

## **ANENCEFALIA: O DESVELAR DA TUTELA PENAL**

*Neida Terezinha Leal Floriano<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre a discussão acerca da possibilidade de antecipação do parto de fetos portadores de anencefalia ante a ausência de expectativa de vida extra-uterina e destaca a relação entre o Direito Penal e a Constituição como fonte necessária de definição dos bens jurídicos penalmente tutelados. De igual forma, analisa a atipicidade dessa conduta na legislação vigente e a ausência de bem jurídico tutelado em face da constatação de anomalia fetal incompatível com a vida, bem como a legitimação da interrupção da gestação como corolário lógico da dignidade da pessoa humana. Nesta senda, ao ser considerado que a anencefalia é uma anomalia fetal irreversível, entende-se que a interrupção da gravidez deve ser reconhecida como legítima, por ser conduta atípica no âmbito jurídico-penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** anencefalia – fetos - vida extra-uterina – atipicidade – bens jurídicos

**ABSTRACT:** This article is about the discussion about the possibility of early delivery of fetuses individuals with anencephaly at the lack of expectation of extra-uterine life and highlights the relationship between criminal law and the Constitution as a source of needed goods legal definition of criminal protected. Similarly, analyzes the atipicidade result in the existing legislation and the lack of legal rights protected in the face of the determination of fetal anomalies incompatible with life, and the legitimacy of the interruption of pregnancy as a logical corollary of human dignity. In this vein, to be considered that anencephaly is a fetal anomaly irreversible believes that the termination of pregnancy should be recognized as legitimate, because it is atypical behavior within legal and criminal.

**KEY WORDS:** anencephaly - fetuses - extra-uterine life - atipicidade - legal goods

---

<sup>1</sup> Advogada. Especialista em Ciências Penais e em Direito Penal Contemporâneo. Professora da URCAMP e da Faculdade São Francisco de Assis - UNIFIN. Mestre em Direito.

## **Considerações Iniciais**

No modelo de Estado contemporâneo, centrado na idéia de valorização do ser humano, a Constituição brasileira de 1988, destaca-se como uma das Cartas Constitucionais de maior relevo na consolidação de proteção dos direitos humanos fundamentais. Nesse contexto, a Carta Magna garante a todos a inviolabilidade do direito à vida, proclamando como o mais fundamental de todos os direitos já que é considerado pressuposto para os demais direitos, cabendo ao Estado assegurá-lo em dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de ter vida digna enquanto sobreviver.

O aborto caracteriza-se pela interrupção da gestação com a conseqüente morte do feto, tendo como objetividade jurídica a proteção à dignidade do feto e a potencialidade da vida humana. No Brasil, o aborto é crime sendo admitidas apenas duas excludentes de ilicitude, quais sejam: quando o médico entender que não há outro meio de salvar a vida da gestante, chamado pela doutrina de aborto necessário ou terapêutico (art. 128, I, do Código Penal) e, quando a gravidez resultar de estupro denominado aborto sentimental (art. 128, II, do Código Penal).

Nesse contexto, a legislação pátria autoriza a prática de aborto quando a gestante está em risco (terapêutico) e quando houver violação à dignidade da mesma (sentimental) resultante de estupro, posto que o Estado privilegia a saúde da mulher, sobrepondo a vida da gestante em detrimento à vida do feto. Entretanto, não há previsão legal para a hipótese de aborto por anencefalia (eugênico), que caracteriza-se pela má formação fetal incompatível com a vida extra-uterina. Desse modo, somente restará autorizado o aborto por anencefalia, mediante decisão judicial, após pedido formulado pela gestante.

A situação de antijuricidade prevista no Código Penal da gravidez resultante de estupro e a situação de gravidez de feto anencefálico muito se assemelham no que diz respeito ao período gestacional. A primeira, porque remete a mulher ao horror do momento da concepção. A segunda, pelo sofrimento ao longo do desenvolvimento natural da gestação ao saber que o ser gerado inevitavelmente caminha para a morte.

Desse modo, ante ao curto prazo de vida desses fetos, surge a defesa da interrupção da gravidez que diminuiria o sofrimento da gestante, pois na Constituição Federal e no Código Penal é tutelada a vida com dignidade. Nessa esteira, exigir que uma mulher carregue um feto durante nove meses, sabendo da inviabilidade desta gestação é desumano, sacrificante e cruel.

Com efeito, a vida humana que o direito reconhece e cuja preservação é disposta em norma jurídica, não se apresenta nos fetos com anencefalia, destituídos de qualquer possibilidade de vida extra-uterina, pois de acordo com a ciência médica, a falta de atividade cerebral é considerada como conceito legal de morte. Se não há qualquer possibilidade de vida no quadro de anencefalia, não é possível estender a proteção penal aos fetos anencefálicos. Considerando que a anencefalia é uma anomalia fetal irreversível entende-se que a interrupção da gravidez deve ser reconhecida como legítima, por ser conduta atípica no âmbito jurídico-penal.

## **1 A noção de bem jurídico**

A idéia de tutela de bens jurídicos surge da necessidade de conter os excessos criminalizadores resultante do ideal iluminista<sup>2</sup> que revolucionou o Direito Penal vigente até o século XVII. Birnbaum, em 1834, foi o pioneiro a defender que o Direito Penal deveria ter por objeto não a tutela de direitos subjetivos, sustentada por Feuerbach, mas a de bens jurídicos materiais. Decorre que o objeto jurídico do crime, que até então era identificado nos direitos subjetivos, passou a ser o bem jurídico material, com o nítido objetivo de limitar a atuação do legislador penal, circunscrevendo a busca dos fatos mercedores de sanção penal àqueles efetivamente danosos à coexistência social.

Binding e Liszt abordaram a questão da origem do objeto de proteção penal; o primeiro, afirmou que o bem jurídico protegido exsurge da própria norma penal que o

---

<sup>2</sup> Beccaria, com a obra “Dos Delitos e Das Penas”, representa a grande fonte de renovação penal operada a partir de fins do século XVIII, para combater a crueldade praticada contra os desafortunados, mediante uma legislação retrógrada que adotava métodos punitivos bárbaros. A partir de Beccaria, o direito penal passou a ter outro enfoque: a proteção dos direitos subjetivos. Neste contexto, o crime passou a ser visto como uma lesão a um direito subjetivo, resultando, pois, que a conduta criminosa não se dirige, necessariamente, contra algo do mundo real, podendo atingir um direito subjetivo natural da pessoa. A pena era a consequência instituída pela lei, fundada na necessidade de preservação destes direitos. Eram os direitos inatos reconhecidos no contrato social os únicos bens tuteláveis pelo direito penal. Desse modo, o delito passou a ser considerado como uma violação ao pacto social.

cria, o último, sustenta que o bem jurídico fixa-se na realidade social e preexiste à norma jurídica, inaugurando uma concepção de cunho sociológico-positivista.

Todavia, são as incertezas e questionamentos em torno do bem jurídico que originaram a concepção metodológica ou teleológico-metodológica do bem jurídico, formulada pelos autores neokantianos<sup>3</sup>, que sustentam que o objeto de proteção penal é um produto de conceitos jurídicos, de valor abstrato, de cunho ético-social, tutelado pela norma penal, ou, um valor juridicamente protegido.

A filosofia penal do iluminismo refletia a noção de direito subjetivo, resultante dos conceitos de direito privado, como elemento de limitação do *jus puniedi* do Estado. A pena era concebida somente como medida preventiva.<sup>4</sup> Dessa forma, desvinculava a punição da ética e da religião. Nesse sentido, a perspectiva individualista se sobrepõe ao direito e ao Estado e fortalece a posição do homem e da razão humana, da sua dignidade e autonomia, rompendo todas as tradições do Estado Absolutista, contaminando a base de natureza teocêntrica, estabelecida na relação entre o Direito Penal e o Estado, para fortalecer o primado da razão.

O Direito Penal deste período se expressou na doutrina jurídica privatista de Feuerbach fundado no princípio da prioridade do indivíduo diante do Estado, no reconhecimento dos direitos naturais que o Estado deve proteger e na racionalidade humana, estruturando-se na idéia de “lesão aos direitos subjetivos”.<sup>5</sup>

Com Feuerbach inicia-se, de forma sistemática, a busca de novos parâmetros para o conceito de crime, diferenciados daqueles defendidos pelas correntes teocráticas. O objeto de proteção, integrado por uma faculdade jurídica privada ou uma atribuição

---

<sup>3</sup> Os principais representantes do neokantismo na visão de Luiz Regis Prado são Cohen, Notarp e Stammler da Escola de Marburgo e Wildlbrand, Rickert, Lask e Radbruch pela Escola de Baden. Outros doutrinadores, como por exemplo, Maria da Conceição Ferreira da Cunha destaca os autores Grunhut, Scwinge, Zimmerl, Menzger e Eduardo Correia.

<sup>4</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro - parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1v. p. 58.

<sup>5</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 72.

externa e individual constitutivas de direito subjetivo, representa o núcleo essencial do fato punível, sobre o qual se deve configurar o conceito jurídico de delito.<sup>6</sup>

Observa-se que a concepção material do delito como uma lesão de um direito, ditada por Feuerbach, é a expressão da teoria contratualista. Decorre desse pensamento que o direito subjetivo é o instrumento mais eficaz para garantir a liberdade individual, pois o homem é dotado de razão e pode regular sua conduta, liberando-se de qualquer autoridade. Tais idéias preconizam a própria concepção de liberdade do liberalismo. No entanto, muito embora, a teoria da lesão de direitos subjetivos defendida por Feuerbach tenha contribuído para a busca de um substrato material para o conceito de delito, não é possível encerrar, no conceito de direito subjetivo, toda a noção de bem jurídico, dada a existência de bens jurídicos coletivos ou supra-individuais.

A doutrina do bem jurídico, erigida no século XIX, dentro de uma perspectiva liberal e com nítido objetivo de limitar o legislador penal, vai, constantemente, se impondo como um dos pilares da teoria do delito. Surge como uma evolução e ampliação da tese original garantista do delito como lesão de um direito subjetivo e com o propósito de continuar a função limitadora do legislador, não podendo o Direito Penal intervir sempre que se produzam perturbações da vida comunitária, limitando-se à proteção dos valores fundamentais da ordem social.<sup>7</sup>

Nesse sentido, a doutrina do bem jurídico é produzida quase como uma consequência necessária das transformações econômicas e políticas da época, justificando-se do ponto de vista doutrinário por sua utilidade para servir como termo de referência de fatos ofensivos e porque, de acordo com Luiz Regis Prado, devido à sua maior amplitude, pode ser aplicado ao campo dos delitos religiosos e contra os costumes.<sup>8</sup>

Na doutrina nacional ou estrangeira, os entendimentos acerca do bem jurídico-penal sofreram inúmeras variações históricas e continuam distantes de assentamento.

---

<sup>6</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Juridico en el Derecho Penal*. Sevilha: Publicaciones de la Universidad, 1974., p. 96.

<sup>7</sup> JESCHECH, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p.6.

<sup>8</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro - parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1v. p. 31-2.

Não existe um consenso legal sobre o fundamento científico da teoria do bem jurídico. O que poder ser observado é uma certa unanimidade em relação ao entendimento de que uma conduta somente será considerada criminosa quando lesar ou ameaçar de lesão um bem jurídico-penal. Todavia, quando se trata de determinar o seu conteúdo material e, conseqüentemente, seu conceito, observa-se inúmeras divergências entre os doutrinadores.

Figueiredo Dias refere que a noção de bem jurídico,

não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que a permita converter em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado.<sup>9</sup>

Juan Bustos Ramires, afirma que "el bien jurídico es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica"<sup>10</sup>. Desse modo, um Direito Penal democrático somente pode limitar-se a partir do bem jurídico, porque este é justamente uma concreção do processo democrático real. Assim, qualquer outra conceitualização de bem jurídico o converte em um conceito vazio e inútil.

Rudolphi define bens jurídicos como sendo “unidades sociais de função (instrumentais) indispensáveis à vida social que se desenvolve no quadro da Constituição”.<sup>11</sup>

No âmbito do direito penal contemporâneo, se percebem novas tendências sobre a noção de bem jurídico, que passa a assumir relevante papel na definição dos limites e das fontes do *jus puniendi* estatal, se convertendo “*em elemento estruturante e informador da política criminal do Estado*”, ainda que não se lhe afaste o atributo

---

<sup>9</sup> FIGUEIREDO DIAS *apud* BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p. 37. Ressalva o autor, todavia, que há um consenso bastante expressivo que gira em torno de um *núcleo central do conceito* de bem jurídico, podendo ser definido como: “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”(Idem, *ibidem*).

<sup>10</sup> BUSTOS RAMÍRES, Juan. *Manual de derecho penal – parte general*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 55.

<sup>11</sup> FIANDACA, Giovanni. O bem jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, A.89, v. 776, jun. 2000, p. 409-39.

conferido pela dogmática penal, “de elemento *estruturado pela dogmática* jurídico-penal”.<sup>12</sup> Este novo modelo impõe ao legislador que a tarefa de legislar em matéria penal, precipuamente, seja destinada à proteção dos bens jurídicos, limitando a responsabilidade penal à prática de um fato lesivo.

A partir dessa idéia, de exclusiva proteção de bens jurídicos como sendo uma das fundamentais garantias do Direito Penal do Estado Constitucional e Democrático de Direito, refletida no princípio da ofensividade, é redesenhado o modelo conceitual de crime, recepcionado na atual Constituição Federal. No entanto, este modelo não vincula de forma restrita o legislador na eleição dos bens jurídicos que necessariamente devem sofrer “juízo de dignidade penal”, posto que as normas penais incriminadoras, ao mesmo tempo em que podem ser criadas de acordo com a liberalidade acerca da ofensa a bens jurídicos, podem, de igual forma, apresentar “conteúdos manifestamente antiliberais”, contrariando, por inteiro, a essência do Estado Democrático de Direito.<sup>13</sup>

Assim sendo, a proteção dos bens jurídico-penais é tarefa de construção que possui assentamento nos princípios fundamentais constitucionais – da dignidade da pessoa humana, da personalidade e individualização da pena, da humanidade, da insignificância, da culpabilidade, da intervenção penal legalizada, da intervenção mínima e da fragmentariedade – como valores “fundantes” e “regentes” de todo o ordenamento jurídico-penal<sup>14</sup>.

Desse modo, o legislador para selecionar quais os bens jurídicos que merecem a proteção da lei penal deverá, necessariamente, levar em conta os princípios constitucionais penais<sup>15</sup> que são as bases estruturantes do sistema penal. Tais princípios

---

<sup>12</sup> FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44-5. Conforme Feldens, a mudança de paradigma impõe a alteração da legitimidade do Estado, condicionando-a a um *modelo de crime como ofensa a bens jurídicos*. Salienta o mesmo autor que é a partir dessa mudança que o conceito do bem jurídico emerge como um conceito material e, nesse sentido, com um conteúdo, senão previamente definido, definível” (Ibidem).

<sup>13</sup> FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 45-6.

<sup>14</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 65-6.

<sup>15</sup> Luisi destaca alguns princípios especificamente penais inseridos na Constituição de 1988: da legalidade, da intervenção mínima, da humanidade, da pessoalidade da pena e o da individualização da pena. (LUIZI, Luiz., *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 17).

tendem a delimitar a interferência da esfera penal, fixando fronteiras intransponíveis em prol das garantias individuais.

A partir da noção de Estado de Direito Democrático impõe-se a distinção entre valores jurídicos e metajurídicos<sup>16</sup> e a localização dos bens dignos de tutela penal no âmbito social, mas, voltada para o indivíduo. Essa formulação serve para estabelecer “a matéria do juridicamente tutelável, e o Direito Penal deve oferecer a substância básica do que for por ele protegível”, ou seja, “o interesse social relevante para o indivíduo deve ser elevado à categoria de bem digno de tutela jurídico-penal”.<sup>17</sup>

Neste contexto, a dignidade penal do bem jurídico será reconhecida, em sentido político criminal, mediante juízo valorativo da importância social. Essa valoração deve ser conexa ao requisito de necessidade de proteção penal do bem, ou seja, não basta que determinado bem possua relevância social para vir a ser tutelado pelo direito penal; é necessário que outros meios de defesa, menos lesivos, não sejam suficientes para a adequada proteção<sup>18</sup>. Também deve ser analisado se a ofensa causada provocou abalo social e se foi de tal proporção que justifique a intervenção penal.

De acordo com Luigi Ferrajoli<sup>19</sup>, o distanciamento entre as aspirações teóricas da cultura penalista de inspiração garantista e as tendências práticas dos atuais sistemas penais, exige que o problema do bem jurídico, seja (re)pensado e analisado sob as diferentes perspectivas axiológica, jurídico-positiva e sociológica da reflexão penal. É indiscutível que bem jurídico é uma expressão densamente valorativa. Assim, ao afirmar que um determinado objeto ou interesse é um bem jurídico-penal, equivale expressar sobre ele um juízo de valor penal, uma justificação de sua tutela mediante proibição e punição de sua infração.

Uma concepção laica e democrática de Estado e de Direito Penal pode justificar somente proibições dirigidas a impedir ofensas ou perigos aos bens fundamentais das

---

<sup>16</sup> Entende-se por valores jurídicos aqueles cujo titular é o indivíduo e por valores metajurídicos aqueles que têm por característica uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa).

<sup>17</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 104.

<sup>18</sup> MIR PUIG *apud* PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. In: *Revista de La Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 4. Marzo-Junio 1992, p. 2.



peças. Por certo, que a afirmação de que nenhum bem justifica uma proteção penal se seu valor não é maior do que o valor dos bens que resultam sonogados mediante a aplicação das penas não pode ser rigorosa, pois somente será possível mediante juízos de valoração da dignidade do bem jurídico-penal.

Assim sendo, a escolha de bens jurídicos tutelados deve ser pautada em um critério de ponderação vinculado à influência da Constituição sobre o sistema penal, que deve ser completa, para fins de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, princípio basilar de um Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a noção de bem jurídico está vinculada estritamente a um juízo de valor positivo acerca de determinado bem ou situação fática e sua importância para o desenvolvimento pacífico do ser humano em sociedade. Nesse contexto, Feldens citando Dolcini e Marinucci refere que “No âmbito do direito penal contemporâneo, a noção de bem jurídico segue desempenhando um papel inquestionavelmente preponderante, operando como um fator decisivo na diagramação –definição das fontes e dos limites – do *jus puniendi*”<sup>20</sup>

Em um pensamento democrático, especificamente em uma sociedade democrática, o marco inicial do Direito Penal é impulsionado pelo conceito de pessoa, definida como cidadão, detentora de autonomia própria e valor absoluto. Nesse sentido, a liberdade, a dignidade pessoal do homem e a possibilidade de se desenvolver livremente constituem um limite intransponível ao Estado, porquanto a pessoa humana é um fim em si mesma<sup>21</sup>, devendo ser respeitada em sua essência.

De fato, a liberdade e a dignidade da pessoa humana se caracterizam na essência do ser humano, sendo valores fundamentais do ordenamento constitucional. Decorre, pois, uma unidade material de sentido no ordenamento jurídico sobre a base de um contexto valorativo constitucional.

---

<sup>20</sup> FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44.

<sup>21</sup> Kant menciona que o homem constitui um fim em si mesmo e não pode servir “simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”.(D. Grimm *apud* M. Koppernock *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 52).

Em essência, a liberdade se materializa mediante a concreção de vários bens e interesses que representam a sua exteriorização e o Direito, por ser o regulador da coexistência pacífica dessas liberdades, conduz o Direito Penal a uma função primordial de proteção desses bens e interesses, designando-os por tais razões de bens *jurídicos*. Este critério valorativo realizado pelo legislador representa um limite à criminalização e se traduz em um limite à formação de novos tipos penais, ou seja, na operacionalização do direito penal.

## **2 A ausência de bem jurídico tutelado em casos de anencefalia**

A busca pela conformação de um direito penal direcionado à concreção dos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, de um direito penal de garantias, impõe a necessidade de se demonstrar quais as condutas podem ser criminalizadas e o que legitima essa criminalização. A par disso, partindo-se de uma concepção de exclusiva proteção de bens jurídicos, necessário se faz a compreensão de bem jurídico e suas fontes de legitimação, para, posteriormente, se definir quais os bens merecem a tutela penal.<sup>22</sup>

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade<sup>23</sup> se revela em um princípio implícito à ordem constitucional brasileira, pois deriva de uma determinada ordem de princípios (valores) inserida no texto constitucional e se constitui em um instrumento hermenêutico engajado ao processo decisório, com capacidade suficiente a sindicarem certa medida adotada para a realização de um fim específico.

Tal princípio, porquanto não alistado expressamente na Constituição brasileira, deriva das normas de direitos fundamentais e exsurge da cláusula do devido processo legal, em sua acepção substancial (art. 5º, LIV, da Constituição do Brasil), além de estar inserido na fórmula política do Estado (art. 1º da Constituição do Brasil) e se transformado em um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Nesta senda, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade, advém da essência do princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido constitucionalmente

---

<sup>22</sup> Denominação utilizada pelo direito alemão.

<sup>23</sup> Denominação utilizada pelo direito anglo-americano, para a configuração do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

como fundamento do Estado Democrático de Direito, porquanto se revela em norma (princípio e valor) fundamental para a ordem jurídico-constitucional de um país. Assim, verifica-se que o dispositivo constitucional no qual se encontra expressa a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inc. III, da Constituição da República do Brasil de 1988) contém não apenas o fundamento de normas definidoras de direito e garantias, mas também de deveres fundamentais.

É justamente nesse contexto que Ingo Sarlet concebe,

“a dupla função defensiva e prestacional da dignidade, de tal sorte que o dispositivo (texto) que reconhece a dignidade como princípio fundamental encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não violação da dignidade), mas que também impõe condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade, tudo a demonstrar a multiplicidade de normas contidas num mesmo dispositivo.”<sup>24</sup>

Do ponto de vista doutrinário, pode-se entender que a tutela do bem jurídico assume relevância para o delineamento do tipo penal, de modo que, sem afetar o bem jurídico protegido pelo ordenamento penal, não há dimensão material de tipicidade, ou seja, ocorre um fato atípico, sem relevância penal que não merece ao menos exame da culpabilidade do sujeito.

Com efeito, o Direito Penal que se pretende alcançar, enquanto ideal, é um Direito Penal que efetivamente respeite os direitos fundamentais de cada indivíduo que dão embasamento ao Estado Democrático de Direito. Assim sendo, além dos argumentos textuais, a Constituição somente pode admitir privações daqueles bens constitucionalmente relevantes, tais como, a vida para prevenir lesões de bens de categoria igualmente constitucional.

A problemática se situa na necessidade de identificar “se” um determinado direito (bem) fundamental é detentor de proteção penal, para, posteriormente, superada, de forma positiva, essa etapa ser equacionado o “modo” como essa proteção deveria ser exercida, sem prejuízo do mínimo de proteção exigido constitucionalmente. Isto significa dizer que não é qualquer espécie de bem jurídico que merece proteção jurídico-penal. O imperativo de tutela penal depende da espécie de intervenção contra

---

<sup>24</sup> SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 72.

ele intentada, elementar valorativa a partir da qual será avaliada a hipótese de incidência ou não da norma penal.

É nessa perspectiva que há de se compreender e identificar o bem jurídico enquanto objeto de tutela penal em casos de anencefalia, partindo-se da premissa de que somente alguém, potencialmente, vivo tem direito à vida.

A discussão acerca da tutela do bem jurídico penal do feto anencéfalo impõe necessariamente uma melhor compreensão do significado de anencefalia. Nesse sentido, de acordo com a Anis, a anencefalia é,

uma má-formação fetal incompatível com a vida extra-uterina em 100% dos casos. O feto não apresenta os hemisférios cerebrais em virtude de um defeito de fechamento do tubo neural. Como a cabeça não se fecha e o cérebro não se desenvolve, o feto apresenta um profundo achatamento da cabeça, o que desfigura sua face. Em linguagem coloquial, os fetos com esta má-formação são chamados de “fetos-rãs”. Em linguagem coloquial sem cérebro<sup>25</sup>.

Junges define Anencefalia: “[...] é uma alteração congênita da qual resulta a ausência dos dois hemisférios cerebrais e estrutura óssea do crânio, a situação é irreversível, entretanto, tal não equivale à morte cerebral”.<sup>26</sup>

Neste sentido, Gherardi e Kurlat:

Na anencefalia, a inexistência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex) provoca a ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central. Estas funções têm a ver com a existência da consciência e implicam na cognição, percepção, comunicação, afetividade e emotividade, ou seja, aquelas características que são a expressão da identidade humana. Há apenas uma efêmera preservação de funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal. Esta situação neurológica corresponde aos critérios de *morte neocortical* (high brain criterion), enquanto que, a abolição completa da função encefálica define a *morte cerebral* ou *encefálica* (whole brain criterion). A viabilidade para a vida extra-uterina depende do suporte tecnológico disponível (oxigênio, assistência respiratória mecânica, assistência vasomotora, nutrição, hidratação)<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. *Anencefalia o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Letras Livres, 2004, p.91.

<sup>26</sup> MOREIRA Alexandre Mussoi. Anencefalia e Antecipação de Parto (A Legislação de Buenos Aires). *Revista da Ajuris - Associação de Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 95, p.7-21, set. 2004, p.9.

<sup>27</sup> PONTES, Manuel Sabino. *Anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade*. Teresina, n. 859,9nov.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.Br/doutrina/texto.asp?id=7538>> acesso em 27 out.2006.

A falta do córtex cerebral é uma anomalia muito grave e a sua ausência impossibilita de qualquer forma a vida humana, pois ela é responsável por comandar todas as atividades e funções do organismo.

O feto anencéfalo é destituído de vida, porquanto se mantém vivo apenas enquanto estiver no útero materno, ou no máximo, algumas horas após o parto, portanto, totalmente destituído de qualquer possibilidade de vida extra-uterina pela falta de atividade cerebral.

Na antecipação de parto de anencefálos, entende-se que o risco criado para o bem jurídico penalmente tutelado - a vida do feto - não é desaprovado juridicamente, porquanto o bem é ausente em razão da vida ser inexistente. Significa dizer que não existe uma morte arbitrária do feto anencefálico, ou seja, aborto; ao contrário, o que ocorre é apenas a antecipação de um fato que é certo, posto que o feto já está sem vida. Assim, antecipa-se o parto para fins de tutelar a saúde mental da mãe, por ser bem jurídico de extrema relevância.

Para a medicina, existem dois momentos que evidenciam a morte de acordo com Wilhelms, Freitas e Fayet,

a morte cerebral e a morte clínica. A morte cerebral é parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência do processo irreversível e da causa conhecida, mesmo que o tronco cerebral esteja temporariamente funcionante. A morte clínica (ou biológica) é a parada irreversível das funções cardio-respiratórias, com parada cardíaca e conseqüente morte cerebral, por falta de irrigação sanguínea, levando a posterior necrose celular. Segundo o Conselho Federal de Medicina (CFM), os exames complementares a serem observados para constatação da morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: ausência de atividade cerebral, ou ausência de atividade metabólica cerebral, ou ausência da perfusão sanguínea cerebral [...]. Segundo o CFM, em sua resolução 1752/04, os anencéfalos são natimortos cerebrais, e por não possuírem córtex, mas apenas tronco encefálico, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica.<sup>28</sup>

Nesse sentido, uma vez reconhecida social e tecnicamente que a prática da interrupção da gravidez de fetos com anencefalia não gera ação delituosa - considerada

---

<sup>28</sup> WILHELMS, Fernando Rigobello; FREITAS, Ana Célia de ; FAYET, Fábio Agne. *Existe abort de anencéfalos?* Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467acesso> em:21 de jul. 2006.

atípica na esfera penal – conclui-se pela ausência de bem jurídico protegido e, por consequência, pela atipicidade material, na interrupção da gestação do feto anencefalo.

### **3 A necessidade de interrupção da gravidez em casos de anencefalia: uma análise a partir do princípio da dignidade da pessoa humana**

Partindo-se de uma interpretação sistemática do texto constitucional pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é limite e tarefa dos poderes do Estado e se manifesta em uma dupla função; ora como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas, ora como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar com elemento limitador de tais direitos.

O bem jurídico é a razão da norma em expressar proteção, ou seja, a norma penal só existe para proteger um valor da vida humana. A ação ou omissão só é punível quando corresponder a uma reprovação social, constituindo-se, dessa forma em um fato contrário ao ordenamento jurídico que leva ou expõe a perigo interesses importantes da vida humana, cuja tutela pressupõe a aplicação de correspondente sanção penal.

Para Ingo Sarlet, “a dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais”.<sup>29</sup>

Impende destacar que o pressuposto da vida e a atribuição do *status* de pessoa aos fetos são argumentos que dão sustentação à prática criminosa do aborto, tipificada no Código Penal brasileiro, restando tais premissas ausentes em situações de anencefalia, posto que há incompatibilidade com a vida. Assim sendo, o que se pretende demonstrar é a legitimidade de proteção da gestante no caso de anomalia fetal irreversível.

Considerando o conceito científico de anencefalia - morto cerebral - a conduta da mulher em querer antecipar o parto não pode ser considerada ilegítima e ilegal, vez

---

<sup>29</sup> SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 119.

que o feto não apresenta nenhuma possibilidade de vida, tampouco, expectativas de direitos como pessoa.

Muito embora seja corrente a idéia de que os fetos são titulares de proteção pela sua potencial capacidade de se tornarem vida humana, tal premissa não se aplica às situações de anencefalia, por ser incompatível com a vida extra-uterina, posto que o pressuposto tutelado pela norma penal não está presente, já que os fetos acéfalos não possuem viabilidade de vida.

A vida humana que o direito reconhece e, cuja preservação é disposta em norma jurídica, não se apresenta nos fetos com anencefalia, destituídos de qualquer possibilidade de vida extra-uterina, pois de acordo com a ciência médica, a falta de atividade cerebral é considerada como conceito legal de morte.

Neste sentido, Busato:

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 a morte é o contrário da vida, devemos concluir que não é possível proteger o bem jurídico vida onde ele não existe. É por isso que ao disparar em um cadáver, o agente comete crime de vilipêndio ao cadáver (contra o sentimento de respeito aos mortos) e não a um homicídio (atentado contra a vida)<sup>30</sup>

Diante da impossibilidade de vida dos acéfalos e da falta de tratamento para esta anomalia é necessário definir, do ponto de vista jurídico e ético, que consideração deve ser dada a estes fetos e as respectivas mães, bem como delinear os direitos que a estas cabem. Destaca-se que a mulher que gera um feto com anencefalia sente uma dor profunda ao saber que o feto gerado não sobreviverá, necessitando, portanto, de tratamento psicoterápico, após o parto, pois, além de apresentar alterações no comportamento psicológico, também, será indispensável o bloqueio de lactação.

Nada obstante, uma gestação de feto com anencefalia acarreta riscos de morte à mulher grávida. Nesse sentido, afirma o Andalaft que o parto pode trazer sérias complicações à mulher:

---

<sup>30</sup> BUSATO, Paulo César. Tipicidade Material, aborto e anencefalia. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, n. 327, p.79-97, jan.2005.

Há riscos à saúde da mulher tanto no período gestacional quanto no parto. Esse é um parto muito mais complicado, com um risco aumentado na ordem de 22%. As complicações são decorrentes da própria deformidade do feto, que por não possuir a caixa craniana formada, não encaixa corretamente para o parto, então temos fetos sentados, fetos atravessados e isso é um grande risco para a vida da mulher. O trabalho de parto costuma demorar entre 14 e 16 horas, enquanto os outros duram 6 horas<sup>31</sup>.

Na literatura médica, são vários os riscos decorrentes de gestação de feto sem nenhuma expectativa de vida. De acordo com Gollop,

os sérios traumas psicológicos que podem acarretar esta gestação, a possibilidade de ocorrer um polidrâmnio, definido na ciência médica, como um excesso de líquido amniótico que causa hemorragia e deslocamento prematuro da placenta - considerado um dos mais graves acidentes no parto podendo a acarretar a morte da gestante – assim como a probabilidade da gestante desenvolver hipertensão materna. Além disso, o feto anencéfalo por não possuir o pólo cefálico, muitas vezes, desenvolve o ombro maior que o normal ocorrendo o chamado “distócia do ombro”, definido como sendo a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero, o que pode acarretar grandes dificuldades em realizar o parto<sup>32</sup>.

Trata-se, portanto, não apenas de uma má formação do feto, mas sim de uma limitação física que não permite nenhuma forma de vida extra-uterina, sendo que a interrupção da gravidez visa apenas minimizar o sofrimento da gestante, uma vez que certa é a morte do feto, porquanto nenhuma pessoa é capaz de sobreviver com a falta do crânio ou ausência parcial desse órgão que é fundamental.

Em sendo o Direito Penal um instrumento de controle social, o conjunto de normas inseridos no Código Penal Brasileiro estabelece, de acordo com Wessels a tarefa de: “proteção dos bens jurídicos e 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”.<sup>33</sup>

O interesse a ser preservado na gravidez de feto anencéfalo não condiz com fato fisiológico, pois, de regra, o fruto da gestação cria uma expectativa de vida nova

---

<sup>31</sup> ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. *Anencefalia o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 31.

<sup>32</sup> ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. *Anencefalia o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 27.

<sup>33</sup> BUSATO, Paulo César. Tipicidade Material, aborto e anencefalia. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, n. 327, p.93, jan.2005.



representada pelo feto, dando lugar a um novo ser humano, presumivelmente nascido com vida. Na anencefalia, não há relevância jurídico-penal a ser protegida de acordo com um tipo penal, ou seja, não há bem jurídico típico a ser protegido pelo Direito Penal. Nesse sentido, impende citar Diniz e Ribeiro:

Se, ao contrário, não há mais essa expectativa de vida, não há bem jurídico a ser preservado não há tipo penal, não há crime. A **pessoa da gestante**, entretanto, há que ser preservada, voltando-se para ela, na integralidade toda a proteção jurídica disponível. Conseqüentemente, a gestante e o médico que, com o consentimento dela, interrompe a gravidez de um feto com inviabilidade por má-formação, não praticam crime de aborto, simplesmente porque não há tipicidade. Usando a mesma orientação do Direito Civil, quando o feto é viável tem-se a eficácia antecipada da sua personalização. Quando o feto é inviável, não há suporte fático dessa eficácia antecipada. Logo, há despersonalização antecipada, não sendo necessário aguardar ao final da gestação para interrompê-la.[sem grifos no original]<sup>34</sup> .

Desse modo, a interrupção da gestação é conduta que não atinge o bem jurídico tutelado pela norma penal, e, por conseqüência, não havendo bem jurídico tutelado, não há tipicidade penal. Assim sendo, diante de feto com vida inviável o objeto de tutela penal recai sobre a gestante, porquanto não é exigível outra conduta senão a interrupção do parto. Impor a mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabidamente não sobreviverá, e, mais, diante da potencial ameaça à integridade física, moral e abalo psicológico ao ver o desenvolvimento do feto, com o crescimento da barriga, tendo ciência que ao dar a luz a uma criança esta morrerá, nada mais é do que um processo desumano e cruel que fere a dignidade humana.

Nada obstante, não só se fundamenta pelo princípio da dignidade da pessoa humana como também se faz necessária uma análise acerca dos demais princípios constitucionais norteadores e informadores do Direito Penal.

Na lição de Figueiredo Dias, os princípios jurídicos<sup>35</sup>, “exprimem os valores preferenciais e os bens prevalentes, em dado momento, numa certa comunidade”, dando

---

<sup>34</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. 1 ed. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 104.

<sup>35</sup> Os princípios jurídicos são enunciados, parâmetros ou diretrizes que se destinam a orientar o hermeneuta ou aplicador da lei na determinação do sentido dos textos legais. Desse modo, tem-se que os princípios desempenham papel relevante e estruturante de idéias ao legislador e ao intérprete, quando da elaboração e aplicação das normas jurídicas. Na nova concepção hermenêutica, denominada pós-positivista, os princípios deixam de ser “meras pautas programáticas ou supralegais”, assim considerados na fase jusnaturalista, para assumirem, na atualidade, o caráter de normatividade. No dizer de Alexy, “como as normas os princípios dizem, deontologicamente, o que deve ser” (ALEXY, Robert *apud*

“sentido à multidão de normas” e permitindo à dogmática “explicar” e “compreender” os problemas do Direito, caminhando com segurança “ao encontro de uma solução”.<sup>36</sup>

Nas Constituições modernas, se verifica a presença de vários preceitos que implicam uma maior atuação do Direito Penal, a ponto de aumentar o universo de bens objeto de proteção penal, pois trazem consigo uma série de princípios que ou são especificamente penais, ou, se relacionam à matéria penal.

Em assim sendo, os princípios informadores do direito penal desempenham função integradora, sistemática e orientadora da norma penal, direcionada à máxima proteção da liberdade e da dignidade da pessoa humana, porquanto imperativos da tutela penal.

Desse modo, os princípios penais constitucionais encontram sua fundamentação no princípio do Estado de Direito<sup>37</sup>, como sendo,

aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos.<sup>38</sup>

Esse princípio se institucionaliza no texto constitucional, de forma explícita ou implícita<sup>39</sup>, conferindo direitos aos cidadãos como pressupostos da democracia.

Para Canotilho,

---

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 35).

<sup>36</sup> DIAS, Jorge Figueiredo *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>37</sup> Luiz Regis Prado analisa a formulação inicial do Estado de Direito e entende que este se contrapõe ao Estado absolutista, ao Estado policial, destacando como função primordial daquele o estabelecimento e a manutenção do Direito definido por ele com muito rigor. (GARCÍA PELAYIO, Manuel *apud* PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71).

<sup>38</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>39</sup> Consideram-se explícitos os princípios passíveis de apreensão, como qualquer outra norma, mediante interpretação, como, por exemplo, o inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal, que versa sobre a ampla defesa e o contraditório. Os implícitos são aqueles elaborados e construídos no conteúdo do processo de interpretação, como por exemplo, a vedação a tratamento desumano como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Ainda, pode-se indicar como paradigma de princípio implícito na Constituição, o princípio da proporcionalidade, sendo este apontado como o detentor de mais alto grau de normatividade. Nesse sentido, Paulo Bonavides diz que o princípio da proporcionalidade pertence “(...) à natureza e existência mesma do Estado de Direito”. (BONAVIDES, Paulo *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 38.

o princípio do Estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal [...] que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder do Estado.[...] Pressupõe a existência de uma Constituição que sirva – valendo e vigorando – de ordem jurídico-normativo fundamental vinculativa de todos os poderes públicos.[...] <sup>40</sup>.

O princípio da ofensividade ou lesividade delimita a atuação do Estado no tocante à proteção penal de bens jurídicos estabelecendo que a aplicação de sanção somente deverá ser adotada quando houver lesão efetiva ao bem jurídico penalmente relevante. Dito de outro modo, se não houver lesão ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal não há se falar em crime.

Nada obstante, a legislação brasileira abarca hipóteses de exclusão de ilicitude quando a gestação apresentar riscos à saúde da mãe e quando a gravidez resultar de estupro. Em tais casos, não se leva em consideração a vida do feto, mas sim, riscos impostos à saúde da gestante.

Obviamente, não se pode olvidar que o feto com potencialidade de vida humana é merecedor de tutela penal, a partir de sua concepção, diante da proteção constitucional de inviolabilidade à vida e da norma penal que incrimina os crimes praticados contra a vida. No entanto, ao ser constatada cientificamente a anencefalia, não existe mais a preservação de tutela à vida, posto que este feto não tem nenhuma possibilidade de sobreviver após o nascimento. Assim sendo, é por demais doloroso exigir que uma gestante carregue durante nove meses um ser que sabidamente não poderá sobreviver fora do útero materno.

O Direito não pode se distanciar dos avanços científicos e tecnológicos alcançados pela medicina, principalmente no tocante aos exames pré-natais que possibilitam o diagnóstico antecipado de anencefalia. Nesse sentido, necessário se faz uma adequação legal diante do alto grau de confiabilidade conferido a tais exames, garantindo assim a todas as gestantes que se deparem com este dilema, o direito de optar livremente entre interromper ou levar a termo esta gravidez, conforme sua crença e convicções pessoais.

---

<sup>40</sup> Canotilho sintetiza os pressupostos materiais do princípio do Estado de Direito em juridicidade, constitucionalidade e direitos fundamentais, em que a Constituição tem por fundamento o respeito à dignidade da pessoa humana e busca garantir, com efetividade, os direitos e liberdades fundamentais. (CANOTILHO, J.J.Gomes *apud* COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003 p. 110-1).

### **Considerações finais**

A teoria do bem jurídico, após vários anos de intensa reflexão, permanece como elemento primordial na estruturação do Direito Penal. As várias teorias e tendências paradigmáticas presentes na evolução do Estado e do Direito, bem como as modificações sócio-culturais havidas não foram suficientes para afastar o legado do Direito Penal clássico de feição liberal: “a afirmação de um Direito Penal de tutela (subsidiária) de bens jurídicos como modelo de um ordenamento jurídico laico, democrático e pluralista, comprometido com o reconhecimento e a preservação de direitos e liberdades individuais”.<sup>41</sup>

Todas as divergências ideológicas que afligem as doutrinas e as discussões em torno de bem jurídico dependem, na opinião de Luigi Ferrajoli<sup>42</sup>, de não compreender estas diferenças e das conseqüentes confusões entre os diversos níveis de discursos a que eles se referem ou, por permanecer na doutrina normativa do bem jurídico, ignorando a realidade das leis e da práxis penal, ou, pior ainda, falseando a primeira como descritiva da segunda.

O Direito Penal vive uma aguda crise de legitimidade e de operatividade. Alessandro Baratta diz que os juristas têm uma missão indispensável, que é conter, limitar o exercício do poder punitivo, não deixar prevalecer o poder punitivo menos razoável e mais irracional, pois se tirarmos a legitimidade do poder punitivo, ele ficará sem o poder legitimante, o que será uma grande contribuição para o desaparecimento do poder punitivo do Estado, que é, de acordo com este autor, a perspectiva mais otimista do terceiro milênio<sup>43</sup>.

Nesse contexto, constata-se uma distância entre o princípio axiológico de ofensividade enunciado no plano ético-político com referência a bens assumidos como fundamentais e o grau de efetiva tutela a tais bens pela prática penal. Assim, o princípio da ofensividade na perspectiva aqui apresentada, equívale tanto para excluir como para justificar condutas adotadas na proteção da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>41</sup> FELDENS, Luciano citando D'Ávila, Fábio Roberto. FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*, p. 44.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 5.

<sup>43</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Desafios do direito penal na era da globalização*. In: *Revista Consulex*, Ano V, n.106, junho/2001, p. 27-30.

Ao se defender a antecipação do parto em casos de anencefalia, não implica defesa do aborto, ao contrário, se pretende (re)definir o bem jurídico passível de tutela penal, vez que não há conflito de valores, tampouco, de bens jurídicos penais entre a mãe gestante e o feto anencéfalo, porquanto a gestação de um feto inviável provoca na mulher profundo abalo emocional, além dos riscos físicos de uma gestação deste tipo.

O Supremo Tribunal Federal ao defender, preliminarmente, a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos assegurou à mulher o direito de liberdade, assim como concedeu-lhe dignidade de vida e saúde, premissas de um Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira, o presente artigo busca sinalizar um estudo interdisciplinar acerca da proteção dos bens jurídicos passíveis de tutela penal, em casos de anencefalia, mediante uma leitura jurídica, médica, antropológica, biopsicossocial e demais áreas do conhecimento voltados ao tema, destacando-se que o conceito de saúde, enquanto direito fundamental tutelado em nível constitucional não se limita apenas à saúde física, portanto, é inquestionável que na hipótese de anencefalia a lesão à saúde da gestante se traduz em bem jurídico de relevância penal, merecedor da devida proteção penal.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. *Anencefalia o Pensamento Brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Letras Livres, 2004.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

BUSATO, Paulo César. Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, n. 327, p.79-97, jan. 2005.

BUSTOS RAMÍRES, Juan. *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: Ariel S/A, 1989.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003,

DINIZ, Débora; RIBEIRO; Diaulas Costa. *Aborto por Anomalia Fetal*. 1. ed. Brasília: Letras Livres, 2004.

FIANDACA, Giovanni. O bem jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, A.89, v.776, p.409-439, jun. 2000.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal Minimo y Bienes Juridicos Fundamentales. In: *Revista de La Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Marzo-Junio, 1992, Año 4, n.º5.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESCHECH, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. Anencefalia e Antecipação de Parto (A Legislação de Buenos Aires). *Revista da Ajuris - Associação de Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 95, p.7-21, set. 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Juridico en el Derecho Penal*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad, 1974.

PONTES, Manuel Sabino. *Anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade*. Teresina. n.859. 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>> Acesso em: 27 out. 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SALET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WILHELMS, Fernando Rigobello; FREITAS, Ana Célia de; FAYET, Fábio Agne. *Existe aborto de anencéfalos?*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467>> Acesso em: 21 de jul. 2006.