ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

ANENCEFALIA: ABORTO ILEGAL OU INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA?

ANENCEPHALY: ILLEGAL ABORTION OR UNENFORCEABILITY OF A DIFFERENT CONDUCT?

Jean Frederick Silva e Souza*
Sheyla Polliana Macedo Gomes**

RESUMO: Visa o presente artigo destacar a necessidade de se preservar o direito da gestante de decidir sobre o seu próprio corpo, conforme aduz o direito romano e a maioria esmagadora da doutrina, sendo que o objetivo é trazer à baila discussão sobre o tema referido. No entanto, é um assunto polêmico, que implica discussões jurídicas, científicas e religiosas, por parte da sociedade, o que torna mais difícil alcançar o objetivo a que se propõe. O tema "Anencefalia: aborto ilegal ou Inexigibilidade de conduta diversa?", dividido em capítulos, procura denotar o tratamento que vem sendo dado pela doutrina no contexto da história sobre o assunto, tomando como base o estudo do aborto. Trata também do princípio da dignidade da pessoa humana, indispensável à garantia e valorização de todos os direitos inerentes à condição humana. Destaca o direito à saúde, à liberdade e autonomia da vontade no contexto do direito constitucional. Finca-se numa abordagem que prima pelo respeito a um direito da gestante de decidir sobre seu próprio corpo, como um passo à frente para a garantia dos nossos direitos e à necessidade de não penalizar o crime de aborto, nos casos específicos de anencefalia.
Palavras-chave: Feto anencéfalo. Aborto. Conduta. Ilicitude.

ABSTRACT: This scientific article intends to highlight the need of preserving the pregnant woman right of deciding on her own body, as adduces the Roman Law and the majority of the doctrine, and the objective is to bring up a discussion on the referred theme. However, it is a controversial subject that implicates juridical, scientific and religious discussions from the society, what turns it more difficult to reach the desired objective. The theme "Anencephaly: illegal abortion or unenforceability of a different conduct?", divided in chapters, tries to denote the treatment that has been

* Especialista em Direito Público pela Faculdade de Ciências e Tecnologia *Mater Christi* – FCTMC. Professor da Faculdade de Ciências e Tecnologia *Mater Christi* – FCTMC. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.
** Bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia *Mater Christi* – FCTMC. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.

given by the doctrine in the context of the history on the subject, taking as base the study of the abortion. It also covers the beginning of the human person's dignity, indispensable to the warranty and valorization of all the inherent rights to the human condition. It detaches the right to the health, to the freedom and autonomy of the will in the context of the constitutional law. It is based in an approach that excels for the respect to the right of the pregnant woman of deciding on her own body, as a step ahead for the warranty of our rights and to the need of not to punish the crime of abortion in the specific cases of anencephaly.

Keywords: Fetus without brain. Abortion. Conduct. Ilegality.

1 INTRODUÇÃO

O aborto é realizado desde os primórdios. Para tanto, algumas justificativas eram utilizadas nessa prática delitiva, seja porque o filho é fruto de coito violento, da sua desonra perante sua família e a sociedade, seja por alguma patologia.

Na maioria das civilizações antigas, o aborto era reprimido com duras penas, até mesmo com a morte. Entretanto, no início do século XX, na Europa, através de movimentos feministas, o aborto deixou de ser um ato criminoso, apesar de algumas restrições.

Com o decorrer do tempo, as duras penalidades impostas às mulheres que praticavam o aborto passaram de reprimendas eminentemente físicas para penas de caráter repressivo, onde realmente se tinha o emprego do poder coercitivo do Estado, de forma humanizada, através da prisão.

Hodiernamente, o aborto é alvo de discussões quanto à sua descriminalização ou criminalização na Carta Penalista. Para a descriminalização, o aborto tem como fundamento o número elevado de abortos clandestinos, os riscos elevados para a saúde da gestante, quando leva a efeito estas condutas, além da liberdade de dispor sobre sua própria vida, ancorado este no direito romano.

Nesse ínterim, o presente artigo não visa discutir sobre a legalização da prática do aborto de forma geral e irrestrita, mas tão somente nos casos como os de anencefalia, quando se constata que não existe chance alguma de vida fora do álveo materno, conforme denotam obras de grandes doutrinadores pátrios e alienígenas que teceram comentários acerca do tema.

2 **ABORTO**

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os mais remotos apontamentos de que se têm notícias da prática do aborto datam do século XXVIII a.C., na China.

No decorrer da história, inúmeros povos da antiguidade estudaram e discutiram a problemática do aborto. A saber: os Israelitas (no século XVI a. C., na época do êxodo), os Mesopotâmicos, os Gregos e Romanos. Nestas sociedades antigas não existia a previsão do aborto, e quando realizado atribuíam-se duras punições.

Há muito tempo a prática abortiva vem sendo utilizada em todo o mundo. Apesar da maioria das civilizações antigas serem contra o aborto, algumas aceitavam a prática sobre o argumento de controle da natalidade e crescimento populacional. Aristóteles e Platão partilhavam deste entendimento. Já Sócrates tinha como fundamento para o aborto dar o direito de escolha, a discricionariedade à mãe de prosseguir ou não a gravidez.

No início da civilização romana, a punição em relação ao aborto assumiu caráter privado, haja vista o poder estar concentrado nas mãos do *"pater familiae"*. Caso a mulher abortasse sem a outorga do marido esta poderia ser punida até com a morte, se assim o marido decidisse. Com o advento da Lei Cornélia, passou-se a se penalizar com a morte as que praticassem esse delito (BECKER, 2005).

Com o surgimento do cristianismo, uma nova concepção do aborto iniciou, pregando que o feto deveria ser protegido desde a sua concepção e direitos, principalmente o direito à vida, pois sua alma já existiria desde a fecundação (BECKER, 2005).

No início do século XX surgiu na Europa, principalmente na Inglaterra e França, movimentos feministas que propunham a anticoncepção e o direito da mulher abortar. Na Rússia, com a Revolução de 1917, o aborto deixou de ser considerado um ato criminoso, bem como na Suécia e na Dinamarca, apesar de algumas restrições (BECKER, 2005).

Foi na década de 60 que em outros países do Ocidente as mulheres passaram a ter uma participação maior no seio social e a lutar por seus di-

reitos, dentre eles o controle sobre seu próprio corpo e sobre a realização do aborto.

Modernamente, poucos países proíbem veementemente as práticas abortivas. As legislações passam a se adequar mais e mais aos anseios sociais e às mutações características das sociedades hodiernas.

2.2 CONCEITO DE ABORTO

Nas palavras do jurista Mirabete (2007; p. 62), o aborto é entendido *como a interrupção da gravidez com a destruição do produto da gestação*.

Na definição proposta por Jorge (2006; p. 83), consiste o aborto na *interrupção do processo fisiológico da gravidez, havendo ou não expulsão do produto da concepção*.

Para Aníbal Bruno, citado por Greco (2007; p. 238) o aborto é o ato de *interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto.*

Como se depreende dos conceitos produzidos pelos mais renomados juristas pátrios, o aborto é a destruição da vida de forma precoce, ou seja, antes do início do parto.

2.3 O CRIME ABORTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

O aborto é um crime tipificado na legislação brasileira, nos arts. 124 a 128 do Código Penal. Ele é um dos crimes mais praticados em todo o mundo, sendo imputada a pena não somente ao médico que o realiza, à gestante que pratica em si mesma o ato e/ou que autoriza quem o faça, haja vista proteger a vida em formação e garantir a existência do novo ser, já que a gestante seria autossuficiente, enquanto que o feto é um ser em desenvolvimento, indefeso, que precisa de proteção na ordem jurídica para ter seu direito de viver preservado.

A proteção dada nos artigos supramencionados diz respeito ao direito à vida do feto, mesmo antes da concepção, não interessando o estágio da gravidez, pois a vida para a legislação brasileira começa desde o momento da concepção.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Nelson Hungria, citado por Greco (2007, p. 242), quando preleciona:

> O código, ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez antes do seu termo normal, há crime de aborto. Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a concepção até o início do parto, isto é, o rompimento da membrana amniótica), provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto [...].

As condutas tipificadas na legislação penal são crimes praticados contra a vida humana em desenvolvimento, que de acordo com a Carta Magna e a Carta Civilista possuem direitos inerentes à sua condição de nascituro, desenvolvimento e nascimento. Não obstante, o objeto do crime de aborto não é a gestante, mas a vida que se encontra no álveo materno em plena formação.

Nesse aspecto, não interessa para o legislador criminal a viabilidade do feto. Este possui ou não possibilidades reais de originar enquanto uma criança saudável, mas tão somente se há o desenvolvimento embrionário no ventre materno.

Hungria (1958, p. 293) ao se reportar sobre o tema, vislumbra:

> Para a existência do aborto, não é necessária a prova da vitalidade do feto. Conforme adverte Hafter, pouco importa se o feto era ou não vital, desde que o objeto da proteção penal é, aqui, antes de tudo, a vida do feto, a vida humana em germe [...]. Averiguado o estado fisiológico da gestação em curso, isto é, provado que o feto estava vivo, e não era um produto patológico (como no caso de gravidez extrauterina), não há indagar da sua vitalidade biológica ou capacidade de atingir a maturação. Do mesmo modo, é indiferente o grau de maturidade do feto: em qualquer fase da vida intrauterina, a eliminação desta é aborto.

Destarte, o aborto é caracterizado pela morte do produto da gestação, que se inicia com a nidação e se encerra com o parto, através de práticas externas que inviabilizem a vida intrauterina.

2.4 ESPÉCIES DE ABORTO E AS FORMAS LEGAIS

O Código Penal pune dois agentes (a gestante e o terceiro) que estão imbuídos diretamente na prática da atividade ilícita, que nada mais é do

que a perfectibilização do aborto. Ele pode ser natural (espontâneo) ou provocado, podendo ainda ser doloso ou culposo.

O jurista Rogério Grego (2007, p. 243) revela que *ocorre o chamado aborto natural ou espontâneo quando o próprio organismo materno se encarrega de expulsar o produto da concepção*.

A segunda figura do aborto é o provocado, sendo realizado pela gestante ou por terceiro, com ou sem o seu consentimento.

A codificação penal no direito brasileiro tipificou quatro formas de aborto, que se diferenciam pelo agente que produz o resultado e pela existência ou não do consentimento da gestante na realização do ato discriminado. A saber: aborto provocado pela própria gestante, aborto provocado sem o consentimento da gestante, aborto provocado com o consentimento da gestante e aborto realizado pelo médico.

Além das formas punidas pelo Código Penal, o legislador ainda contemplou no texto legal duas formas de aborto que excluem a tipicidade da conduta praticada pelo agente, que são: o aborto terapêutico, quando a mãe está correndo risco de vida e não há outra forma de o feto, configurando, portanto, estado de necessidade; e o sentimental quando ocorre a gravidez através da ação estupro, conforme descritas no texto legal do art. 128 do Código Penal.

Para o criminalista Heleno Cláudio Fragoso, citado por Greco (2007, p. 252), *a primeira hipótese é a do chamado aborto necessário ou terapêutico, que, segundo a opinião dominante, constitui um caso especial de estado de necessidade*.

Greco (2007, p. 252), citando Marques, dispõe que *ao aborto terapêutico, dá o Código Penal, na epígrafe do art. 128, nº I, o nomem júris de aborto necessário, talvez para ressaltar a ratio essendi da impunidade. Que outra não é que o estado de necessidade*.

Já sobre o aborto sentimental, Mirabete (2007, p. 69) destaca que *têm-se entendido que, no caso, há, também, estado de necessidade ou causa de não-exigibilidade de outra conduta. Justifica-se a norma permissiva porque a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado [...]*.

Destarte, o Estatuto Criminal trouxe, em seu texto, além das formas punidas, as exceções ao crime de aborto, tal iniciativa tende a nortear o interprete, facilitando o estudo do caso concreto, para não haver equívocos

na aplicação da pena ou, ainda, na absolvição do acusado.

3 ANENCEFALIA

3.1 CONCEITO

A anencefalia é a denominação utilizada para caracterizar uma má formação fetal do cérebro, que na maioria das vezes é ocasionada por ausência ou deficiência de ácido fólico durante o início da gestação.

A grande maioria dos estudiosos define a anencefalia como sendo a má formação fetal, mais frequente e mais grave a se constituir em anomalia congênita, caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária, entre os dias 23 e 28 da gestação.

Há, porém, divergência quanto ao dia que ocorre a má formação congênita, que culmina com a anencefalia. Alguns doutrinadores acenam que seria entre os dias 21º e 26º da gestação; e outros que seria entre o 16º e 26º.

A área cérebro-vascular é coberta por um saco epitelial. Em 46% dos casos, não existem hemisférios cerebrais, havendo apenas rudimentos nos outros 54%. O cerebelo é ausente em 85% e o tronco cerebral ausente em 75%.

A ausência parcial ou total da calota craniana, dos tecidos superiores com diversos graus de má formação e a destruição dos rudimentos cerebrais, atesta a gravidade da má formação congênita, conhecida como anencefalia. A vida do feto portador desta anomalia não será capaz de sobreviver, senão por no máximo algumas horas após o seu nascimento, o que na maioria dos casos sequer chega a acontecer, restando comprovada a sua incompatibilidade com a vida.

3.2 PRINCÍPIOS QUE RONDAM A QUESTÃO DA ANENCEFALIA

3.2.1 Dignidade da Pessoa Humana

O princípio norteador dos direitos inerentes ao ser humano é a dignidade da pessoa humana, que tem fundamental importância no Estado brasileiro ao ser elevado a um dos fundamentos do nosso Estado (art. 1º,

III da Constituição Federal).

Nunes (2002, p. 45) destaca sobre o princípio da dignidade:

> É ela a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para o equilíbrio real, porém visando concretizar direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete. Coloque-se, então, desde já que, após a soberania, aparece no Texto Constitucional à dignidade como fundamento da República brasileira.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio impositivo, o qual o Estado, em ações coletivas com a sociedade, não deve intervir de forma a maquiar ou impedir o exercício lídimo da garantia constitucional da pessoa humana que repousa no respeito que qualquer pessoa merece e no reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade.

Carvalho transcreve o pensamento kantiano (2007, p. 547) quando vislumbra:

> O conceito de dignidade humana repousa na base de todos os direitos fundamentais (civis, políticos ou sociais). Consagra assim a Constituição em favor do homem, um direito de resistência. Cada indivíduo possui uma capacidade de liberdade. Ele está em condições de orientar a sua própria vida. Ele é por si só depositário e responsável do sentido de sua existência. Certamente, na prática, ele suporta, como qualquer um, pressões e influências. No entanto, nenhuma autoridade tem o direito de lhe impor, por meio de constrangimento, o sentido que ele espera dar a sua existência. O respeito a si mesmo, ao qual tem direito todo homem, implica que a vida que ele leva dependa de uma decisão de sua consciência e não de uma autoridade exterior, seja ela benevolente e paternalista.

A dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana e possui um caráter de irrenunciabilidade e inalienabilidade, repousando na auto-

nomia da vontade e no direito de autodeterminação de cada pessoa, o que implica num complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa de todo e qualquer ato de cunho degradante ou desumano que a garantam condições mínimas de sobrevivência e promovam sua participação no seio social.

O Estado ao impedir que a gestante interrompa a gestação, nos casos específicos de anencefalia, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, por impor a esta a compulsoriedade de carregar um filho por nove meses em seu ventre, mesmo sendo sabidamente inviável a vida extrauterina do feto, do ponto de vista médico, culminando com o abalo físico e psicológico da mãe, além de trazê-la também o risco de morte.

A respeito da temática tratada neste escopo, o professor Silva (2005, p. 38) verbera que *a dignidade da pessoa humana não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem econômica, política, cultural e social, ou seja, para o referido autor, está na base de toda vida nacional*.

3.2.2 Direito à Saúde da Gestante

Sob a égide da Constituição Federal, art. 196, dispositivo maior de tutela de nossos direitos, tem-se a saúde como o *direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*.

O direito à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, cuja integridade deve velar o Poder Público de maneira responsável, incumbindo a este formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacológica e médico-hospitalar; e o não respeito a este dever, por parte do Estado, que incide ainda a forma omissiva em grave comportamento inconstitucional, contrário à lei e aos bons costumes.

Levar a gestação de feto anencefálico até o fim é um risco para a saúde da gestante, não só no âmbito físico, mas também psicológico e farmacológico, por aumentar sensivelmente os riscos de polidrâmnio, hipertensão, atonia no pós-parto, hemorragia, riscos de morte, além do sofrimento cruel

e desnecessário a que é submetida a mãe durante 9 meses de uma gestação sabidamente inviável, podendo propiciar um quadro depressivo na mãe, o que é muito comum.

Sobre o tema, Diniz e Paranhos (2004, p. 27), relatam:

> Uma gestação de feto com anencefalia acarreta riscos de morte à mulher grávida. Sem dúvida, e sobre isso há alguns dados levantados que são muito interessantes. Em primeiro lugar, há pelo menos 50% de possibilidade de polidrâmnio, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia no pós-parto, hemorragia e, no esvaziamento do excesso de líquido, a possibilidade de descolamento prematuro da placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade. Além disso, os fetos anencéfalos, por não terem o pólo cefálico, podem indicar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero e ter o que nós chamamos de distócia do ombro, porque nesses fetos, com frequência, o ombro é grande ou maior que a média e pode haver um acidente obstetrício na expulsão no parto do ombro, o que pode acarretar dificuldades muito grandes no ponto de vista obstétrico. Assim sendo, há inúmeras complicações em uma gestação cujo resultado é um feto sem nenhuma perspectiva de sobrevida. A distócia do ombro acontece em 5% dos casos, o excesso de líquido em 50% dos casos e a átona do útero em 10% a 15% dos casos.

Resta comprovar os danos à saúde da gestante de forma genérica, abrangendo não só a saúde física, mas também a psicológica e a farmacológica, quando se exige da mãe comportamento no sentido de prosseguir numa gestação inviável, sem chances de vida extrauterina, onde muitas vezes esta gravidez é interrompida, naturalmente, ainda dentro do álveo materno, dada à gravidade da má formação do feto anencefálico.

3.2.3 Direito à Vida

O direito à vida é o mais elementar dos direitos do ser humano, tido por alguns doutrinadores como um direito supremo, inderrogável, univer-

sal. O direito à vida constitui uma condição para o exercício dos demais direitos. No entanto, tem-se visto que o direito à vida não é absoluto, possuindo este, causas especiais e excepcionais em que se permite à violação deste direito quando estiver diretamente em confronto com outro bem juridicamente protegido.

A vida é um bem, em regra, intangível, sendo supérfluo mencionar que se encontra amparado pela Carta Magna como um direito fundamental e quando, excepcionalmente, se admite que seja infringido é em defesa irrefutável da própria vida, como na legítima defesa, no estado de necessidade, etc.

Não se pode, nos casos de anencefalia, mediante nobres intenções, preservar a vida de um ser inanimado, em detrimento da vida, da saúde, da liberdade e da dignidade da gestante, visto que se tornam bens mais importantes, dada a peculiar característica dos fetos anencefálicos de não possuírem cérebro, tornando inviável sua sobrevivência fora do ventre materno.

O sofrimento da gestante é infinitamente superior, quando a mesma tem a obrigação de levar a termo sua gestação nos casos dessa anomalia, haja vista ser submetida a um nível de estresse muito grande ao saber que o ser que está gerando não sobreviverá ao nascimento e passará por um trauma psicológico, podendo, às vezes, inibi-la de engravidar novamente.

Ademais, os problemas causados à mãe, por uma gestação de feto anencéfalo, não se resumem a problemas psicológicos, mas causar perigo à vida da gestante, o que leva o legislador a sopesar qual o bem jurídico de mesma natureza proteger, o que leva à autorização do abortamento.

4 TESES PARA EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

4.1 LEI DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E CRIME IMPOSSÍVEL

O ordenamento jurídico brasileiro foi, por muito tempo, omisso com relação ao momento exato da ocorrência da morte. Com o advento da Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, a lacuna foi sanada, uma vez que a Lei de Transplantes de Órgãos passou a versar sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para transplantes e tratamentos e a determinar que a morte ocorre com o fim da atividade cerebral (encefálica),

caracterizando a morte biológica do paciente.

O feto anencéfalo, embora muito dificilmente possa alcançar as etapas mais avançadas da vida intrauterina, dificulta a existência de consciência e de qualquer tipo de interação com o mundo que o circunda, depende precipuamente do metabolismo da mãe para que possa continuar existindo e conserva basicamente as funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal, não se ajustando seu estado em termos neurofisiológicos ou às hipóteses de morte cerebral.

Não obstante, não é aplicável o critério da morte cerebral ao feto anencéfalo, pois o mesmo não tem cérebro. Destarte, o critério mais adequado nesses casos é o da morte neocortical (*high braincriterion*), onde o feto não pode ser considerado tecnicamente vivo por conferir aspectos distintos do necessário para a configuração da vida, o que significa que não existe vida humana em formação a ser tutelada, sendo este o entendimento de parte da doutrina.

Sobre o tema, outra corrente doutrinária defende o entendimento de que o feto anencéfalo não tem potencial de vida, ou seja, sua vida é inviável, concluindo que a má formação congênita é irreversível, irreparável e não possui cura e nenhuma intervenção cirúrgica é capaz de viabilizar sua vida, o que segue o critério adotado pelo Conselho Federal de Medicina para a confirmação da morte, sendo o feto anencéfalo considerado um natimorto, não havendo motivo para impedir o aborto no caso especifico.

Todavia, na quase totalidade dos casos de fetos anencéfalos é impossível a observância dos critérios exigidos pelos artigos 1º e 4º da referida lei, uma vez que é inexequível a realização dos exames referidos, pois para a efetivação desses procedimentos prescinde que o recém nascido tenha sobrevida superior a sete dias, o que pouco se configura nos casos de anencefalia, pois normalmente a morte ocorre ainda no álveo materno ou logo após o parto.

Capez (2004, p. 113), lecionando sobre o tema, disserta:

> Se, quando da manobra abortiva, o feto já estava morto, sem que o agente tivesse qualquer conhecimento, haverá crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto. Também haverá crime impossível na hipótese em que o agente realiza manobras abortivas supondo erroneamente a existência de gravidez.

Com efeito, embora presente nos casos de anencefalia, em uma gestação em curso o feto não está vivo, nem ao menos possui potencialidade de vida e sua morte não decorre precipuamente de manobras abortivas, mas de causas alheias à vontade do agente, configurando assim a atipicidade absoluta da conduta dada a inidoneidade absoluta do objeto, o que sequer pode ser taxada de aborto, criminoso ou não.

Como atesta o médico Becker (2005, p. 10):

> Não há porque adicionar outra excludente ao art. 128 do Código Penal, pois pelas razões expostas o ordenamento jurídico já existente autoriza o médico a retirar o feto de anencéfalo da gestante, a seu pedido, sem que com isso incorra em infração penal ou ética, pois, repetimos: se não há vida, não há que se falar em aborto.

Indubitavelmente, para que se possa configurar o crime de aborto é insuficiente a simples expulsão prematura do feto, que pode acontecer de forma espontânea ou na mera interrupção da gestação. São indispensáveis que ocorram as duas situações, acrescidas do resultado morte do feto, para que o crime de aborto se consuma. Paradoxalmente, nos casos de anencefalia a morte ocorre antes. Portanto, não se pode falar em qualquer modalidade de aborto ante a ausência de elementares típicos do referido crime, e sim em absoluta impropriedade do objeto, configurando um crime impossível.

4.2 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

A culpabilidade nada mais é que a reprovação pessoal do autor do fato punível, do injusto por ser contrário ao ordenamento jurídico. Neste passo, verbera Fragoso (1987):

> é a responsabilidade de conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia nas circunstâncias em que o fato ocorreu conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao Direito.

Um comportamento humano, mesmo que seja típico e antijurídico, somente será considerado crime se o autor deste comportamento for imputável na esfera penal e tenha capacidade de receber a pena, ao passo que os elementos específicos da culpabilidade são a imputabilidade, o conhecimento da antijuridicidade da conduta praticada e a exigibilidade de um comportamento distinto, levando-se em consideração os cuidados ao homem médio.

Jesus (2005, p. 420) discorre que *só haverá culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme o ordenamento jurídico, realiza conduta diferente, que constitui o delito*.

A exigibilidade de obediência ao prescrito normativo encontra-se intrinsecamente relacionada ao não juízo de reprovabilidade da ação, sendo exigida na sua conduta que não ultrapasse os parâmetros normais da exigibilidade comportamental. No entanto, não se exige comportamento heroico, mas que seja a ele pautado na moral e na lex.

Conde (1988, p.132) informa no tocante à exigibilidade de um comportamento distinto que:

> Normalmente, o direito exige comportamentos mais ou menos incômodos ou difíceis, mas não impossíveis. O direito não pode, contudo, exigir comportamentos heróicos: toda norma jurídica tem um âmbito de exigência, fora do qual não se pode exigir responsabilidade alguma. Essa exigibilidade, ainda que seja dirigida por padrões objetivos, é, em última instância, um problema individual: é o autor concreto, no caso concreto, quem tem que se comportar de um modo ou de outro. Quando a obediência da norma coloca o sujeito fora dos limites da exigibilidade, faltará esse elemento e, com ele, a culpabilidade.

A ideia da inexigibilidade de conduta diversa não é privativa da culpabilidade, mas um princípio regular e informador de todo o ordenamento jurídico.

A culpabilidade assenta-se na imputabilidade e no conhecimento do exercício criminoso de sua conduta, que apesar de praticar fato típico e antijurídico, encontra-se em situação extrema, não sendo legal a aplicação de pena, como é o caso da gravidez de feto anencéfalo.

Do imputável, em regra, exige-se comportamento conforme o ordenamento jurídico. Entretanto, existem situações extremas como nos casos de fetos anencefálos, por exemplo, que não é possível agir conforme se infere no sistema jurídico, mesmo sendo este imputável e tendo agido de forma contrária ao disposto na lei, como decorre da inexigibilidade de conduta diversa, que afastará a culpabilidade da conduta perpetrada pela agente. Nesse caso, não há o que se falar em reprovação pessoal da gestante autora do fato punível, dada a peculiar situação.

Neste diapasão, Costa (1980, p. 186) argumenta que *há causas de motivação que são julgadas de forma individualizadora, considerando-se o conjunto factual de circunstâncias vividas pelo autor na execução do injusto, que será objeto da avaliação do juiz penal.*

Nos casos de anencefalia, a mãe se vê compelida a praticar manobras abortivas, mesmo ciente de que sua conduta seja contrária às disposições legais e não obstante sujeita a punição, pois qualquer ser humano normal, levando-se em consideração o critério do homem médio, nas mesmas condições, teria agido da mesma forma, não se podendo exigir que se resigne ao sacrifício, ao sofrimento cruel e desumano, o que não é aconselhável na esfera penal ser um comportamento censurável ou reprovável.

A doutrina das justificativas supralegais finca-se no entendimento de que o direito não consegue esgotar todas as causas de justificação da conduta humana no âmbito social, pelo fato da sociedade se encontrar em constante mutação e o direito é estático, bem como o legislador não possui o dom de prever todas as necessidades de dada sociedade, seja no âmbito penal e/ou constitucional.

Ademais, entende-se que quando verificada a inviabilidade de vida extrauterina decorrente de más formações congênitas, deve-se favorecer a interrupção da gestação, por não ser justo, muito menos coerente, submeter a mãe ao sofrimento cruel e desumano, já que é comprovada a inviabilidade de vida fora do álveo materno.

A imposição de sanção à gestante de feto anencefálo não é justificável apenas pela realização de fato ilícito e antijurídico para que implique numa reprovação social. Faz-se necessário que a gestante, no momento da ação, possa enveredar por outro caminho, seguir a exigência legal (exigibilidade de conduta

conforme o direito), sendo necessária nesta circunstância a presença de possibilidade real e não de mera especulação, o que não acorre da situação em análise. Portanto, a inexigibilidade de conduta diversa exclui a culpabilidade.

A permissão para realização do aborto em fetos anencéfalos é uma faculdade da gestante e cabe somente a ela a decisão, não sendo esta uma norma cogente, conforme é a proibição do aborto.

5 ABORTAMENTO DE FETO ANENCÉFALO COMO EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE

No sistema jurídico existe divergência doutrinária acerca da natureza da culpabilidade. Independentemente das correntes existentes, a culpabilidade é vista como um juízo de reprovação que recai sobre uma conduta do agente.

Discorrendo sobre a culpabilidade, Capez (2004, p.107) ressalta:

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

A doutrina elenca três elementos que integram a culpabilidade para que a ação praticada pelo agente possua um juízo de reprovabilidade e, por conseguinte, seja passível de uma persecução penal. A saber: a) imputabilidade; b) possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e c) exigibilidade de conduta diversa.

Neste aspecto, só existe culpabilidade quando nas circunstâncias for possível exigir do agente uma conduta diferente daquele que tomou ao praticar o fato típico e antijurídico.

Lecionando sobre o assunto, Jesus (2004, p. 420) vislumbra:

> Só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme ao ordenamento jurídico, realiza

> conduta diferente, que constitui o delito. Então faz-se objeto do juízo de culpabilidade. Ao contrário, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade. A inexigibilidade de conduta diversa é, então, causa de exclusão da culpabilidade.

Capez (2004, p.319) em seu magistério discorre sobre o tema:

> Em face do princípio *nullum crimen sine* culpa, não há como compelir o juiz a condenar em hipóteses nas quais, embora tenha o legislador esquecido de prever, verifica-se claramente a anormalidade de circunstâncias concomitantes, que levaram o agente a agir de forma diversa da que faria em situação normal. Por essa razão, não devem existir limites legais à adoção das causas dirimentes.

A investigação de uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade exige um estudo criterioso de cada caso concreto com fins de concluir que o comportamento do agente não poderia ser diverso do que praticado.

Desta forma, a gestante que descobre que está gerando um feto anencéfalo e, por conseguinte, não existe a possibilidade de vida extrauterina, pratica o aborto, ação respaldada pela excludente de culpabilidade, ou seja, a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que é desumano obrigá-la a passar por todos os riscos (psicológico e de vida) que a gestação de anencéfalo ocasiona.

Ademais, ainda existe uma correte doutrinária já explicitada anteriormente que defende, na situação ora citada, que a gestante se encontra amparada por uma excludente de antijuridicidade, que é o estado de necessidade.

Portanto, o abortamento de feto anencefálico não deve ser punido pelo Estado, por não se constituir um fato culpável.

6 CONCLUSÃO

No presente artigo, buscou-se demonstrar a inviabilidade da gestação, que tem por fruto feto anencéfalo, não havendo chance alguma de sobrevida fora do álveo materno em detrimento da ausência parcial ou total

da calota craniana e dos hemisférios cerebrais.

A atual legislação penal brasileira autoriza o aborto apenas quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou em casos de gravidez resultante de estupro, punindo aqueles que o desempenham em circunstância diversa da prescrita na norma. Não obstante, o aborto anencefálico possa ser visto como uma espécie de antecipação terapêutica do parto, já que esta é a única forma de cessar o perigo imediato à vida da gestante.

Evidencia-se, claramente, a defasagem da legislação penal que não conseguiu acompanhar as mudanças sociais, muito menos atender às necessidades de uma sociedade hodierna.

Considera-se a permissibilidade da ciência para que se detectem anomalias irreparáveis e irreconciliáveis com a vida do feto. Para que sacrificar mulheres obrigando-as a prolongar uma gestação inviável do ponto de vista médico-legal, podendo causar diversos traumas psíquicos ou causando risco de morte?

Sem sombra de dúvidas, a causa da repressão autoritária do Estado e da Igreja, que se pauta em dogmas religiosos, permanecem pétreos até hoje, mas que urgem serem rompidos para que os direitos da gestante de feto anencéfalo sejam respeitados na sua totalidade.

A gestação anencefálica é extremamente dolorosa e perigosa para a mãe, que tem que carregar por longos nove meses um filho que não tem potencial de vida e ainda ladeada de riscos de morte decorrentes desta gestação, o que implica a submissão forçada da mãe a um sofrimento cruel, desnecessário e desumano, podendo ser comparado a uma tortura psíquica, isso por causa da omissão da lei.

É inadmissível do ponto de vista legal e ético que a mulher ainda sofra com a tutela do Estado, da Igreja e do marido, sendo a liberdade de escolha da mãe um passo à frente para a garantia de seus direitos, posto que, no mínimo, nos casos em que figurem fetos anencéfalos, é essencial a opção do aborto.

Nesta ótica, devem ser assegurados a dignidade, a saúde, a liberdade de escolha e a autonomia da vontade da gestante conforme prescreve a Carta Magna, devendo a ela o direito de decidir sobre questões de foro íntimo, no que tange ao seu corpo e sua vida.

A doutrina em sua ampla maioria aponta o aborto de fetos anencefá-

licos como sendo casos excludentes de antijuridicidade, como o estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa, extirpando a punição do Estado frente a esta espécie de interrupção prematura da gravidez.

Desta forma, cabe à mulher a escolha de interromper ou não a gestação sem que se cogite em qualquer tipo de sanção criminal, sendo, portanto, imprescindível a legalização do aborto de fetos portadores de anencefalia.

REFERÊNCIAS

BECKER, Marco Antonio. **Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez**. Revista Medicina, Conselho Federal de Medicina, n. 155, maio/jul. 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte especial. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Criminologia.** São Paulo: Forense, 1980. v. 1.

DINIZ, Débora e PARANHOS, Fabiana. **Anencefalia:** o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: Anis, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A nova parte geral**. 11. ed. São Paulo: Forense, 1987.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte especial. 3.ed. Niterói: Impetus, 2007. v. 2.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 5.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal:** parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004.

JORGE, Wiliam Wanderley. **Curso de direito penal:** parte especial. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal:** parte especial. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

Correspondência | Correspondence:

Jean Frederick Silva e Souza
Faculdade de Ciências e Tecnologia *Mater Christi* – FCTMC, Rua Ferreira Itajubá, 745, Santo Antônio, CEP 59.0650-410. Mossoró, RN, Brasil.
Fone: (84) 3422-0500.
Email: jeanfrederick30@hotmail.com

Recebido: 30/12/2010.
Aprovado: 30/06/2011.