

A NATUREZA JURÍDICO-PENAL DO ABORTO ANENCEFÁLICO

Letícia Carla Baptista Rosa*
Rita de Cássia Lopes da Silva**

RESUMO: O presente artigo apresenta algumas considerações sobre a natureza jurídica do aborto anencefálico. Retrata o direito à vida considerando-o como um direito fundamental que constitui a base para o exercício de todos os demais, demonstrando sua relativização perante o princípio da dignidade da pessoa humana, que é alicerce de todo o ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. Aborda, todo conteúdo referente à anencefalia, apontando seu conceito, posições médicas e os aspectos jurídico-penais relativos à sua natureza jurídica. É realizada uma explanação sobre as doutrinas que tentam solucionar essa problemática, dentre elas, as que afirmam ser o aborto anencefálico uma conduta atípica, que trata-se da posição ora assumida, a teoria que o coloca como excludente de ilicitude, considerando-o como um estado de necessidade, e, por último, a que se posiciona acerca de uma excludente de culpabilidade, visto como uma inexigibilidade de conduta diversa. Desta forma, visa-se mostrar que discutir o assunto é necessário e urgente, no sentido de buscar uma resposta que possa trazer uma maior segurança jurídica ao Estado, evitando assim, que os Tribunais continuem a decidir ou posicionar-se de forma divergente sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; aborto; anencefalia.

*Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário de Maringá - Email: leticiacarlarosa@ibest.com.br

**Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Maringá - E-mail: rcassialopes@hotmail.com

THE JURIDICAL-PENAL NATURE OF THE ANENCEPHALIC ABORTION

ABSTRACT: This paper presents some considerations on the juridical nature of the anencephalic abortion. It pictures the right to life by considering it a fundamental right that constitutes the basis for the exercise of all other rights, demonstrating its relative condition in face of the principle of dignity of the human being, which is the foundation for all juridical ordaining of a Democratic State of Rights. It approaches all the contents on anencephaly, highlighting its concept, medical views, and the juridical-penal aspects concerning its juridical nature. It carries out an explanation on the doctrines that attempt to solve this problem, among which those that state that the anencephalic abortion is an atypical conduct (a position assumed here); the theory that places it as excluding of illegality, considering it as a state of necessity; and, lastly, the one that positions as an excluding of culpability seen as a non-exigent of diverse conduct. Thus, we seek to demonstrate that the discussion of the matter is necessary and urgent, in the sense of seeking for an answer capable of bringing greater juridical safety to the State and prevent that tribunals continue to decide or position themselves in diverging ways on the theme.

KEYWORDS: Penal Right; abortion; anencephaly.

INTRODUÇÃO

O aborto, excluídos o sentimental e o necessário, é crime tipificado pelo artigo 124 do Código Penal brasileiro. Mesmo com acirradas discussões doutrinárias, o sistema penal, formalmente, considera como crimes os casos específicos de aborto anencefálico, fazendo transparecer a importância do debate que cerca sua natureza jurídica.

Pelo princípio da dignidade, que é base de um Estado de Direito, não se poderá impor sofrimento físico e psicológico à gestante, obrigando-a a prosseguir com uma gravidez que provavelmente resultará

no nascimento de um bebê morto ou que, nascendo vivo, terá pouca possibilidade de sobrevivência. Tal situação implica um choque de princípios: de um lado, o direito do feto à vida, e do outro, o direito da mãe e da família de não sofrer, ou seja, o direito à sua dignidade.

2. CONCEITO DE ABORTO

Para o Direito Penal, aborto constitui “a interrupção intencional do processo fisiológico da gravidez com a conseqüente morte do produto da concepção” (ANTOLISEI apud MARQUES, 1999, p. 81-82). Etimologicamente, a palavra aborto significa a privação do nascimento, e deriva dos componentes expressivos *ab*, que indica privação, e *ortus*, que significa nascimento (MARQUES, 1999, p. 183).

Apesar de a vida ser o bem jurídico de maior dignidade no Direito brasileiro, não é absoluto, pois admite em determinadas situações que o princípio da dignidade humana possa sobrepor-se a ela. Isso ocorre nos casos de aborto legal, que privilegia o princípio da dignidade humana ao vedar que se coloque a gestante como mero objeto, desrespeitando sua condição de pessoa.

Para se adentrar no âmbito do aborto anencefálico cabe apresentar o que significa o aborto eugenésico, termo que, devido à carga emotiva que carrega em face de todas as crueldades praticadas pelo regime nazista, na busca pela “raça pura” (HUNGRIA, FRAGOSO, 1981, p. 314), aconselha Franco (2006), a substituir por *aborto embriopático*.

O termo *embriopático* está fundamentado na certeza de que o embrião ou feto sofra alguma doença grave ou de malformação congênita (FRANCO, 2006).

3. ANENCEFALIA

3.1 CONCEITO

O aborto de fetos anencefálicos é uma questão fortemente discutida no meio jurídico, pois até o momento existem decisões emanadas da Corte Suprema pouco conclusivas, algumas no sentido de admiti-lo, e outras de negá-lo.

Etimologicamente, a palavra *anencefalia* vem do grego, sendo que *an* significa sem e *enkephalos*, encéfalo. Ocorre que, apesar de anencefalia ter o sentido de um feto sem cérebro, sempre estão presentes um tronco encefálico rudimentar e tecido nervoso funcionante. Deste modo, o encéfalo não está totalmente ausente, por esse motivo, há crítica no emprego da palavra anencefalia, sendo que o nome mais adequado a ser adotado para tal anomalia seria meroanencefalia (*meros* = parte) (MOORE; PERSAUD, 2000).

Entende-se que o assunto ultrapassa a seara do Direito Penal, pois adentra o âmbito ético, político, jurídico e religioso. Nesse caso, é indiscutível que a Medicina e o Direito devam, necessariamente, caminhar juntos, buscando o equilíbrio na realização do justo, preservando e amoldando, quando necessário, o princípio da proteção da vida sem olvidar o da dignidade humana.

O doutor em medicina Luís Rey traz um conceito mais completo da expressão:

Anomalia do desenvolvimento embrionário em que se constata a não-formação total ou parcial do encéfalo por falta de fechamento de tubo neural na 4ª semana de vida embrionária. Em geral, é devida a um defeito genético (herança multifatorial), sendo mais freqüente no sexo feminino. Em consequência, também o desenvolvimento do epicrânio fica defeituoso (acrania). [...] O diagnóstico pode ser estabelecido por ultra-sonografia ou outras técnicas de imageamento. Por ser incompatível com a vida, essa anomalia causa morte fetal ou o óbito logo após o nascimento (REY, 2003, p. 56).

A má-formação congênita é considerada alteração anômala presente no momento do nascimento, que vem em consequência de falha de um ou mais constituintes do corpo durante o desenvolvimento embrionário (GARCIA; FERNANDÉZ, 2001, p. 279).

Prado (2006a, p. 125) refere que ocorre a anencefalia

quando o embrião ou o feto apresentam um processo patológico de caráter embriológico que se manifesta pela falta de estru-

turas cerebrais (hemisférios cerebrais e córtex), o que impede o desenvolvimento das funções superiores do sistema central.

Neste caso se torna impossível a vida extra-uterina do feto, ou seja, diante de sua patologia não se vislumbra a possibilidade de a criança vir a viver ou a ter uma vida digna, pois a doença a incapacita para tanto a partir do momento em que for separada do organismo da mãe (BUSATO, 2005, p. 388-389).

Ademais, apresenta-se como desnecessário expor a mãe ao sofrimento de carregar em seu ventre um ser que não tenha a possibilidade de vida extra-uterina, ou seja, viver a gravidez inteira na expectativa da vinda de um bebê que, se nascer vivo, logo morrerá. Isso poderá causar, além do sofrimento físico, o psicológico.

Cabe ressaltar que, apesar de não existir a possibilidade de vida extra-uterina do feto anencefálico, a lei é clara no sentido de não admitir como uma norma permissiva casos de aborto eugenésico ou embriopático.

O jurista Alberto Silva Franco ainda afirma que:

Mulher, gestante de feto anencefálico, não tem em seu útero um ser vivo, mas sim carrega, em suas entranhas, um ser condenado irreversivelmente à morte. Impedi-la de antecipar o parto significa deixá-la, meses a fio, convivendo com a expectativa de um nascimento frustrado, o que constitui, sem nenhuma margem de dúvida, agravo à sua saúde física e psicológica. [...] Ademais, num Estado Democrático de Direito, de caráter laico, com compromissos assumidos com a dignidade da pessoa humana e com o pluralismo moral e cultural, não há razão justificadora para confundir questões jurídicas com questões morais (FRANCO, 2004, p. 2).

Novamente entra-se numa discussão relacionada com a ética e a religião, ou seja, é por meio do biodireito que se tentará resolver juridicamente problemas sociais decorrentes da evolução da ciência médica. Assim torna-se necessário que o Direito conte com o auxílio da bioética, esclarecendo termos técnicos e adequando-os à luz dos princípios informadores do ordenamento jurídico.

Essa é uma das questões assumidas por quem tem tentado resolver o problema do aborto de fetos anencefálicos, pois afeta um bem maior, protegido constitucionalmente, que é o desenvolvimento da vida humana.

3.2 CONSIDERAÇÕES MÉDICAS

Segundo a teoria seguida, considera-se que a vida se inicia com a nidação, que ocorre com fixação do óvulo fecundado na parede do útero. Também é oportuno salientar que o momento considerado para a morte, segundo o artigo 3º da Lei 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, se dá com a extinção das funções cerebrais, ou seja, um indivíduo pode ser considerado morto a partir de sua morte encefálica.

Deste modo, um conceito jurídico de morte seria “a ausência de vida, representada esta pela atividade cerebral da qual depende a realização de todas as funções de encéfalo (tronco mais cérebro) e, por conseguinte, de todo o corpo humano” (BUSATO, 2005, p. 390).

Tendo-se em vista que o anencefalo não possui atividade cerebral, indaga-se se isso poderia ser considerado morte. Para alguns autores a anencefalia pode ser considerada, sim, como morte, quando comparada com a morte diagnosticada através do protocolo de transplantes de órgãos, com fundamento no fato de na anencefalia existir um diagnóstico de certeza de morte imediata ou iminente (BUSATO, 2005, p. 391).

Outra parte da doutrina defende o critério de morte para os fetos anencefálicos admitindo o critério neocortical (*high brain criterion*), e não o critério da morte cerebral (*whole brain criterion*). O primeiro deles dá importância a questões que se relacionam à existência da consciência, afetividade e comunicação, abandonando assim o sentido biológico de vida; ou seja, define-se como morte a destruição do córtex cerebral, que é o centro da consciência humana, destruição que provocaria uma perda irreversível de todos os atributos essenciais à pessoa humana (PRADO, 2006a, p. 126; FRANCO, 2005, p. 405; GHERARDI; KURLAT, 2005, p. 56).

Nos fetos anencefálicos não estão presentes as funções superiores do sistema nervoso central e por isso eles não possuem consciên-

cia de sua própria existência. Eles nunca poderão estabelecer vínculos de afetividade, emotividade e sociabilidade, por encontrarem-se num estado vegetativo e incompatível com a vida humana.

A anencefalia “resulta do não-fechamento da extremidade cefálica do tubo neural durante a quarta semana. Esta anomalia causa uma subsequente não-formação da calvária” (MOORE; PERSAUD, 2000, p. 397).

Por fim, destaca-se que apenas o diagnóstico de anencefalia já seria suficiente para trazer à mulher algumas conseqüências ou perturbações de caráter emocional, daí que obrigá-la a carregar no ventre um feto morto, sabendo que este vive apenas enquanto ligado a ela, poderia ser considerado uma ofensa à sua dignidade.

4. ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS

4.1 CORRENTES DOUTRINÁRIAS

Muito se discute a respeito do aborto anencefálico, visto tratar-se de questão polêmica que se assenta no fato de a legislação brasileira excluir sua possibilidade.

Em recente parecer sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, julgando o pedido de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 54-8/DF) (INFORMATIVO..., 2004), proposta em 17 de junho de 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), não soube interpretar a intenção da arguição, sendo afirmado que ela não objetivava que fosse regulamentada uma nova espécie de aborto legal, e sim, que os abortos de fetos anencefálicos se enquadrassem no tipo penal do delito de aborto.

Vê-se, de forma clara, que o Supremo não quis se envolver em questão tão controvertida, na qual referenciais jurídicos se confundem com convicções religiosas e morais, sendo a questão objeto de reflexões dos pontos de vista bioético e jurídico.

4.1.1 CAUSA EXCLUDENTE DE TIPICIDADE

O tipo penal “é a descrição abstrata de um fato real que a lei proíbe”, ou seja, tem-se como tipo de injusto a “ação ou omissão vedada, *dolosa ou*

culposa”. Já a tipicidade “é a subsunção ou adequação do fato ao modelo previsto no tipo legal” (PRADO, 2006b, p. 339). Esta possui algumas funções, como a seletiva, a de garantia e de determinação, a de fundamento da ilicitude, a de criação do mandamento proibitivo e a de delimitação do *iter criminis* (PRADO, 2006b, p. 339).

A tipicidade e a ilicitude estão intimamente ligadas, a ponto de entender-se que uma conduta típica será necessariamente ilícita. Seguindo a posição adotada pelos finalistas, a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da ilicitude, ou seja, uma ação típica constitui-se num indício de que é uma ação ilícita.

Necessariamente, o tipo penal traz em seu conteúdo a proteção de um bem constitucionalmente tutelado; destarte, todo tipo penal visa tutelar um bem jurídico, pois todo delito poderá causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem tutelado.

Por sua vez, tem-se como bem jurídico

um ente (dado ou valor social) materialmente ou imaterialmente haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido (PRADO, 2006b, p. 248).¹

Se determinada ação ou omissão é punível por corresponder a um desvalor da vida social, essa ação ou omissão constitui fato que lesa ou expõe a perigo interesses importantes da vida coletiva (FRAGOSO, 1986, p. 278-279).

O fato de a anencefalia se traduzir pela ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, a cognição na relação social de vida, comunicação, afetividade, emotividade, restando somente funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, funções vasomotoras e as que dependem da medula espinhal (FRANCO, 2005, p. 402-403), é o motivo que leva alguns juristas a adotar o critério de morte neocortical (*high*

¹ Ressalta-se que o significado de bem jurídico metaindividual, está ligado a um caráter universal, coletivo, pois estão além da esfera individual. Ademais, diante da própria missão do Direito Penal, que é a tutela de bens jurídicos pela proteção de valores éticos e sociais, assegurando assim, interesses individuais e coletivos fundamentais. (PRADO, 2003, p. 45).

brain criterion), abolindo o conceito de morte encefálica (*whole brain criterion*) para os casos de fetos anencefálicos.

Muitos estudos afirmam que o anencéfalo não possui nenhuma viabilidade de sobrevivência, pois só mantém suas funções porque está ligado ao organismo da mãe. Destarte, independentemente de qualquer situação, seu fim sempre será a morte, sobrevivendo apenas o sofrimento psíquico e físico da mulher que vier a suportar essa gravidez, na qual ela saberá que o ser que carrega nunca poderá viver dignamente.

O Brasil, como um Estado Democrático e Social de Direito, tem compromissos assumidos com a dignidade da pessoa humana e não deve possibilitar a existência de confusão entre questões de ordem jurídica, moral ou religiosa, mesmo porque o Direito deve servir ao bem de toda a sociedade, em sua incessante busca pela justiça.

Na Constituição Federal não há apontamento de princípios nos quais possam se vislumbrar possibilidades válidas e fundamentadas para a prática do aborto de anencéfalos, mas estão expressamente garantidos em seu texto princípios como o da dignidade humana, da liberdade, da legalidade e da autonomia da vontade.

A intangibilidade do direito à vida é relativa, pois existem algumas situações em que ele poderá sofrer ataques, por motivos de política criminal ou de incertezas no campo científico e tecnológico. Por esse motivo algumas ofensas dirigidas a ele não são criminalizadas, como, por exemplo, o suicídio, o descarte de embriões, a redução embrionária e o aborto de anencéfalos (MINAHIM, 2005, p. 70).

Além disso, o aborto constitui delito material, ou seja, exige que se tenha um resultado para sua consumação, devendo, necessariamente, existir um nexo causal entre os atos executórios e o resultado de morte do produto da concepção. Não se incriminam fatos em que a conduta do sujeito ativo não possa trazer um risco concreto de lesão, ou até mesmo uma lesão a bens jurídicos tutelados.

Adentra-se no âmbito da teoria da imputação objetiva do resultado, na qual, se os resultados não forem previsíveis ou dirigíveis pela vontade, serão atípicos; assim, o sujeito deve agir de forma a criar um risco juridicamente relevante de lesão típica a um bem jurídico (ROXIN apud PRADO, 2006b, p. 319; PRADO; CARVALHO, 2006). Conseqüentemente, não poderá existir a imputação objetiva quando o agente não houver criado risco juridicamente relevante e reprovável

por meio de sua conduta, podendo o agente até ter criado tal risco, desde que seja permitido. Destarte, quem cria risco permitido não responde pelo ato praticado, ou seja, fica isento da imputação objetiva, e assim, da tipicidade. (GOMES, 2005a, p. 71).

Entre os doutrinadores que defendem a ausência de tipicidade na conduta de abortos anencefálicos ainda se encontram algumas divisões. Para Paulo César Busato e Adel El Tasse, o anencefalo é ser destituído de qualquer possibilidade de vida extra-uterina, já que essa vida é impossível e inviável. A interrupção dessa gravidez é vista como uma conduta que não atinge um bem jurídico tutelado pelo tipo penal, e conseqüentemente, se não há bem jurídico a ser protegido, não haverá tipicidade penal (BUSATO, 2005, p. 398; EL TASSE, 2004, p. 36-37; COSTA, 2005).

Para Alberto Silva Franco, que adota como definição de morte o critério neocortical (*higt brain criiterion*), por ser o aborto por anencefalia, do seu ponto de vista, um caso flagrante de atipicidade de conduta, quando esta é diagnosticada seria o caso de nem sequer ser apreciado pelo Tribunal, permanecendo na esfera de relacionamento entre médico e paciente, considerado como um caso de indicação terapêutica, tornando legítimo o atuar do médico, desde que este fosse informado à gestante (FRANCO, 2005, p. 418)²

Luiz Flávio Gomes defende sua posição sob o critério do risco permitido, pois aquilo que se causa no âmbito de um risco permitido não é juridicamente reprovável, assim não poderá ser imputado ao agente. É o que ocorre no aborto anencefálico, onde apenas se antecipa a morte de uma vida inviabilizada, objetivando tutelar outros interesses importantes, como a saúde da gestante (física e psicológica) e, sobretudo, sua dignidade (GOMES, 2005b, p. 6).

Por fim, cumpre explicar o entendimento adotado, que é a posição adotada pelo ilustre doutrinador Prof. Dr. Luiz Regis Prado e sua discípula Profa. Dra. Érika Mendes de Carvalho, que afirmam que na anencefalia o conceito de morte fundamenta-se no critério neocortical (*high brain*

² Ressaltando que esta é a posição atualmente assumida por Alberto Silva Franco, pois em seu texto, Aborto por indicação eugênica. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (coord.). **Estudos Jurídicos, em homenagem a Manoel Pedro Pimentel**, o ilustre jurista defendia que a conduta do aborto de anencefálico caracterizava-se como uma causa excludente de ilicitude.

criterion), pois nessas situações o feto não pode ser considerado como tecnicamente vivo, não existindo, assim, vida intra-uterina a ser tutelada (PRADO, 2006b, p. 126; PRADO; CARVALHO, 2005, p. 8).

Diante de tal situação o tipo de injusto é integrado pelo desvalor da ação e conseqüentemente pelo desvalor do resultado. Verifica-se nos casos de anencefalia a ausência de um desvalor da ação nas hipóteses do risco permitido, em que não existirá um resultado penalmente típico, pois não há lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado e, também, não há finalidade jurídico-penalmente relevante. Destarte, não havendo finalidade penalmente relevante, não pode existir um desvalor da ação, sendo que a inexistência desse conduzirá à constatação de um desvalor da situação. O desvalor da situação opera como uma excludente do desvalor da ação. Frisa-se que, quando não há o desvalor da ação, da mesma forma não há o desvalor do resultado (PRADO; CARVALHO, 2005, p. 8).

Nesse sentido, a ação de abortar um feto anencefálico não possui finalidade juridicamente relevante, pois o resultado pretendido não constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado no delito de aborto, fundamentado no âmbito do risco permitido (PRADO; CARVALHO, 2005, p. 8).

Portanto, se como delito se considera toda ação típica, ilícita e culpável, e se até o momento verificaram-se posições que excluem a tipicidade da conduta nos casos de aborto de fetos anencefálicos, não se poderá dizer que tal prática constitua crime.

4.1.2 Causa excludente de ilicitude

Parte da doutrina justifica a prática do aborto anencefálico como uma excludente de ilicitude, no caso, o estado de necessidade. A ilicitude pode ser tida como antijuridicidade, visto que “exprime a relação de contrariedade de um fato com o ordenamento jurídico”; ou seja, seria a violação do ordenamento por meio da realização de fato típico, tendo-se assim que uma ação ou omissão típica será ilícita, exceto quando for justificada (PRADO, 2006b, p.379).

Consagra a doutrina dois aspectos da ilicitude: o formal, caracterizado pela contradição da conduta ao tipo penal, portanto, à realiza-

ção do tipo penal; e o material, quando, ocorrendo a transgressão da norma, existirá a lesão ou o perigo de lesão de um bem jurídico tutelado, sendo a conduta típica não justificada (PRADO, 2006b, p. 380).

Não se confunde também o termo *injusto* com *antijuridicidade* ou *ilicitude*. Enquanto o primeiro é substantivo, pois engloba tanto a ação típica como a ilícita, sendo sempre mensurável em qualidade e quantidade, a última é atributo daquele, pois é a relação de contradição da conduta assumida com a norma penal (PRADO, 2006b, p. 380). Mas nem sempre uma conduta típica estará contaminada pela ilicitude, pois poderá ser justificada, portanto, poderá recair sobre ela uma causa de justificação.

Essas causas de justificação contêm um preceito autorizante e permissivo. Constituem normas que permitem a prática de fato típico a respeito de uma situação descrita em lei, e retiram assim a ilicitude da conduta (PRADO, 2006b, p. 380-381).

Ademais, assim como o injusto se fundamenta no desvalor da ação e no desvalor do resultado, as causas justificantes possuem um juízo de valor. Elas devem necessariamente possuir elementos objetivos e elementos subjetivos, sem os quais não se caracterizaria qualquer causa prevista (PRADO, 2006b, p. 381).

Desse modo, não basta que o agente esteja agindo com conhecimento dos elementos objetivos da excludente, sendo necessário também o reconhecimento da excludente, do elemento subjetivo, que se relaciona com a consciência e vontade de realizar uma conduta, por exemplo, que se dirija a salvar um interesse que seja preponderante em relação a outro (PRADO, 2006b, p. 381).

Assim, o reconhecimento de qualquer causa justificante estará condicionado à verificação de que, se o agente possuía o conhecimento dos pressupostos objetivos e dos subjetivos, essa causa seria a consciência e vontade de agir daquela forma.

O Código Penal brasileiro expressa em seu artigo 23 as causas excludentes de ilicitude, dispondo também em seu parágrafo único sobre o excesso punível, de modo que, em qualquer das situações previstas nos incisos correspondentes, se o agente agir com excesso, responderá por isso, independentemente de culpa ou dolo.³

Entre as causas excludentes de ilicitude que interessam para o caso de aborto de fetos anencefálicos está o estado de necessidade.

O artigo 24 do Código Penal assim estabelece:

Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se (BRASIL, 2006).

Configura-se o estado de necessidade quando “o agente, que para salvar de perigo atual e inevitável, não provocado voluntariamente, objeto jurídico próprio ou de terceiro, obriga-se a lesar outro alheio” (PRADO, 2006b, p. 384). Em suma, ocorre o estado de necessidade quando uma pessoa, em situação de perigo atual de direitos, interesses ou bens, pratica ato que, fora dessa situação específica, seria um delito.

O § 1º do artigo 24 dispõe que não poderá alegar estado de necessidade aquele que tenha o dever legal de enfrentar o perigo. Já o § 2º expressa que, embora seja razoável exigir o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

As teorias que fundamentam o estado de necessidade são: a *teoria unitária* ou *monista objetiva*, adotada pelo Código Penal brasileiro, na qual se considera que o estado de necessidade será sempre uma causa de justificação, pois não se realiza uma ponderação de bens em confronto; e a *teoria dualista ou diferenciadora objetiva*, segundo a qual no confronto entre bens de iguais ou diferentes valores estes são excludentes de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, assim *estado de necessidade é exculpante*. No conflito de bens de valores desiguais com o sacrifício do bem de menor valor, é excludente de ilicitude o *estado de necessidade justificante* (PRADO, 2006b, p. 385-386).

O eminente mestre Luiz Regis Prado, ao fazer uma observação quanto ao estado de necessidade justificante, afirma que não se podem considerar como lícitas condutas que possam se traduzir em

³ **Art. 23.** Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. **Parágrafo único.** O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

grave atentado à dignidade humana. Não se permite a utilização do ser humano como um mero instrumento para a busca de outros fins, por ferir sua dignidade, sendo aconselhável restringir o campo de abrangência **do estado em foco**, de modo que só poderá haver uma causa justificante quando o mal causado for menor que o evitado e se essa conduta não ferir o princípio da dignidade humana (PRADO, 2006b, p. 387).

Inserindo-se na questão do aborto anencefálico, existem autores que o classificam como uma causa excludente de ilicitude. Entre eles se encontra Anelise Tesaro, que em sua obra afirma que o intuito da lei é humanitário, pois prevê a possibilidade de interrupção da gravidez em situações permitidas por ela, não considerando as condições físicas e de sobrevivência do feto. Assim, a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia leva em conta os fins humanitários do legislador e pode ser vista como uma excludente de ilicitude do crime de aborto, pois é acobertada pelo estado de necessidade (TESSARO, 2002, p. 85).

Essa corrente que admite o aborto anencefálico como um estado de necessidade, utiliza a aplicação da *analogia in bonam partem* para os incisos do artigo 128 do Código Penal, para beneficiar a gestante sem prejudicar o feto, pois este não possui uma vida a ser tutelada, logo o aborto estaria antecipando o sofrimento da mãe, e não tirando uma vida, diante de algo já consumado (TESSARO, 2002, p. 86).

Franco (1992, p. 99-101) em seus primeiros estudos sobre a matéria, admitia ser o aborto do feto anencefálico uma excludente de ilicitude, ou seja, um estado de necessidade, pois se apresentava um conflito de interesses da mãe com os interesses do feto. O autor não acreditava ser uma causa excludente de culpabilidade, pois a exculpação possui um caráter pessoal, podendo só ser aplicada à gestante, excluindo-se o médico.

Ainda o mesmo autor coloca que a indicação eugenésica não seria mais do que uma variante da indicação terapêutica, pois se teria a prevalência da saúde psíquica da mãe em detrimento da vida do feto. Além disso, também não vê diferença entre as duas indicações com relação a seus fundamentos, porque estes seriam os mesmos. O que caracterizaria uma e a outra seria que na segunda a saúde física da

mulher deve passar por um grave perigo, já na primeira tem-se como referência o processo patológico do nascituro, a partir do qual a saúde da mãe é afetada (FRANCO, 1992, p. 100).

Com esses fundamentos é que foi constituída uma comissão para reformular o Código Penal, com a inserção de mais um inciso no artigo 128, estabelecendo como excludente de ilicitude que permitiria o aborto o caso da existência de fundada probabilidade, atestada por médicos, de que o feto viria a apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. No caso, seria necessário o consentimento dos pais.

4.1.3 Causa excludente de culpabilidade

Para a existência de um crime é imprescindível a existência de uma conduta típica, ilícita e culpável. Desse modo verifica-se ser a também culpabilidade requisito para que seja um ato considerado delito. Pode-se afirmar que não existe crime se a culpabilidade não estiver presente.

“A culpabilidade é a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita” (PRADO, 2006b, p. 408). Neste sentido, ela é a reprovação que o sujeito leva por não ter agido de acordo com o ordenamento jurídico quando poderia tê-lo feito.

Fragoso (1986, p. 202), afirma ser a culpabilidade a reprovabilidade da conduta típica ilícita de quem tem a capacidade de entender a ilicitude e poderia ter agido de acordo com o direito, mas não agiu.

Ainda afirma-se a esse respeito que:

[...] a medida da pena não pode ultrapassar a da culpabilidade, se a culpabilidade é uma condição necessária, ainda que não suficiente, para a aplicação da pena, a culpabilidade constitui, ao menos, um dos fundamentos da pena (CEREZO MIR, 1982, p. 179).

Existem várias teorias que explicam as concepções dogmáticas da culpabilidade levando em conta os conceitos de ação e delito, que evoluíram com o passar dos anos.

A teoria adotada pelo Código Penal é a teoria normativa pura ou finalista, decorrente da teoria finalista da ação, que traz a culpabilida-

de presente quando o autor poderia adotar uma conduta de acordo com o ordenamento jurídico, mas ao contrário, age na realização dolosa do tipo; ou seja, a culpabilidade decorre de um ato de vontade, só podendo ser culpável o sujeito que possuir vontade livre no momento da ação (PRADO, 2006b, p. 414).

Por essa teoria, são elementos da culpabilidade a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (PRADO, 2006b, p. 421-431).

A *imputabilidade* está relacionada à capacidade que o sujeito tem de conhecer a ilicitude e querer praticá-la; ou seja, é a capacidade de culpa que o sujeito possui, podendo responder penalmente (sendo maior). Nesta trilha, “a imputabilidade é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento”. Não se confunde com a responsabilidade penal, que “é o dever jurídico de responder pela ação delituosa que recai sobre o agente imputável” (FRAGOSO, 1986, p. 203).

O Código Penal traz, no artigo 26 como excluídos de imputabilidade, nomeando-os como inimputáveis: os doentes mentais, os que possuem desenvolvimento mental incompleto ou retardado, os menores de 18 anos, os casos de embriaguez acidental completa e a embriaguez patológica completa.

O *potencial conhecimento da ilicitude* está na possibilidade de o agente ter o conhecimento do caráter ilícito de sua conduta; já a *exigibilidade de conduta diversa* está no fato de o ordenamento lhe impor uma conduta e o sujeito agir em desacordo com ela, porquanto na situação em que se achava o indivíduo era-lhe exigível conduta diversa.

O Código Penal expõe em seu artigo 22 duas causas excludentes de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. São elas: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica ou devida.

Na coação moral irresistível, a vontade é viciada pela *vis compulsiva*, mas o autor da coação é punido. Conseqüentemente, nela existe o espaço para a vontade, diferentemente da coação física, mas esta se encontra viciada, de modo que não se pode exigir do agente uma conduta de acordo com o ordenamento jurídico (PRADO, 2006b, p. 427).

A obediência hierárquica está ligada diretamente à conduta do subordinado que, diante de ordens advindas de superior hierárquico, age dentro de suas atribuições e das disposições legais. Só será punível o autor da ordem se esta for manifestamente ilegal, respondendo também o inferior hierárquico. Já o subordinado só será responsabilizado se, estando diante de hipóteses por ele conhecidas e possuindo condições, percebe a ilicitude da ordem (PRADO, 2006b, p. 428-429).

É também considerado como uma excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, o estado de necessidade exculpante, que já foi exposto anteriormente. Nele há o confronto de bem de igual ou de maior valor, não sendo exigido do agente comportamento diverso. Posição adotada por Prado (2006b, p. 431) e Fragoso (1986, p. 219).

Ademais, o Código Penal não traz a inexigibilidade por conduta diversa como causa geral de excludente de culpabilidade, mas há quem defenda que, apesar disso, o Direito procura proteger valores. Assim em determinadas situações é compreensível a opção tomada por indivíduos, considerando que nessas situações não se poderia exigir um comportamento de acordo com o ordenamento jurídico deles (NAHUM, 2001, p. 73).

Com relação ao aborto de feto anencefálico, parte da doutrina e dos tribunais adota a teoria da causa excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Coelho (2005, p. 156), assume essa posição e acrescenta que, diante do conceito de vida adotado por ele, esta se torna perfeitamente tutelada como bem jurídico, qualificando a conduta da mãe que interrompe a gravidez de anencéfalo como típica e ilícita, mas desprovida de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Considera também que o prosseguimento dessa gravidez, levaria a mulher a graves danos de natureza moral e psicológica.

Também Coutinho (2005, p. 40-41), defende o posicionamento de ser o aborto por anencefalia causa excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.⁴ Nesse mesmo sentido, não se pode reprovar nem censurar a conduta de uma mãe que interrompe uma gravidez nessas circunstâncias, tendo-se em vista a inviabilidade de vida do feto e a exposição da gestante a uma gravidez de alto risco (ALVES, 1999, p. 227).

⁴ Neste mesmo sentido ver SIQUEIRA et al. (2000).

Alberto Silva Franco tece críticas a esse posicionamento, pelo fato de a exculpação, por possuir caráter pessoal, alcançaria somente a gestante, deixando fora o médico (FRANCO, 1992, p. 99-101).

Rebatendo esta crítica está o jurista Ivanildo Alves, pois se há o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa pela gestante, é impossível a exigência de ela mesma ter que realizar a intervenção. Como ninguém pode ser submetido a tratamento desumano, este é um direito constitucionalmente previsto e garantido (art. 5º da CF), no qual se fundamenta o dever jurídico do médico de interromper a gravidez, havendo assim a inexigibilidade também com relação ao médico e todos os profissionais envolvidos na intervenção (ALVES, 1999, p. 231).

Diante o exposto, verifica-se que os defensores dessa posição não colocam como razoável que a gestante dê continuidade a uma gravidez anencefálica pelo simples motivo de não estar expressa em lei a autorização de interrupção dessa gravidez.

Ao se buscar o sentido da justa realização do Direito, não se aplica um juízo de reprovação pela conduta da grávida que pratica o aborto, pelo fato de esta estar abarcada pela causa excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, pois não se poderá impor-lhe outra conduta.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente presenciam-se no sistema penal brasileiro controvérsias com relação ao aborto anencefálico, pois, apesar de o Código Penal brasileiro tipificar qualquer conduta que atente contra a vida intra-uterina, com exceção dos casos de risco de vida para a mãe e de a gravidez resultar de estupro, não se posicionando acerca do aborto realizado em casos de anencefalia.

O texto relacionou alguns aspectos ligados à anencefalia, a qual é descrita como uma má-formação congênita que se caracteriza pela ausência total ou parcial do encéfalo e às vezes, até mesmo da calota craniana. Nesses casos, inexistente a possibilidade de vida extra-uterina, ou ao menos, de que o feto venha a ter uma vida digna. Como o Código Penal silencia diante desse fato, considerando-o como crime, vem a doutrina tentando resolver o dilema em torno de sua natureza jurídica.

A posição considerada até o momento como a mais lógica e com maior embasamento doutrinário, a qual é adotada pelo Prof. Dr. Luiz Regis Prado, afirma o critério de morte neocortical e busca elementos na teoria do injusto penal, porque este deve ser integrado pelo desvalor da ação e o desvalor do resultado.

Assim, no aborto anencefálico não haverá o desvalor da ação, por inexistir a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico. Trata-se de conduta praticada pelas regras do risco permitido, portanto também não existirá um resultado penalmente relevante, desvalor do resultado, tratando-se de conduta atípica.

Diante disso, reafirma-se a posição de que o aborto de fetos portadores de anencefalia é uma conduta atípica, pois tais fetos não podem ser considerados como tecnicamente vivos. Ademais, a ação é praticada sob o âmbito do risco permitido, desse modo, não existirá desvalor da ação, conseqüentemente, nem desvalor do resultado. Contudo, sabe-se que no processo científico dificilmente se chega ao ponto final, uma vez que podem surgir questionamentos e novas teorias em torno do assunto.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Belém: Unama, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF**, Brasília, n. 366, 18 a 22 out. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antiores/info366.asp#ADPF.%20Anencefalia.%20Aborto>>. Acesso em: 13 set. 2006.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848/1940. Institui o Código Penal. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BUSATO, Paulo César. Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 836, p. 379-398, jun. 2005.

CEREZO MIR, José. Culpabilidad y pena. In: **Problemas fundamentales del Derecho Penal**. Madrid: Tecnos, 1982.

COÊLHO, Yuri Carneiro. Critérios dogmáticos para uma definição jurídico penal do aborto de feto anencefálico. **Revista Ciências Penais** – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 147-158, jul./dez. 2005.

COSTA, Domingos Barroso da. Sobre a atipicidade da interrupção da gestação de feto anencefálico. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCrim, n. 152, p. 13, jul. 2005.

COUTINHO, Luiz Augusto. Anencefalia: novos rumos para a ciência jurídica. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, n. 29, p. 32-45, dez./jan. 2005.

EL TASSE, Adel. Aborto de feto com Anencefalia: ausência de crime por atipicidade. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, n. 27, p. 28-41, ago-set. 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRANCO, Alberto Silva. Algumas questões sobre o aborto. **Revista do Instituto de Ciências Penais**. Belo Horizonte: ICP, v. I, p. 15-86, 2006.

_____. Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 833, p. 399-419, mar. 2005.

_____. Um bom começo. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCrim, n. 143, p. 2, out. 2004.

_____. Aborto por indicação eugênica. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (coord.). **Estudos Jurídicos, em homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GARCIA, Sonia Maria Lauer de; FERNANDÉZ, Casimiro García. **Embriologia**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2001.

GHERARDI, Carlos; KURLAT, Isabel. Anencefalia e interrupción del embarazo – Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de um caso reciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 52, p. 53-70, jan./fev. 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Aborto Anencefálico e Imputação Objetiva: Exclusão de Tipicidade (I). **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, n. 32, p. 70-71, jun.-jul. 2005a.

_____. Aborto Anencefálico e Imputação Objetiva: Exclusão de Tipicidade (II). **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, n. 33, p. 5-6, ago.-set. 2005b.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. V.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 1999, v. 4.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Ciência do direito penal contemporânea. v. 8).

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. **Embriologia Clínica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

NAHUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de conduta diversa: causa supralegal: excludente de culpabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro: Parte Especial**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006a. v. 2.

_____. **Curso de Direito Penal brasileiro: Parte Geral**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006b. v. 1.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da Imputação Objetiva do Resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Ciência do direito penal contemporânea; v. 1).

_____. Aborto anencefálico e sua natureza jurídico-penal: breves reflexões. **O Estado do Paraná**. Curitiba, 09 out. 2005, Caderno 5, n. 653, p. 8.

REY, Luís. **Dicionário de Termos Técnicos de Medicina e Saúde**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003.

SIQUEIRA, Geraldo Batista et al. Aborto eugenésico ou eugênico e autorização judicial – qualificadora na denúncia e concessão de liberdade provisória – júri – quesitação – tese da excludente de culpabilidade – admissibilidade. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, n. 4, p. 73-78, out./nov. 2000.

TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**: descriminalização e avanços tecnológicos da medicina contemporânea. Curitiba: Juruá, 2002.