltando aspectos relevantes e controvertidos com inserção na doutrina e posterior jurisprudência. E, para tanto, compila-se os manifestos dos doutos e juristas.

### 2.1 Conceito e evolução histórica

Observar-se-á, a seguir, que o aborto é conceituado de formas distintas para as visões médica, legal e doutrinária, sendo que cada vertente conceitua o mesmo, salientando-se o sentido que é mais relevante para si. Já, historicamente, tem-se que a situação foi tratada de formas conflitantes ao passar dos anos, destacando-se algumas visões entre os povos.

A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado, o embrião e o feto. Ocorre que, cientificamente, nas três primeiras semanas de gestação tem-se o óvulo fecundado, que a partir desse momento torna-se embrião, forma em que se mantém nos três primeiros meses, quando tem-se a formação do feto, que estará presente até o fim da gestação. Sendo assim, observa-se que, em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito do aborto, ou seja, entre a concepção e o início do parto, momento a partir do qual haverá, apenas, a possibilidade de configurar os delitos de infanticídio ou homicídio. (CAPEZ, 2006, p.109).

Porém, mostra-se importante a análise dos vários conceitos adotados para o aborto, tendo em vista que há divergências entre doutrinas em si, bem como entre estas e outras vertentes que estudam o assunto.

Tem-se que, etimologicamente, a palavra aborto origina-se da união da preposição latina “*ab*” que sugere a ideia de afastamento, associada à palavra “*ortus*”, também latina, que

significa nascimento, resultando na expressão *abortus* (o mesmo que não nascimento). No entanto, o termo aborto provém do Latim “*aborir*”, que é traduzido como “separar do lugar adequado”, mas, conceitualmente é o mesmo que “a interrupção da gravidez com ou sem a expulsão do feto, o que acaba resultando na morte do nascituro” (PACHECO, 2002, p.13).

Júlio Fabbrini Mirabete e Renato Nascimento Fabbrini (2007, p. 62) conceituam o aborto como sendo a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção, independentemente de ser o ovo, o embrião, ou ainda, o feto. Sendo que não implica, necessariamente, a expulsão do produto da concepção, uma vez que o mesmo pode ser dissolvido, reabsorvido ou até mesmo mumificado pelo organismo da mulher, ou ainda, pode ocorrer à interrupção com a morte da gestante antes da sua expulsão.

Sendo assim, considera-se aborto a interrupção da gravidez, com consequente destruição do produto da concepção, o que consiste na eliminação da vida intrauterina.

Para Fernando Capez (2006, p. 109), a posterior expulsão do feto não faz parte do conceito de aborto, haja vista que existe a possibilidade de o embrião ser dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em função de autólise. Também pode ocorrer a mumificação ou maceração, de modo que ainda continue no útero materno.

Já, Hélio Gomes conceitua o aborto considerando a ótica da obstetrícia, que o define como “a interrupção da prenhez antes que o feto seja viável, isto é, antes que o feto possa viver fora do útero materno”. Considerando-se apenas em caso de morte, pois quando acontece o nascimento antes do prazo previsto, não se considera aborto, mas sim parto prematuro (ALMEIDA, 2000, p.173).

Assim, pode-se observar relevância da especificação do momento da gravidez em que sua interrupção é considerada aborto para se delimitar quando o crime é consumado. Sendo assim, não se pode deixar de analisar as defesas e proibições que este ato sofreu no decorrer dos tempos.

Herman Braet e Werner Verbeke (2001, p.14) expressam-se da seguinte forma:

Aos olhos dos homens, espectadores ou atores, a morte teve maior ou menor espaço. A sensibilidade à morte sofreu avanços e recuos: a partir de quando a morte da criança é tida como verdadeira perda, antes de tornar-se, ao longo do século XIX, a ferida essencial, particularmente dolorosa? A partir de que momento a igualdade se realiza entre a mulher e o homem o peso afetivo das perdas sofridas? São perguntas ingênuas, para as quais não há respostas simples. Ou, pelo contrário, há... Há momentos históricos ao longo dos quais se exacerba o sentimento ou simplesmente o medo da morte.

Ademais, a prática do aborto era comum e, por isso, muito difundido na cultura dos povos da antiguidade. Sabe-se que o primeiro apontamento de práticas de métodos abortivos provém do século XXVIII a.C., quando o então imperador Chinês Shen Nung cita em texto médico a receita de um abortífero oral que, muito provavelmente, continha mercúrio. (SCHOR; ALVARENGA, 2015, *online*).

Fabricio Zamproga Matielo (*apud* PACHECO, 2015, *online*) salienta que, na verdade, os povos primitivos não tratavam o aborto como um ato criminoso, mas que, posteriormente, quando era realizado atribuíam a ele severas punições. Ao passo que a aceitação do aborto como exceção à regra geral da proibição está revestida de norma oral ou legal, surgindo com elevada raridade em algumas legislações antigas, mas impreterivelmente relacionado ao preenchimento de rigorosos requisitos, previamente determinados.

O Autor relata, ainda, ao longo da história da humanidade, vários povos como os Israelitas antes de Cristo, no século XVI, Mesopotâmicos, Gregos e Romanos, que estudaram e discutiram a problemática do aborto, porém, sem ultrapassar as considerações e críticas de cunho meramente moral.

Os Hebreus, em seu Direito Penal, permitiam matar o feto em casos de parto laborioso, que acarretasse risco de morte para a genitora. Na Grécia, era praticado deliberadamente, com apoio de seus ilustres pensadores. Já segundo a vontade de Platão, deveria ser obrigatório para mulheres que concebesssem depois dos 40 anos. E, ainda, Aristóteles apoiava a prática como forma de controle populacional. (SÁ, 1999. p. 175).

Outrossim, entre os povos Hebreus e Gregos, o aborto não foi objeto de incriminação, porque em Roma a Lei das XII Tábuas e as Leis da República não o previam, por considerar que o produto da concepção nada mais era que parte do corpo da gestante e não um ser autônomo, entendendo que a mulher que abortava estaria apenas dispendo do próprio corpo. Somente com o Cristianismo que os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio, após reforma do Direito, assimilaram o aborto como crime. Porém, Santo Agostinho, teólogo da Idade Média, considerava que o aborto tornara-se crime somente quando o feto tivesse recebido alma, considerando que, se fosse varão com quarenta dias, e, se mulher, com oitenta dias. (CAPEZ, 2006. p. 110).

Embora não se acreditasse que o assunto poderia ser discutido nos povos antigo, vê-se que desde sempre, há discussão e até autorização alguns casos nos povos de várias épocas e locais, mostrando ser um tema sempre atual.

J.M. Carvalho Santos (*apud* SÁ, 1999. p. 174) comenta ainda que, o aborto voluntário foi frequente entre os povos antigos, onde, na maioria das vezes, não era

considerado ato criminoso, isso em razão do conceito de que os filhos recém-nascidos eram coisas pertencentes aos pais, de modo que nem mesmo o infanticídio era passível de punição. O autor diz ainda que: “Somente com o desenvolvimento e o progresso das ideias humanas, com referência à prole em relação aos seus genitores, pode-se afirmar a noção de ser ilícito matar o filho e destruir o feto”.

No entanto, no Brasil, Fernando Capez ressalta que, o Código Criminal do Império de 1830 não previa o aborto como crime, desde que praticado pela própria gestante, entretanto, se praticado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante, este sim seria criminalizado pela sua conduta. Em 1890, o Código Penal, por sua vez, passou a prever o aborto provocado pela gestante. Somente com o Código Penal de 1940 é que se tipificaram as figuras do aborto provocado, sendo que os artigos 124, 125 e 126 expuseram, respectivamente: a gestante como responsável pelo abortamento; o aborto sofrido, que é realizado por terceiro sem consentimento da gestante; e o aborto consentido, que é realizado por terceiro com o consentimento da gestante. (2006, p. 110).

Nota-se, ainda, que hoje, além das formas previstas desde 1940, foram acrescentadas duas formas de aborto autorizadas pelo Código Penal, sendo previstos o aborto terapêutico e o aborto sentimental no art. 128 do referido diploma legal. Sendo que se encontra em discussão no Supremo Tribunal Federal a autorização do aborto eugênico e do aborto em casos de anencefalia, despertando, assim, maior polêmica, em face das opiniões e argumentos diversificados.

## **2.2 Destaques na legislação**

Para melhor entendimento deste trabalho monográfico, torna-se imprescindível analisar o crime de aborto a partir de uma visão tradicional, conforme expõem os penalistas clássicos, pois é necessário esclarecer todas as questões pertinentes a este crime, para que, posteriormente, possa-se adentrar no tema específico proposto.

Assim, observada a Legislação prevista no Código Penal vigente, de 1940, que prevê o aborto como crime, exceto, em casos previstos no artigo 128 do mesmo diploma legal, estabelecendo que não se puna o aborto praticado por médico nos casos de aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, e também no caso de

gravidez resultante de estupro, sendo o aborto praticado com a devida autorização da grávida, ou ainda, quando incapaz, de seu representante legal.

João Henrique Santana Falcão comenta que, diante os conceitos apresentados, entende-se que, para a configuração do crime de aborto, é necessária a existência de vida intrauterina e, conseqüentemente, a ocorrência de um fato, provocado ou natural, que resulte na morte do feto. Que, por razões claras, o aborto natural não se configura crime na legislação pátria, e que o contrário ocorre quando o aborto é provocado. (2015, *online*).

Ademais, o embrião ou o nascituro tem protegido, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, pois se entende que, a partir dela, passa a ter existência, vida orgânica e biológica próprias, independente de sua mãe. Conclui-se que, se as normas o protegem, é porque tem personalidade jurídica. Relativamente, seja na vida intrauterina, ou ainda, *in vitro* (em vidro), tem personalidade jurídica formal, aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente. O reconhecimento do direito à vida desde a sua concepção faz com que o aborto seja proibido, e anterior às disposições constitucionais, o Estado tem o dever de salvaguardar a inviolabilidade da vida humana. (DINIZ, 2001, p. 113-114).

Para tanto, há disposições legais que abordam especificamente o assunto, dispostos, principalmente, no código Penal, entre outros dispositivos legais que, embora não tratem diretamente do assunto, são sempre utilizados em defesas e condenações do ato.

Assim, os artigos 124 a 127 do código Penal dispõem quanto às formas de interrupção da gravidez que constituem crime de aborto, portanto, punidos. Já o artigo 128 ocupa-se dos casos em que o aborto é permitido, o que ocorre somente nos casos de aborto necessário ou terapêutico e o aborto denominado ético ou humanitário, resultante de gravidez proveniente de estupro, devidamente com a autorização da gestante. O artigo 124 expõe a forma mais ampla do crime de aborto; enquanto os artigos 125 e 126 referem-se ao aborto provocado por terceiros, sem e com a autorização da gestante; e o artigo 127 dispõe acerca da sua forma qualificada. (FALCÃO 2015, *online*).

Para melhor compreensão, transcrevem-se abaixo os artigos supracitados, conservando a totalidade do seu teor, conforme consta no Código Penal de 1940, da parte especial, título I, dos crimes contra a pessoa, capítulo I, dos crimes contra a vida:

Artigo 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque. Pena - detenção, de um a três anos. Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento.

Artigo 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante. Pena - reclusão, de três a dez anos. Para aborto provocado por terceiro.

Artigo 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante. Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Artigo 127, onde o aborto apresenta-se na forma qualificada:

As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém à morte.

Artigo 128 – Não se pune o aborto praticado por médico. Aborto necessário - se não há outro meio de salvar a vida da gestante - e Aborto no caso de gravidez resultante de estupro - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Quando é necessário para salvar a vida da gestante, denominado de aborto necessário ou terapêutico, os requisitos necessários para essa modalidade de aborto são:

- a) Que seja feito por médico;
  - b) Que não haja outro meio para salvar a vida da gestante;
- Quando a gravidez é resultante de estupro, denominado de aborto sentimental, os requisitos que configuram essa modalidade são:
- a) Que seja feito por médico;
  - b) Que a gravidez tenha resultado de estupro (relação sexual, sem o consentimento da mulher, mediante violência física, ou por qualquer outro meio que dificulte sua defesa, como por exemplo, uso de medicamentos.);
  - c) Que haja consentimento da gestante, ou se menor de idade, de seu representante legal (pais, por exemplo);
  - d) Não se exige autorização judicial. Na prática, basta a apresentação do boletim de ocorrência no hospital.

Qualificando a conduta delitiva, há grande discussão acerca inclusão do crime de aborto ao rol das condutas consideradas hediondas, entendimento esse que se encontra em discussão no Congresso Nacional.

Desta forma, Aluizio Bezerra Filho expressa seu pensamento da seguinte forma:

O aborto deve ser visto como um crime hediondo, porque é um ato de covardia contra um ser indefeso, praticado sempre em concurso de pessoas, não possibilitando nenhuma chance para a vítima. Hediondo é o delito que se mostra “repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, objeto, horroroso, horrível, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa”. E, não apenas aqueles crimes que num processo de colagem foi rotulado como tal pelo legislador. (2015, *online*).

Outrossim, faz-se de suma importância maiores esclarecimentos sobre homicídio. O crime hediondo, diferentemente do que se costuma pensar, não é crime praticado com elevada violência e com requintes de crueldade, sem o menor senso de compaixão ou misericórdia por parte de seus autores, mas, sobretudo, um crime que, no Brasil, encontra-se expressamente previsto pela Lei 8.072/90. Entendido pelo legislador como crime que merece maior reprovação por parte do Estado. (WIKIPEDIA, 2015, *online*).

Demonstra-se, assim, que a defesa de inclusão do crime de aborto na lei dos crimes hediondos baseia-se no argumento de que se trata de uma vida a ser ceifada, tratando-se tal conduta de uma forma de homicídio qualificado, sendo sempre praticada de forma dolosa.

Acerca do exposto, Jacques Robert (apud BEZERRA FILHO, 2015) faz o seguinte comentário:

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio moral médico. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica a não aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a *fortiori* da de outrem e, até o presente, o FETO é considerado como um ser humano.

Fabio Ramazzini conceitua crime hediondo como um crime considerado de extrema gravidade. Em razão disso, recebe um tratamento diferenciado e mais rigoroso do que as demais infrações penais. É considerado crime inafiançável e insuscetível de graça, anistia ou indulto (BECHARA, 2005).

Do ponto de vista semântico, o termo hediondo traduz-se em ato profundamente repugnante, imundo, horrendo e sórdido, um ato indiscutivelmente nojento para os padrões da moral vigente. O crime hediondo é aquele que causa profunda e consensual repugnância por, de forma acentuadamente grave, ofender valores morais de incontestável legitimidade, com sentimento comum de piedade, fraternidade, solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana. Ontologicamente, crime hediondo repousa na ideia de que existem condutas que se revelam como antítese extrema dos padrões éticos de comportamento social, em que seus autores são portadores do mais alto grau de perversidade, perniciosos ou de periculosidade e que, em razão disso, merecem sempre o grau máximo de reprovação ética por parte do grupo social e, por consequência, do próprio sistema de controle. (WIKIPEDIA, 2015, *online*).

Enfim, em face das várias vertentes que defendem a inclusão do crime de aborto no rol dos crimes hediondos, há várias tentativas de inclusão do crime em questão no artigo 1º

da lei 8072/1990, lei dos crimes hediondos, discutidas e em discussão no Congresso Nacional, sendo que, ainda não se tem uma conclusão acerca de tal possibilidade.

## 2.3 Modalidades de aborto

Necessário se faz, ainda, melhor observação acerca de cada forma abortiva praticada, tanto das dispostas no Código Penal Brasileiro, como das formas mais específicas, não abrangidas pelo mesmo.

Do ponto de vista social, a prática do aborto está relacionada, além de processos gerais, com uma série de processos de ordem particulares, onde as variáveis vão, desde as dificuldades de sobrevivência em meio à urbanização desenfreada, à carência de programas educativos e de planejamento reprodutivo, à elevada taxa de custo de vida, entre outros. Favorecendo as possibilidades de a mulher buscar o aborto como meio de interromper uma gravidez indesejada ou “impossível” de ser levada até o fim, pela precariedade de sua situação pessoal ou de condição de vida. (SCHOR; ALVARENGA, 2015, *online*).

Como é cediço, pela disposição de tantos motivos para se praticar o ato abortivo, sendo analisada cada situação em particular, há, também, inúmeras maneiras de se consumir a conduta, conforme dispõe o código Penal.

João Henrique Santana Falcão esclarece ainda que:

A primeira conduta típica é de provocar o aborto, por qualquer meio, ou seja, qualquer ato que possa produzir promover, causar, originar o aborto, interrompendo a gravidez com a morte do produto da concepção, que pode ocorrer no útero ou fora dele. Admite-se a prática do crime por meios químicos, físicos mecânicos e elétricos, e até por omissão. A gravidez se estende desde a concepção até o início do parto, exigindo-se a prova desse estado por meio de exame de corpo de delito direto, ou indireto quando desaparecidos seus vestígios. Não exclui essa necessidade a confissão da agente. Além disso, é necessária a prova da relação de causalidade entre a conduta da agente e o resultado. O objeto material do delito é o produto da fecundação (ovo, embrião ou feto), não se exigindo que haja viabilidade fetal. (2015, *online*).

Tem-se que o aborto ocorre dentre as seguintes situações: espontâneo ou natural, que se resume em problemas de saúde da gestante durante o período da gravidez, que em razão desses problemas acontece o fato, independentemente da vontade da grávida. Acidental, como o próprio nome sugere, é decorrente de acidentes como queda, atropelamento e outros

fatores que também como no caso anterior, independe da vontade da gestante. E o aborto provocado, ato criminoso, que pode ser de natureza econômica, ou seja, a mulher ou o casal por falta de condições seja financeira ou pela estrutura familiar não conseguir sustentar mais de um filho; de natureza moral, gravidez oriunda de relacionamento extraconjugal ou estupro e ainda o de natureza individual, quer seja por vaidade, egoísmo ou horror à responsabilidade. (MIRABETE e FABBRINI, 2006, p. 62).

Há ainda, as modalidades de aborto provocadas mas que são legais, com fulcro no artigo 128 do código penal, que aborda as modalidades de aborto necessário, também conhecido como terapêutico e o sentimental.

O aborto terapêutico, também conhecido como necessário é aquele em que a gestante possui o direito de abortar. Esta situação ocorre quando a gestação traz perigo de morte à mulher. Vale atentar que, para essa prática não se caracterizar em crime, este perigo deve ser direto à vida e não somente à saúde da gestante. Outra exigência é a inexistência de outro meio para salvar a vida da mulher. Só atendendo esses requisitos é que se poderá praticar o aborto terapêutico sem que tal conduta incorra como ilícito penal, conforme mencionado no art. 128, inciso I, do Código Penal brasileiro: “Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante”. (FALCÃO, 2015, *online*).

Quanto a essas modalidades, Celso Delmanto (apud FALCÃO, 2015, *online*) faz importante comentário, senão vejamos:

Aborto necessário (inciso I) também conhecido como terapêutico, é o aborto praticado quando não há outro meio de salvar a gestante. São, pois, seus requisitos: 1. Que corra perigo a vida ( e não apenas de saúde) da gestante. 2. Inexistência de outro meio para salvar sua vida. Note-se que o CP, a nosso ver, de forma errônea, não legitima o aborto chamado eugenésico, ainda que seja provável ou até mesmo certo, que a criança, nasça com deformidade ou enfermidade incurável. No caso do inciso I, é indispensável à concordância da gestante ou de seu representante legal, se o perigo de vida for iminente.

Há que se destacar, ainda, o aborto eugênico, que é realizado a fim de evitar o nascimento do feto que possui uma anomalia grave e vem sendo autorizado em várias decisões nos tribunais. Importante salientar, dentre as anomalias possíveis, a anencefalia, que inviabiliza a vida extrauterina do feto, e, embora não haja previsibilidade legal para a modalidade na legislação brasileira, trata-se da forma mais discutida na atualidade, despertando as mais controversas opiniões.

### 3 ABORTO EUGÊNICO

Dicionários dão significado à palavra eugenia como sendo a ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento da raça humana. Esta definição, juntamente com as ideias de Francis Galton, tornou-se controversa diante um dos acontecimentos mais lembrados e repudiados de toda a história mundial, o holocausto, que se deu em face de a eugenia ser, ou ter sido, a parte fundamental da ideologia de pureza racial nazista. Atualmente, técnicas de melhoramento genético estão sendo aplicadas em plantas e animais, no entanto, conserva o mesmo receio e repúdio dos tempos remotos, o de serem utilizadas em seres humanos.

O termo Eugenia foi criado pelo antropólogo, meteorologista, matemático e estatístico inglês Francis Galton, que, como pesquisador da mente humana, fundou a psicométrica, em outras palavras, a ciência da medição das faculdades mentais e da psicologia diferencial. O Autor objetivava incentivar o nascimento de indivíduos mais notáveis ou mais aptos e, ao mesmo tempo, desencorajava o nascimento de inaptos à sociedade. Desta forma, propôs o desenvolvimento de testes de inteligência para selecionar homens e mulheres brilhantes, destinados à reprodução seletiva (2015, *online*).

#### 3.1 Aspectos de inconstitucionalidade e ilegalidade

Variados são os aspectos de inconstitucionalidade e ilegalidade abordados pelos que defendem a criminalização do aborto, entre eles, a lesão ao direito à vida, que está disposto no artigo 5 da Constituição Federal Brasileira, é o argumento mais utilizado para condenar a autorização de tal modalidade abortiva.

Sendo assim, observa-se que, dentre as Constituições do Brasil, a atual é a que mais se destaca, não somente na proteção aos direitos fundamentais, mas também na maior gama desses direitos. Assim sendo, no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude de o Estado brasileiro ter incorporado ao sistema constitucional a Convenção Americana de Direitos Humanos, a proteção à vida dá-se a partir da concepção. Em consequência dessa proteção ao direito à vida, a legislação penal tipifica os crimes que atentam contra ela, dentre os quais se destacam os crimes dolosos contra a vida: o homicídio, o induzimento, a instigação ou auxílio ao suicídio, o infanticídio e o aborto. Sendo que, o aborto doloso, como

já demonstrado neste trabalho, é, de acordo com o ordenamento jurídico, conduta criminosa, salvo os casos previstos no artigo 128 do Código Penal, que permite o aborto necessário e o sentimental (LIMA, 2009, p. 17).

Acerca do tema, Ricardo Luís Sant' Anna de Andrade (2015, *online*), resalta que, por todo o respeito e cuidado, a Constituição Federal Brasileira de 1988 guarda e protege o bem jurídico *vida*, através da disposição do tema na legislação infraconstitucional, e não poderia ser diferente, pois o aborto é prática que afronta incisivamente o direito à vida, por razões que saltam à vista. A prática funesta de técnicas e uso de medicamentos para extirpar a vida humana de seu nascedouro, infringindo a legalidade do direito à vida, bem como o desrespeito aos direitos do nascituro, são rotinas infelizes em hospitais e no cotidiano da polícia.

O autor reforça que, o aborto, salvo os casos legais e morais, fere o direito fundamental à vida, ainda que, sob a luz do direito positivo, ele seja tratado de forma legalizada e criminosa, consoante seja permitido pela lei, sendo variável no tempo e no anseio de todos os povos.

Por excelência, o maior bem jurídico dos seres humanos é a vida, logo, somente a partir da existência da vida é que o indivíduo passa a ser titular de todos os outros direitos, portanto, a vida é fonte ou condição primária para a titularidade de direito. Isso se destaca por a Constituição Federal Brasileira tutelar a vida como direito fundamental no *caput* do seu art. 5º, que estabelece o seguinte: Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (LIMA, 2009, p. 35).

Ainda de acordo com a autora supracitada, a mesma esclarece que a Constituição Federal Brasileira, ao consagrar o direito à vida, não faz nenhuma distinção entre a vida intra e extrauterina, bem como não atribui valor maior de uma quanto à outra. Também não há diferença quanto à proteção à vida humana, que se inicia com a fecundação, quer seja de forma natural ou mesmo artificial. Ainda, não apresenta citação de diferença referente às sucessivas fases ou etapas embrionárias, ou seja, constitucionalmente, a proteção à vida compreende todas as formas de manifestação de existência humana com potencial para a formação, o desenvolvimento e o posterior nascimento. Salienta-se que, a universalidade, uma das características dos direitos humanos, demonstra que todo e qualquer ser humano é titular do direito à vida, independentemente de apresentar quaisquer limitações. Vale esclarecer que os direitos humanos são universais porque inerentes ao ser humano enquanto gênero, ou seja,

enquanto humanidade e, por isso, são destinados a todos os indivíduos indistintamente (LIMA, 2009, p. 36).

Embora a constituição não faça essas distinções, considerando que o ser é um ser humano desde sua concepção, com o direito de proteção à vida, resguardado, não é pacífica essa tese, havendo divergências entre doutrinas e jurisprudências.

Assim, vê-se que Genival Veloso de França (apud MACEDO; LEAL, 2005, p. 556), faz a seguinte observação:

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 intrauterina, o que não deixa de ser vida. O feto tem capacidade de adquirir personalidade, é pessoa virtual, um ser vivente.

Já Heleno Cláudio Fragoso (apud MACEDO; LEAL, 2005, p. 557) faz a seguinte explicação:

Investigando o tipo incriminador temos que o objetivo 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 automaticamente pelo direito para certos efeitos.

Destarte, fica definido que o produto da concepção, independentemente na forma de ovo, embrião ou feto, tem vida, e que essa vida é própria, no entanto, dependente do organismo materno, e que a proteção jurídica dá-se em consequência da vida em formação, inexistindo considerações acerca da viabilidade, ou não, de vida extrauterina (MACEDO; LEAL, 2005, p. 557).

Sendo assim, tem-se que não há definição exata do termo *vida* na legislação brasileira, tanto constitucional quanto infraconstitucional, devendo ser analisado caso a caso para definir qual vida deve ser priorizada, se a intra ou a extrauterina. Embora haja consenso que, em caso que não há conflito entre duas vidas, ela deve ser protegida a qualquer custo.

### 3.2 Posicionamentos religiosos e sociais

Diante a variada gama de aspectos que envolvem, não somente, questões de natureza ética, política e religiosa, mas também socioeconômicas, psicológicas e, principalmente, de saúde pública, o posicionamento religioso e social talvez seja o grande destaque entre os setores envolvidos quando se trata de aborto, pois sua complexidade e polêmica encontra maior refúgio nesses dois setores, haja vista que abrange muitas questões, às quais somos tementes e julgados por nossos atos. O aborto coloca-se, portanto, como problema cuja existência concreta não pode ser ignorada na atualidade, exigindo uma ampla discussão na sociedade brasileira.

Antes de abordarmos o posicionamento religioso, é oportuna uma explanação quanto ao aspecto da ética médica, por ser uma classe envolvida diretamente com o tema proposto, e é de grande influência na sociedade.

O Conselho Federal de Medicina publicou em 11 de janeiro de 1965 o Código de Ética Médica, em cumprimento ao artigo 30 da Lei 3.268/57 que reza o seguinte: “Enquanto não for elaborado e aprovado pelo Conselho Federal de Medicina, ouvidos os Conselhos Regionais o código de Deontologia Médica, vigorará o Código de Ética da Associação Médica Brasileira”.

Para tanto, dispõe o artigo 54 do referido Código de Ética:

Impõe ao médico que não provoque aborto, salvo exceções referidas no artigo 128 do Código Penal. Para realização do aborto, nestes casos, o médico deverá primeiramente consultar em conferência dois colegas, lavrando a seguir uma ata em três vias. Uma será enviada ao Conselho Regional de Medicina (CRM); outra, ao diretor clínico do estabelecimento onde será guardada pelo médico ao qual foi confiada a internação.

O Código de Processo Ético-Profissional para os conselhos de medicina estabelece, ainda, no capítulo III, quanto às penalidades, em especial no seu artigo 60, sendo que as penas disciplinares aplicáveis pelos conselhos regionais a seus membros podem ser de diferentes graus, obedecendo à seguinte ordem:

Advertência confidencial em artigo reservado; Censura confidencial em aviso reservado; Suspensão do exercício profissional até 30 dias; Cassação do exercício profissional “*ad referendum*” (para obter sanção de uma autoridade superior) do Conselho Federal.

Embora o código de ética médica determine que os médicos só pratiquem o ato nas circunstâncias dispostas em lei, podemos observar a existências de diferentes posicionamentos religiosos, que atacam ou aprovam tal atitude.

Assim, observa-se que, a Igreja Católica, tem sua legislação embasada no Direito Canônico, que é o conjunto das normas que regulavam a vida na comunidade eclesial. Na esfera terrestre, o Direito Canônico está diretamente relacionado ao dia a dia dos católicos, sendo utilizado para solucionar as questões que envolvem a igreja, ou os atos praticados por ela, apresentados e discutidos na corte canônica ou tribunal eclesiástico. O atual código foi promulgado pelo papa João Paulo II em 25 de janeiro de 1983 por meio da Constituição Apostólica, em substituição ao código anterior, promulgado em 27 de maio de 1917 pelo papa Bento XV, também por meio da Constituição Apostólica. (CÓDIGO DE DIREITO CANÓNICO, 2015, *online*).

O Direito Canônico, desde seu início, destacou-se pela severa conduta com que encarava a prática do aborto, contudo, protegido pela autoridade de Santo Agostinho, distinguia a gravidade do ato de acordo com o tempo da gestação. Inovando na matéria, a Igreja Católica permitia o aborto em caso de extrema miséria ou por questão de honra, mais tarde, procedia-se uma distinção para detectar a ilicitude: se o feto expelido fosse dotado de forma humana, tratava-se de um genuíno homicídio, em não sendo, se fosse considerado apenas uma matéria inerte inanimada, considerava-se delito de menor gravidade, passível de pena pecuniária. Atualmente, a Igreja Católica condena até mesmo o aborto necessário ou terapêutico, que é praticado para salvar a vida da gestante, baseando-se no V mandamento: “não matarás” e, no argumento de que sacrificar a criatura na vida pré-natal significa privá-lo do batismo, obrigando-a a permanecer manchada pelo pecado original. (SÁ, 1999, p. 175).

De outro lado, vê-se que o posicionamento da igreja Católica não é absoluto em todas as doutrinas religiosas, mostrando-se bastante variados os posicionamentos de outros seguimentos, como se deve observar.

Desta forma, o espiritismo, em particular o Kardecismo, considera o aborto como crime, mas por razões diferentes daquelas indicadas pela Igreja Católica. Observa-se que os espíritas consideram a vida do ser já existente como prioritária em relação à vida do ser que ainda não existe e, havendo risco para a mãe, a interrupção da gravidez deve ser praticada. Segundo a doutrina, o espírito sempre existiu, desligando-se pela morte e reencarnação do corpo, ou seja, para eles, portanto, não há, no caso de aborto, a morte de um ser, o que acontece é a frustração de um espírito que tem seu corpo abortado. (OLIVEIRA, 2001, p. 165).

Portanto, o espiritismo entende como moral apenas o procedimento abortivo em que a vida da gestante corre risco, senão vejamos a pergunta de número 359 do Livro dos Espíritos, feita por Allan Kardec (1985, p. 202) e a respectiva resposta dos Espíritos Superiores:

Pergunta – Dado o caso em que o nascimento da criança pusesse em perigo a vida da mãe dela, haverá crime em sacrificar-se a primeira para salvar a segunda? Resposta - Preferível é se sacrifique o ser que ainda não existe a sacrificar-se o que já existe (Os Espíritos referem-se, aqui, ao ser encarnado, após o nascimento).

Em relação ao aborto, a Doutrina Espírita o trata de forma clara e objetiva, o que pode ser comprovado através da questão 358 do Livro dos Espíritos, em que Allan Kardec (1985, p. 202) pergunta aos Espíritos Superiores se constitui crime a provocação do aborto em qualquer que seja o período da gestação e obtém a seguinte resposta:

Há crime sempre que transgredis a Lei de Deus. Uma mãe, ou quem quer que seja, cometerá crime sempre que tirar a vida de uma criança antes do seu nascimento, por isso que impede uma alma de passar pelas provas a que serviria de instrumento o corpo que se estava formando.

Importante analisar que cada doutrina tem seu argumento baseado em suas crenças, porém, vê-se que na maior parte dos casos, a religião protege o direito à vida do ser humano, embora através de diferentes argumentos.

Assim, no Judaísmo, como uma lei geral, o aborto só é permitido se existir ameaça direta para a vida da mãe durante a gravidez ou, ainda, no ato de dar a luz. Em tal condição, o bebê é considerado um *rodef* (o mesmo que perseguidor da mãe), com o intuito de matá-la. Não obstante, se fosse possível salvar a mãe deformando o feto, como por exemplo, amputar-lhe um membro, o aborto não seria permitido. Apesar da classificação do feto como um perseguidor, observar-se-á que, uma vez que a cabeça do bebê ou a maior parte de seu corpo já tenha nascido, a vida do bebê passa a ter o mesmo valor que a da mãe, não sendo, portanto, permitido escolher entre uma vida e outra, pois se considera como se estivessem perseguindo um ao outro. Importante ressaltar que a razão de a vida do feto estar subordinada à da mãe dar-se-á somente se for à causa da ameaça da vida da mãe, diretamente (EISENBERG, 2015, *online*).

Expõe o Autor, ainda, que, para uma melhor compreensão de quando o aborto é permitido, exigido ou, ainda, quando é proibido, deve haver uma avaliação de certos detalhes

da *halachá* (Lei judaica), que determina a condição do feto. Ainda que exista discussão entre os Rabinos quanto à proibição do aborto ser Bíblica ou Rabínica, todos concordam quanto ao conceito fundamental de que ele só é permitido para resguardar a vida da mãe, ou em situações extraordinárias. A lei judaica não sanciona um aborto sem uma razão justificável. (EISENBERG, 2015, *online*).

Quanto ao protestantismo, em específico para a Igreja Evangélica, a Bíblia não fala diretamente sobre o aborto, mas seu posicionamento é muito semelhante à posição da Igreja Católica.

Ocorre que, recentemente, a Igreja Evangélica posicionou-se favorável ao direito de escolha da mulher em interromper uma gestação. Muito embora esta seja uma posição isolada do bispo Edir Macedo, fundador da Igreja Universal do Reino de Deus, um dos bispos mais evidentes na mídia brasileira. Essa declaração deu-se quando do debate entre o bispo Edir Macedo e outros bispos na Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Detentor da Rede Record de televisão, que, juntamente com a Record News, veiculou uma propaganda falando sobre as conquistas das mulheres quanto ao direito de votar e de trabalhar, questionando por que não poderiam decidir o que fazer com o próprio corpo e termina com a vinheta da Record e com as palavras “Responsabilidade Social”, em contrapartida, a CNBB reagiu, mudando o tema da tradicional Campanha de Fraternidade de “Escolhe, pois, a vida” para “Fraternidade e Defesa da Vida” (AMARAL, 2015, *online*).

Ante o exposto, conclui-se que a sociedade brasileira, como País laico, demonstra uma variada gama de opiniões quanto ao assunto, sendo que cada grupo defende seu posicionamento da forma mais correta, embora tais divergências venham a aumentar a polêmica do tema, dificultando a solução através de um consenso.

### **3.3 Direitos do nascituro no contexto dos bebês anencefálicos**

Embora o ser humano só adquira direito e deveres civis a partir do parto, o Código Civil resguarda direitos ao ser durante sua vida intrauterina, devendo os mesmos serem resguardados. Ademais, não há determinação de direitos específicos aos fetos anencefálicos, tendo eles os mesmos direitos dos fetos viáveis.

Lúcio R. O. Freitas esclarece que a palavra- nascituro- é proveniente do latim “*nasciturus*”, que significa o que há de nascer; o ser humano já concebido, cujo nascimento

espera-se como fato futuro e certo. Designa, portanto, o ente que está gerado ou concebido, que tem existência no ventre da mãe, que está em vida intrauterina, mas que ainda não nasceu (ENTRE REVISTA DA UNICORP ASPAS, 2015, *online*).

Ainda sobre o termo, Carolina Alves de Souza Lima comenta que nascitura é a pessoa já concebida no ventre materno e que ainda não veio à luz, e faz oportunos comentários quanto à fecundação natural, e que, a partir dela, há um ser humano dotado de personalidade jurídica, e que por isso, trata-se de pessoa. Embora não haja dúvida de que também se trata de um ser humano, na fecundação *in vitro* falta definição legal quanto ao *status* jurídico do embrião ainda implantado no útero materno (2009, p. 47-48).

Sabe-se que é certo que o nascituro é um ser vivo que cresce, tem metabolismo orgânico, batimentos cardíacos e, na fase mais adiantada da gestação, movimenta-se por vontade própria, ainda que ligado ao corpo materno, de quem tem dependência direta. No entanto, é considerado como portador de vida própria, muito embora, somente depois do nascimento e do rompimento do cordão umbilical estará inserido no conceito de vida autônoma (MACEDO; LEAL, 2005, p. 556).

Assim, embora o ser humano adquira direitos e deveres a partir do momento em que nasce, legalmente, os direitos é inerente à pessoa desde sua concepção, conforme se observa a seguir.

Importante ressaltar o artigo 2º do Novo Código Civil, que dispõe da seguinte redação: “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Desta maneira, Maria Helena Diniz (2001, p. 113-114), descreve que o embrião ou o nascituro, tem protegidos, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, visto que, a partir dela, passa a ter existência a vida orgânica e biológica própria, independentemente da de sua mãe. Conclui-se que se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Indiferente à forma de concepção, quer seja intrauterina ou *in vitro*, tem personalidade jurídica formal, relativa aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, e, ao nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, passando a ser titular dos direitos patrimoniais que se encontravam em estado potencial.

Fundamentalmente, há três teses doutrinárias a respeito do assunto discutido, a primeira é a natalista, segundo a qual, a personalidade inicia-se a partir do nascimento com vida, em razão desse pensamento, antes do nascimento o nascituro não é considerado pessoa e, por isso, não desfruta de personalidade. A segunda doutrina, que é a da personalidade condicional, entende que a personalidade do nascituro é reconhecida desde a concepção,

porém, condicionada ao nascimento com vida. Já a terceira tese, concepcionista, defende que a personalidade do nascituro tem início a partir da concepção, sem nenhuma condicional, ou seja, independentemente do nascimento com vida. De acordo com esta, direitos como os da personalidade existem independentemente do nascimento com vida, outros direitos, como no caso de direitos patrimoniais, dependem do nascimento com vida (LIMA, 2009, p. 49).

Perante tantas opiniões acerca do momento em que a vida se inicia, torna-se complicada uma definição de quando o ser humano tem seus direitos resguardados, sendo majoritária a linha que defende os direitos desde a concepção do feto, destacando-se, entre esses, o direito à vida.

### **3.4 Descriminalização do aborto**

Não obstante os argumentos que defendem a criminalização do aborto de fetos anencefálicos já apresentados, quando das discussões acerca do tema, deparamo-nos com grande parte da doutrina, bem como da sociedade, defendendo a autorização de tal modalidade abortiva, através de uma gama variada de argumentos.

Atualmente, com o desenvolvimento da medicina é possível saber, com antecedência, ou seja, antes do nascimento, as condições de saúde do feto. Dentre dos diagnósticos médicos, a ecografia, mesmo com um diagnóstico menos invasivo, é adotada para o estudo do desenvolvimento e das más formações do feto; a amniocentese é a análise das células fetais obtidas do líquido amniótico, realizado entre a 15<sup>a</sup> e a 17<sup>a</sup> semana da gravidez; a vilocentese realizada entre a 7<sup>a</sup> e a 1<sup>a</sup> semana de gravidez; a fetoscopia consiste em analisar a anatomia do feto e a funicolocentese, que é a análise do sangue fetal do cordão umbilical, realizado na 17<sup>a</sup> semana de gestação são os de maiores destaques (SILVA, 2002, apud GIMENES; VIEIRA, 2005, p. 37).

Sendo assim, mediante esses recursos, é permitido o tratamento de algumas deficiências, em caso contrário, sem o recurso do tratamento, resta a opção da interrupção da gravidez, que é preferível ao infanticídio. Inicia-se, então, a polêmica sobre a interrupção da gravidez, denominado aborto seletivo ou eugênico, que é ilegal no Brasil. Alguns autores divergem-se na conceituação do aborto seletivo e eugênico; sendo o seletivo a interrupção da gravidez no caso de feto com má formação e o eugênico visa ao aperfeiçoamento da raça

humana, no entanto, outros entendem que ambos têm a mesma finalidade, o aprimoramento genético (GIMENES; VIEIRA, 2005, p. 37).

Ocorre que, o aborto de fetos anencefálicos difere-se do aborto eugênico, tendo em vista que este visa o aprimoramento genético e aquele visa à interrupção da gravidez de um feto comprovadamente inviável, ou seja, que não sobreviverá ao nascimento.

Sabe-se que, as gestações resultantes do estupro e a gravidez de um anencéfalo, no que se refere ao período de gestação, produzem semelhante aflição psicológica à mulher. A gestação oriunda do estupro representa uma suprema exigência e sofrimento da mãe, que a cada instante, durante a gestação, estará revendo as cenas horrendas que originaram a gravidez. Enquanto que na gestação anencefálica a mãe estará presenciando 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. Analisando a interrupção da gestação do feto anencefálico, verifica-se claramente que, com a evolução da ciência, estamos diante um diagnóstico de cem por cento de segurança a respeito da inviabilidade da sobrevivência do produto da concepção, tendo em vista que (BUSATO, 2005, p. 587):

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 falem ossos nas regiões laterais e anterior da cabeça.

Ademais, além de argumentos científicos adotados para defender o aborto de fetos anencefálicos, observa-se uma variedade de argumentos jurídicos utilizados em tribunais e doutrinas para se legalizar a opção da mãe de escolha.

Um dos argumentos que tem sido utilizado nas decisões judiciais para fundamentar a concessão de antecipação terapêutica do parto, considerando a hipótese do feto anencefálico é a equiparação da anencefalia, o mesmo que ausência de cérebro, à morte encefálica, prevista na Lei 9.434/97, para fins de transplantes *post mortem* (após a morte) de órgãos e tecidos humanos, conforme previsto no artigo 16, que estabelece o seguinte: “A retirada de tecidos, órgãos e partes poderá ser efetuada no corpo de pessoas com morte encefálica” e, conforme seu parágrafo 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” (REIS, 2015, *online*).

Em outra vertente, a defesa de que o aborto anencefálico não constitui fato típico baseia-se no fato de que se antecipa a morte do feto cuja vida está cientificamente inviabilizada, o que se faz em respeito a outros interesses relevantes, como a saúde e dignidade da mãe. Sendo assim, não se trata de uma morte arbitrária, ou seja, a atipicidade se constitui no fato de que o resultado jurídico não é desarrazoado. Tendo em vista que o artigo 124 do Código Penal Brasileiro tipifica o crime “provocar o aborto” baseando-se no fato que a atitude será arbitrária. Importante salientar que a inviabilidade do feto deve ser constatada sem dúvidas para que a interrupção da gravidez seja uma medida razoável, pois fora das hipóteses de inviabilidade certa da vida, jamais se pode conceber o aborto (GOMES, 2015, *online*).

Aliada ao argumento acima, uma das teorias mais adotadas pelos defensores do tema, a inexigibilidade de conduta diversa, é tida como causa supralegal para exclusão da culpabilidade do aborto de anencéfalos pelo fato de que não se pode exigir que a gestante carregue em seu ventre um feto que, não sobreviverá ao nascimento, haja vista que essa situação deverá causar-lhe, e aos seus familiares, grave perturbação psicológica. E, quanto ao médico que realiza o aborto, não poderá ser exigida outra conduta do mesmo, pois não deve prolongar o sofrimento psicológico e físico da gestante (REIS, 2015, *online*).

Tem-se, por fim, disposta no artigo 23 do Código Penal, a excludente de ilicitude chamada de estado de necessidade que, conforme o artigo 24 do mesmo diploma legal: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar-se de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. Nesse caso, é necessário que haja riscos de morte à gestante, tendo em vista que a gravidez de anencéfalos causa, com maior frequência, doenças como hipertensão, infecções pós-cirúrgicas, bem como doenças psicológicas. Em suma, o estado de necessidade nada mais é que a opção de um bem jurídico em detrimento de outro, ou seja, a mãe opta pela sua vida em detrimento do bem jurídico tutelado pelo crime de aborto, a vida do feto (PEREIRA, 2015, *online*).

Nota-se, assim, que inúmeros, também, são os argumentos que defendem o direito à vida e à dignidade da gestante de anencéfalos, ressaltando-se que o feto não possui vida viável, bem como pelo fato de que o sofrimento causado à mãe pode causar danos psicológicos permanentes, tornando-se insuportável a sobrevivência da mesma face à esperança frustrada de que o produto da concepção seja uma criança saudável.

## **4 NOTAÇÕES PROCESSUAIS**

Na legislação atual, o aborto provocado é considerado como crime doloso contra vida, excetuando-se as formas previstas pelo artigo 128 do Código Penal Brasileiro, dentre os quais não se encontra a modalidade de aborto de fetos anencefálicos, conforme já demonstrado.

Sendo assim, embora haja vasta doutrina e jurisprudências contrárias, o aborto de anencéfalos, que, como visto anteriormente, é mais específico que o aborto eugênico, é tratado como crime, estando inserido, também, nos artigos 124 a 127 do Código Penal.

Ante o exposto, aborda-se a seguir, as notações processuais do crime em questão, salientando-se a forma pela qual é tratada a figura típica no processo Penal, desde sua autoria até delimitação da pena.

### **4.1 Adequação típica, ação penal e competência**

Tendo em vista o fato de que a prática do aborto só configura crime na modalidade dolosa, importante se mostra observar as particularidades da figura típica em questão, para se determinar a forma pela qual decorrerá o processo e a competência para julgamento do mesmo.

Para isso, é importante compreender o conceito de crime, que pode se dar da seguinte forma: “Crime é o fato humano contrário a lei” ou “Qualquer ação legalmente punível” e, ainda: “Crime é uma conduta de ação ou omissão contrária ao direito, a que a lei atribui uma pena”. No entanto, essas definições limitam-se apenas a um dos aspectos do fenômeno criminal, que é a contradição do fato a uma norma de direito, ou seja, a sua ilegalidade (MIRABETE; FABRINE, 2007, p. 3)

A primeira característica do crime é ser um fato típico, descrito como tal numa lei penal. De tal modo, um acontecimento da vida corresponde exatamente a um modelo de fato contido numa norma penal incriminadora, a um tipo. Outrossim, para determinar que um fato da vida seja realmente considerado típico, é necessário que todos os seus componentes e elementos estruturais sejam, igualmente, típicos. Esclarecedor dizer que os componentes de um fato típico são a conduta humana, sendo a consequência dessa conduta, se ela produzir, a relação de causa e efeito entre aquela e esta, ou seja, o nexos causal, e por fim, a tipicidade. A

rigor, a regra primária do Direito Penal é punir fatos praticados dolosamente, pois se entende que, neles, o sujeito buscava alcançar um objetivo ou resultado, ou ainda, pelo menos, o aceitou, o que não exime os fatos culposos de serem punidos; o que acontece quando houver expressa previsão legal (TELES, 2006, p. 131, 158).

Antes de explorar o fato típico no caso específico da conduta abortiva, importante mostra-se a análise do conceito de tal elemento do crime, e, desta forma, seja feita uma adequação típica pertinente.

Para Luiz Flávio Gomes tipo é a descrição exata do comportamento humano, feita pela lei penal com o intuito de proteger bens, aqueles que a tutela extrapenal não conseguiu proteger. Portanto, é a individualização de condutas penalmente relevantes em que o fato típico compõe-se pela conduta do agente, que pode ser dolosa ou culposa, ou ainda, comissiva ou omissiva, pelo resultado, nexos de causalidade e pela tipicidade penal, enquadrando-a a um modelo abstrato previsto em lei, que é o tipo penal (2010, *online*).

Acerca do bem jurídico tutelado pelos artigos citados do Código Penal: 124 “Provocar aborto em si mesma, ou consentir que outrem lho provoque”; artigo 125: “Provocar aborto sem o consentimento da gestante”; artigo 126: “Provocar aborto com o consentimento da gestante”, tais dispositivos estão diretamente direcionados à vida do ser humano em formação, dessa forma, protege-se a vida intrauterina, para que o ser humano possa desenvolver-se e normalmente e nascer. Constitucionalmente, o direito à vida é inviolável e todos, sem distinção, são seus titulares, conforme citado anteriormente em acordo com o que dispõe o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Portanto, fica explícito que o conceito de vida, em sua plenitude, compreende, não somente, a vida humana independente, mas também a vida humana dependente, ou seja, a vida intrauterina (PRADO, 2002, p. 94).

Ademais, tipo penal é um instrumento legal, necessário e de natureza predominantemente descritiva, cuja função é a individualização de condutas humanas relevantes na esfera penal, por serem penalmente proibidas. O tipo é pertencente à lei, é nela que encontramos o tipo penal, de forma mais concreta tipos são: “matar alguém” artigos 121, *caput*, do CP. “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante”; artigo 125 do CP. “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem; artigo 129, *caput*, do CP”. “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento”, artigo 235, *caput*, do CP. Portanto, “tipos” são fórmulas legais que nos servem para individualizar as condutas que a lei penal proíbe. É logicamente necessário porque, sem o tipo, estaríamos a averiguar a antijuridicidade e a culpabilidade de uma conduta que, certamente, na maioria dos casos, resultaria sem a devida relevância penal. Predominantemente descritivo, porque os elementos são de suma

importância para a individualização de uma conduta, devendo dispensar especial atenção aos verbos, visto que, é precisamente a palavra que gramaticalmente serve para conotar uma ação (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 383-384).

Ainda de acordo com o autor é imprescindível saber diferenciar tipo de tipicidade, e esclarece: Tipo como já dissemos: “é a fórmula que pertence à lei”; e tipicidade: “é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 384).

Diante da conduta criminosa devidamente tipifica, relevante é resolver a lide gerada pelo ato. Para tanto, deve-se observar a melhor forma de se chegar a um acordo, ou a uma conclusão, para se solucionar a questão.

Quanto às formas de resolver um litígio, existem três opções, das quais a sociedade pode fazer uso, sendo: a auto composição, em que ambas as partes chegam a uma conclusão definitiva sobre o litígio; a autodefesa, em que uma das partes impõe sobre a outra a decisão do litígio; e o processo, nesse, há a intervenção do Estado-juiz, que aplicará a lei ao caso concreto e extraíndo a regra jurídica, em substituição a vontade das partes pelo comando legal, conforme extraído do artigo 468 do Código Processo Civil, que diz: “A sentença, que julgada total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. No entanto, no âmbito penal, a forma de solucionar um litígio somente poderá se dar através do processo, uma vez que todas as alegações devem ser comprovadas em processo judicial regularmente instaurado (RANGEL, 2006, p. 185).

Para exercitar o direito de punir é necessário que haja processo e julgamento, uma vez que o Estado não pode impor arbitrariamente a sanção. Sendo o crime um fato que lesa, direitos do indivíduo e da sociedade; cabe ao Estado reprimi-lo com o exercício do *jus puniedi* (o direito de punir). O direito subjetivo de punir, entretanto, não é ilimitado, vinculando-se o Estado ao direito objetivo, quer seja na imputação, ou na circunscrita aos fatos típicos, como as penas a serem aplicadas. Assim sendo, ação penal é “a atuação correspondente ao direito à jurisdição – público subjetivo, abstrato, autônomo, que se exercita perante os órgãos da justiça criminal” (MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 387).

Sendo assim, trata-se a ação penal da forma pela qual o Estado ou a vítima têm para aplicar seu direito de reivindicar a sanção correta para a conduta criminosa cometida por alguém. Sendo que essa ação ocorre através do respeito aos requisitos determinados por lei.

Observa-se que, todo o processo penal inicia-se a partir de um pedido formalizado ao órgão do poder judiciário, para que, depois de examinados os fatos e o direito, se aplique a

solução correspondente. Até porque, existe um princípio maior, inserido na Constituição Federal, que garante aos indivíduos que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e mais:

A ordem jurídica atribui ao indivíduo à liberdade de agir, de modo que só em virtude de lei, alguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. No que se refere, então, às restrições da liberdade decorrentes da sanção criminal, além da prévia cominação da pena e da descrição típica do delito, há necessidade de que seja a pessoa submetida ao devido processo legal. Aliás, como discorre Joaquim Canuto Mendes de Almeida, quem se submete é o próprio Estado, o qual está impedido de impor penas criminais sem o processo. (TELES, 2006, p. 473).

Ocorre que, para se saber os requisitos adotados pela lei para se processar a ação penal, primeiro é necessário saber o tipo de ação penal aplicada ao caso em questão, tendo em vista que o processo penal adota quatro formas de ação.

Para se delimitar a forma de ação penal aplicada ao caso do crime de aborto, é necessário compreender os quatro tipos de ação no Processo Penal brasileiro: a ação penal pública incondicionada; a ação penal pública condicionada à representação; a ação penal de iniciativa privada e a ação penal privada subsidiária da pública. Dentre essas, a ação penal pública incondicionada é a modalidade mais comum, tendo em vista que qualquer crime em que a legislação não especifique outro tipo de ação penal será processado de acordo com a pública incondicionada (SCHAFFA, 2008, *online*).

Observa-se que, observando o princípio da obrigatoriedade, o Ministério Público deve propor a ação penal pública, da forma que expõe Paulo Rangel (apud PINTO, 2007, *online*): “sempre que estiver com um fato típico, ilícito e culpável nas mãos, devidamente comprovado ou com elementos que o autorizem a iniciar a persecução penal”. Essa ação deve ser interposta através de denúncia, a qualquer tempo, observando-se o prazo de prescrição do crime, e, para instauração do inquérito policial, suficiente é que a autoridade policial esteja ciente da ocorrência da infração.

Diante do exposto, a ação interrupção da gravidez provocada, com ou sem consentimento da gestante, consiste em um fato típico, que caracteriza o crime de aborto e, nesse caso, é aplicada a ação penal pública incondicionada, tendo em vista que o ato em si, lesa o bem maior, que é a vida. Por isso, e por se tratar de modalidade dolosa, a competência é do Tribunal do Júri.

## 4.2 Qualificadoras, atenuantes, agravantes

Para se realizar a dosimetria da pena aplicada ao autor do crime de aborto, deve-se observar, não somente, os critérios dispostos nos artigos 59 do Código Penal, mas também as circunstâncias agravantes e atenuantes, expostas nos artigos 61, 62, 65 e 66 do mesmo diploma legal, bem como as qualificadoras, que inserem um novo limite entre o mínimo e o máximo na dosagem de pena, estando estas determinadas na parte especial do Código Penal Brasileiro.

Acerca das qualificadoras, Mauricio José Nardini (2010, *online*) as conceitua como sendo:

Qualificadoras são circunstâncias legais, especiais ou específicas previstas na parte especial do Código Penal, que agregadas à figura típica fundamental, têm função de aumentar a pena. Se dividindo em sentido amplo, em que trata das causas de aumento, e as qualificadoras propriamente ditas, e em sentido estrito, que abrangem apenas as qualificadoras em face das quais são modificados os parâmetros abstratos da pena mínima e da pena máxima em tipo básico.

Assim, o artigo 127 do código Penal dispõe que as penas contidas nos artigos 125 “Provocar o aborto sem o consentimento da gestante” e 126 “provocar o aborto com o consentimento da gestante” são aumentadas de um terço se, em virtude do aborto ou dos meios utilizados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. Não se aplica a causa de aumento de pena prevista na primeira parte do artigo 127 se a lesão corporal grave produzida é consequência normal da intervenção abortiva realizada. Interessante destacar que, de acordo com o parágrafo único do artigo 126, aplica-se a pena do artigo 125; reclusão de três a dez anos nas seguintes condições: “1. Se a gestante não for maior de quatorze anos; 2. Se a gestante for alienada ou débil mental; ou 3. Se o consentimento for obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência” (PRADO, 2002, p. 103, 104).

Além dessas circunstâncias, que correspondem especificamente ao crime, há, também, as circunstâncias legais, que devem ser analisadas após o juiz fixar a pena base, sendo essas as atenuantes e as agravantes, que se aplicam a todos os crimes e subdividem-se em: objetivas, quando tratam das formas de execução, do tempo, do lugar, condições ou qualidades da vítima e subjetivas, que se referem à culpabilidade, aos motivos determinantes, e a relação com a vítima (ROCHA; CARVALHAL JÚNIOR, 2006, *online*).

As agravantes encontram-se dispostas nos artigos 61, em que dispõe acerca das agravantes genéricas, e 62, agravantes do concurso de pessoas, do Código Penal, transcritos abaixo:

Artigo 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Artigo 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Sendo assim, o agente condenado que cometer a conduta abortiva em qualquer das circunstâncias citadas acima terá sua pena agravada, sendo quem, conforme se observa na letra h, do inciso II do artigo 61, o terceiro que praticar o ato abortivo estará, diretamente, incurso nas sanções do artigo citado.

Já as atenuantes, que podem beneficiar o réu, estão expostas nos artigos 65, as genéricas, e 66, consideradas inominadas, do código Penal, conforme se observa a seguir:

Artigo 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

- a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
  - b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
  - c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
  - d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
  - e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.
- Artigo 66 – A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Importante frisar que essas circunstâncias podem concorrer entre si, aumentando, diminuindo, ou até não modificando a pena, conforme a dosimetria realizada. Ressalta-se, porém, que, embora haja essas circunstâncias determinadas em lei, cada caso particular também deve ser analisado, a fim de se proceder a aplicação de uma pena mais justa adequada.

### **4.3 Coautoria e participação**

O crime de aborto, bem como outros delitos, na maioria das vezes, não é praticado por uma única pessoa, sendo frequentes os casos em que é praticado por duas ou mais pessoas ou mesmo por uma pessoa com ajuda de outra. Assim, relevante se torna, para finalizar as delimitações processuais que cercam o Crime, o estudo dos casos de coautoria e participação aplicados ao delito em questão.

Nessas hipóteses, em que a infração penal é realizada por duas ou mais pessoas que concorrem para o evento, origina-se um caso de concurso de pessoas, acontecimento este conhecido como concurso de agentes, concurso de delinquentes, coautoria, codelinquência ou participação. Relevante frisar que o Código Penal de 1940, de forma simplória, partiu da teoria da equivalência dos antecedentes adotados quanto à relação de causalidade, igualando os vários participantes da empresa criminosa e reunindo-os sob a denominação de “coautoria”. Salienta-se que, na reforma do Código Penal de 1969, que utilizava a expressão “concurso de agentes” não foi aceita pelo legislador, que optou em utilizar “concurso de pessoas”. Assim sendo, o concurso de pessoas pode ser definido como “a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal”, ou seja, é preciso apenas que

um dos delinquentes esteja ciente de que participa da conduta de outra para que esteja diante do concurso (MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 223-224).

Para que se entenda e saiba delimitar a forma de concurso de pessoas que é aplicada a cada caso em específico, deve-se compreender o conceito de autoria e como ela é determinada. Podendo, assim, observarem-se os casos em que os que contribuíram de alguma forma para a consumação do ato delitivo são autores, coautores ou partícipes.

Ney Moura Teles (2006, p. 182, 183), destaca que, ao longo do tempo, a doutrina preocupou-se com a conceituação de autoria do crime, dentre as várias teorias, o autor citou as seguintes:

Teoria subjetiva causal, em que o autor do crime seria: todo aquele que tivesse gerado uma condição para a causação do resultado descrito como tipo. Teoria Formal objetiva, sendo o autor aquele que: realiza, total ou parcialmente, uma figura típica. Teoria objetivo subjetiva, também conhecida como a teoria do Domínio do Fato, em que o autor de um crime: é quem possui o domínio final da ação, podendo decidir sobre a consumação do procedimento típico.

Embasado nesse conceito, podem se distinguir modalidades distintas de autoria, a saber: autor intelectual; executor e o autor mediato. Ainda de acordo com o autor. Não há distinção entre o autor e coautor, pois ambos estão envolvidos diretamente no ato. E define participação como sendo “a contribuição, sem realização direta de qualquer ato do procedimento típico, para um fato típico que está sob o domínio final de outra pessoa” (TELES, 2006, p. 184, 185).

Acerca do tema, reza o artigo 29 do Código Penal Brasileiro que: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Sendo assim, observa-se que a legislação não deixa impune quem, de qualquer forma, contribui para a realização da infração penal, seja de forma ativa ou passiva, devendo o coautor ou partícipe fazer parte da relação processual, e, a eles, ser aplicada a pena devida, após análise de caso a caso.

## 5 CONCLUSÃO

Mediante o exposto neste trabalho monográfico, onde o intuito foi demonstrar a atual realidade da Legislação Brasileira frente ao aborto anencefálico, mister se fez um levantamento histórico sobre o assunto abordado e sua evolução histórica, jurídica, científica, cultural e religiosa.

Percebe-se que, historicamente, houve uma proteção maior da lei em face à prática do aborto, passando este a ser penalizado quando feito fora dos limites permitidos pela legislação. Muito embora, os conceitos cultural e religioso tenham sofrido pequenas modificações, principalmente, se considerar a evolução no campo da ciência, que permite informações essenciais do feto ainda em formação e que parte se mostra favorável em relação ao aborto anencefálico, fato este que fortalece ainda mais a polêmica sobre este assunto.

Neste caso específico do aborto anencefálico, há muitas interpretações jurídicas que caminham paralelamente junto ao conceito científico e as opiniões de alguns ministros, criando um quadro favorável para a legalização do aborto anencefálico, que, aos poucos vem sendo aceito pela sociedade, ainda que de forma bem lenta.

Considerando que a dignidade da pessoa humana é princípio constitucional que embasa o Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme prescreve o artigo 1º, inciso III da Constituição, o respeito ao princípio está relacionado diretamente ao respeito à autonomia pessoal, ou seja, a liberdade que o ser humano tem de, ao menos potencialmente, conduzir sua própria existência e ser respeitado como sujeito de direito.

Acrescido de que a gestação do anencéfalo pode, o que ocorre frequentemente, comprometer a saúde física, psíquica e social da mulher, não pode o aborto, nessa situação, ser compreendido, como conduta criminosa, colocando a mulher em uma situação de pleno desrespeito à sua condição humana e a sua dignidade de pessoa humana.

Estudos comprovam que a anencefalia é uma das malformações letais do sistema nervoso central, que o torna incapaz para as funções relacionadas à consciência, à capacidade de percepção, de cognição, comunicação, afetividade e emotividade, sentenciando-o a jamais compartilhar de quaisquer experiências humanas.

Outros dados demonstram que portadores da anencefalia têm sobrevivência extrauterina por curto período de tempo, sendo que, aproximadamente 75% dos conceptos nascem mortos e os demais 25%, salvo raríssimas exceções, falecem no período neonatal. Nos

casos de sobrevivência após o parto, o prognóstico é certo: há progressiva deterioração do organismo, até a sua morte.

Conclui-se, portanto, que a gestação nessa situação não trará nenhum benefício à mãe e, muito menos, ao bebê, que além da dor da perda, existirá ainda, um fator psicológico negativo que afetará, não se sabe o quanto, a integridade psíquica da mãe.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva. 2000.

AMARAL, Fernanda P. **Aborto e a posição das Igrejas**. Disponível em:

<<http://lucianahaaland.blogspot.com/2009/03/aborto-e-posicao-das-igrejas.html>> Acesso em: 20 de março de 2015.

ANDRADE, Ricardo Luís Sant' Anna de. **Aborto e Direito a Vida**. Disponível em:

<<http://www.aborto.com.br/artigos/abortoedireito.htm>> Acesso em: 15 de abr. de 2015.

BRAET, Herman; VERBEKE, Werner. **A morte na Idade Média**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1996.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Legislação Penal Especial** - Crimes Hediondos, abuso de autoridade, tóxicos, contravenções, tortura, porte de arma e crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Aborto é crime hediondo**. Disponível em:

<[http://www.correioforense.com.br/coluna/idcoluna/29/titulo/Aborto\\_e\\_crime\\_hediondo.html](http://www.correioforense.com.br/coluna/idcoluna/29/titulo/Aborto_e_crime_hediondo.html)> Acesso em: 23 de abril de 2015.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Vade Mecum** Universitário de Direito Rideel / Anne Joyce Angher, organização. – 9. ed. – São Paulo: Rideel, 2011.

BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Novos Estudos Jurídicos**. Ano 1, número 1. Itajaí: UNIVALI, 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte especial, 2º volume, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2

DINIZ, Maria Helena, **O estado atual do Biodireito**, São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 22 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5

EISENBERG, Daniel. **Aborto na lei judaica**. Disponível em: <[http://www.aish-brasil.com.br/new/artigo\\_aborto.asp](http://www.aish-brasil.com.br/new/artigo_aborto.asp)> Acesso em: 18 de fevereiro de 2015.

FALCÃO, João Henrique Santana. **Aborto - Histórico e Modalidades**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/13371/12935>> Acesso em: 20 de nov. de 2009.

FREITAS, Lúcio R. O. **A personalidade jurídica do nascituro**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4257/A-personalidade-juridica-do-nascituro>> Acesso em: 12 de fevereiro de 2015.

GIMENES, Amanda Pegorini; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Principais Aspectos Bioéticos do Aborto. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**. Número 1. Umuarama: UNIPAR, 2005. v. 8.

GOMES, Luiz Flávio. Tipicidade penal = tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva. **Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8383>> Acesso em: 18 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria da imputação objetiva e aborto anencefálico: atipicidade material do fato**. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigos/art\\_aborto\\_lfg.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/art_aborto_lfg.pdf)> Acesso em: 20 de maio de 2015.

KARDEC, Alan. **O Livro dos Espíritos**. 63 ed. Brasília: Federação Espírita Brasileira, 1985.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009.

MACEDO, Marcos Jorge Ferreira de; LEAL, Rodrigo. Anencefalia e o crime de aborto - exclusão de ilicitude via autorização judicial - uma real possibilidade no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**. Ano 1, número 1. Itajaí: UNIVALI, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI Renato Nascimento, **Manual de Direito Penal**, parte especial. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**, parte geral. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.  
v. 1

NARDINI, Maurício José. Apostila de Direito Penal II. Disponível em:  
<<http://mauricionardini.vilabol.uol.com.br/penalii.htm>.> Acesso em: 27. de abr. de 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Fernandes Amorim. O Direito à vida dos nascituros em face do aborto. JURIVOX: **Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Patos de Minas**. Ano 6, número 6. Patos de Minas: UNIPAM, 2005.

PACHECO, Eliana Descovi. **Elucidação sobre o aborto e sua evolução**. Disponível em:  
<<http://jusvi.com/artigos/36779>.> Acesso em: 03 de fev. de 2015.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Ação Penal**. Disponível em:  
<<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/758948>.> Acesso em: 08 de abr. de 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, parte especial. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 2

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

REIS, Adriana Tenorio Antunes. Descriminalização do abortamento nos casos de fetos portadores de anencefalia. **Jus navegandi**. Disponível em:  
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10492&p=3>.> Acesso em: 02 de maio de 2015.

ROCHA, Eliane Moreira da; CARVALHAL JÚNIOR, Luiz Carlos. **Dosimetria da pena**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1401>.> Acesso em: 02 de maio de 2015.

SÁ, Elida, **Biodireito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SCHAFFA, Pedro. **Ação Penal Pública Incondicionada**. Disponível em:  
<<http://oprocesso penal.blogspot.com/2008/04/ao-penal-pblica-incondicionada.html>.> Acesso em: 06 de abril de 2015.

SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta T. de. **O aborto: um resgate histórico e outros dados**. Disponível em: <<http://www.fsp.usp.br/SCHOR.HTM>.> Acesso em: 02 de junho de 2015.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**, parte geral. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WIKIPEDIA. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto\\_no\\_Brasil](https://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto_no_Brasil).> Acesso em: 01 de junho de 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, parte geral. Vol. 1. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.