

ABORTO E ANENCEFALIA

Daniel Candido RODRIGUES¹

Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI²

RESUMO: A anencefalia é uma malformação fetal incompatível com a vida, contudo a lei penal é omissa a respeito da possibilidade de interrupção da gestação nestes casos, daí a razão do surgimento de debates atinentes a licitude ou não de realizar o aborto de fetos anencéfalos. De um lado, a Constituição Federal assegura o direito à vida, de outro, a liberdade de autonomia reprodutiva da mulher e o direito à saúde. Diante desta colisão de direitos fundamentais incumbe à doutrina e a jurisprudência apresentar soluções a respeito do assunto.

Palavras-chaves: Aborto. Anencefalia. Acefalia. Interrupção da gestação. Aborto de fetos anencéfalos.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo abordar acerca da possibilidade da interrupção da gestação nos casos de fetos anencéfalos, apresentando a discussão existente atinente à licitude ou não da prática de aborto nestas situações.

Num primeiro momento será trazida breve noção histórica a respeito da prática do aborto desde os tempos antigos até o presente.

Posteriormente, tratará acerca do direito fundamental à vida assegurado pela Constituição Federal. Discorrerá a respeito das teorias referentes

¹ Discente do 7º termo B do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: danielpp32@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade de Franca. E-mail: mvsaquotti@ig.com.br. Orientador do trabalho.

ao início da vida, as quais são de suma importância, pois é necessário estabelecer um momento para que se defina o início da vida para fins de aplicação da lei penal.

Como cediço, a prática abortiva no Brasil segundo o Código Penal é permitida tão somente quando a gestação decorrer de estupro ou no caso de a vida da gestante estiver ameaçada.

Desta forma, serão apresentadas definições do que é aborto sob a ótica da doutrina pátria e da medicina, no intuito de possibilitar a compreensão do assunto.

Neste sentido, vem à tona a discussão central, qual seja, a possibilidade de antecipação do parto nos casos de anencefalia, tema polêmico, que será aqui abordado apenas sob a ótica jurídica, desconsiderando aspectos voltados à religião.

À propósito, doutrina e jurisprudência apresentam as mais diversas justificativas no tocante à licitude das manobras abortivas no caso em específico. Todavia, há entendimentos contrários, apregoando que o direito a vida do feto não pode ser restringido.

Assim, será analisado no último capítulo a possibilidade da aplicação da teoria da proporcionalidade para justificar a antecipação do parto nos casos de fetos anencéfalos, considerando o aborto nestas situações verdadeiro exercício regular de direito.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Danda Prado (2007, p. 45) em sua obra apresenta os momentos históricos acerca da prática abortiva, deste modo ao tratar do tema revela que desde os primórdios tempos da raça humana o aborto era praticado, é tão antigo quando o próprio homem, as mulheres sempre o fizeram independente de leis ou reprimendas surgidas ao longo da história.

Os primeiros dados são do Código de Hamurábi, 1700 a.C., neste o aborto era tido como um crime que afronta o interesse do pai ou do marido, bem como um dano contra a mulher. (PRADO, 2007, p. 45).

Na lei hebraica o livro do Êxodo, 1000 a.C., condenava quem causava aborto mediante emprego de violência, entretanto a pena era baseada no prejuízo econômico auferido pelo marido da vítima. (PRADO, 2007, p. 46).

A lei de Mileto impunha pena de morte à mulher que realizasse o aborto sem a vênua de seu marido, pois o pai tinha a propriedade do filho, tendo o direito sobre sua vida ou morte. (PRADO, 2007, p. 46).

Hipócrates (400 a.C.) se compromete em seu juramento de não conceder a mulher grávida substâncias abortivas, entretanto ensinava a parteiras, métodos contraceptivos e abortivos, contudo deve-se levar em conta que visava a proteção dos direitos de um cidadão e não somente em relação ao aborto. (PRADO, 2007, p. 47).

Sócrates, coevo de Hipócrates, defendia o aborto voluntário e seu discípulo Platão defendia que as mulheres com mais de quarenta anos abortassem compulsoriamente, justificando a prática abortiva para o controle do aumento populacional. (PRADO, 2007, p. 47).

Aristóteles também compartilhava do mesmo entendimento, entretanto, deveria ser realizado o aborto antes da “animação” do feto, período este de sessenta dias após a concepção. (PRADO, 2007, p. 47).

De outro lado, Esparta vedava o aborto, uma vez que buscava alcançar um grande número de atletas e guerreiros. No entanto, cabia ao Estado deliberar sobre a vida ou morte de recém-nascidos, descartando aqueles que apresentassem deformidades. (PRADO, 2007, p. 48).

Inicialmente em Roma o aborto voluntário não era tido por um crime, pois o feto não era visto como um ser humano, e os pais detinham o direito da vida ou morte dos filhos até atingirem a maioridade, no caso das filhas até o casamento. Não havia legislação sobre o aborto, se uma mulher praticasse contra a vontade do marido, visando prejudicá-lo, tinha como castigo o desterro ou era submetida ao Tribunal Doméstico, para que lhe fosse imposto a devida repreensão. (PRADO, 2007, p. 48).

Posteriormente o aborto foi considerado um ato de indignidade contra a moral, deste modo o Estado passou a intervir e o aborto começou a ser tratado como assunto de Direito Penal. (PRADO, 2007, p. 48).

No Brasil aparece a figura do aborto como delito no Código Criminal do Império, em 1930. Em 1890 com o Código da República havia diminuição de pena

para a mulher que praticasse aborto em si, a fim de “ocultar desonra própria”. (PRADO, 2007, p. 49).

Atualmente o Código Penal prevê determinadas situações em que é permitida a prática do aborto, quais sejam para salvar a vida da gestante e se a gravidez resultar da prática de estupro, nos demais casos é tido como crime.

3 DIREITO À VIDA

O direito a vida é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, esta preconiza em seu art. 5º, *caput*, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida (...).”

Neste sentido leciona Pedro Lenza (2009, p. 678):

O direito à vida, previsto de forma genérica no art.5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.

Da mesma forma ensina Maria Helena Diniz (2007, p. 20):

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.

Luiz Regis Prado (2011, p. 118) entende que:

O direito à vida, constitucionalmente assegurado (art.5º, *caput*, CF), é inviolável, e todos, sem distinção, são titulares. Logo é evidente que o conceito de vida, para que possa ser compreendido em sua plenitude, abarca não somente a vida humana independente, mas também a vida humana dependente (intrauterina).

Depreende-se do exposto, que todo o ser humano detém o direito a vida, de modo que ninguém pode dela ser privado de maneira arbitrária. Trata-se de

cláusula *pétrea*, portanto, imodificável, uma vez que não se pode nem ao menos ser proposta emenda tendente a aboli-la.

Também há entendimento no sentido de que se inexistisse proteção constitucional ao direito à vida, ainda assim seria um direito absoluto, pois deriva do direito natural, sendo da própria natureza do ser humano. (Maria Helena Diniz, 2007, 20-21).

A vida é de suma importância para o ser humano. Caso não seja alcançada, não há que se falar na possibilidade do homem contemplar todos seus direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. Vale dizer, “somente a partir da existência da vida é que o indivíduo passa a ser titular de todos os outros direitos, uma vez que a vida é a fonte primária para a titularidade de direitos”, conforme ensina a doutora Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 35).

A Carta Magna não estabelece distinções à tutela da vida humana, pois protege qualquer forma de manifestação, mesmo que potencial, da possibilidade de existência de uma futura vida.

Partindo-se desta premissa, surge então, as questões atinentes ao início da vida e a partir de que momento da formação do ser humano o ordenamento jurídico dispensa sua proteção ao indivíduo.

A legislação vigente carece de regulamentação acerca do início da vida, o que motivou a proliferação de diversas teorias a respeito do assunto.

Dessarte, é pertinente tratar de algumas das teorias existentes acerca de quando se considera o início da vida.

3.1 Teoria Concepcionista

Esta teoria defende a idéia de que o embrião humano pode ser considerado sujeito a partir do momento da concepção, uma vez que a fecundação do óvulo humano aponta o começo de existência da vida, que é totalmente diversa de seus genitores, uma vez o embrião possui um código genético próprio que permitirá seu total desenvolvimento. Nas palavras de Eduardo Leite (1995, p. 385) *apud* Jussara Maria Leal de Meireles (2000, p. 91):

Admite o ser embrião, desde a fecundação, algo distinto da mãe e com uma autonomia genético-biológica que não permite estabelecer nenhuma mudança essencial em sua natureza até a idade adulta (salvo os óbvios atributos de tamanho e função).

Cabe ressaltar que, embora existam divergências, o Código Civil em seu artigo 2º, adota a teoria concepcionista, segundo este: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Neste sentido entende Silmara J.Chinellato (2008, p. 08):

Considerando a não-taxatividade do art.2º, a previsão expressa de direitos e *status* ao nascituro, bem como o conceito de personalidade, sustento que o Código Civil filia-se à corrente concepcionista que os reconhece, desde a concepção, como já ocorria no Direito romano. Não me parece adotar a corrente natalista, prevista apenas na primeira parte do artigo e que não se sustenta em interpretação sistemática. Nem é correto afirmar que se adota a corrente da personalidade jurídica condicional, pois os direitos patrimoniais, incluindo os direitos da personalidade, não dependem do nascimento com vida, e, antes, a ele visam (...).

Damásio E. de Jesus (2009, p. 13) adepto da teoria concepcionista, defende a idéia de que “o legislador protege a pessoa humana desde a sua formação. Assim, a tutela penal ocorre mesmo antes do nascimento, por intermédio da descrição legal do crime de aborto”. Justificando seu posicionamento, entende que não é relevante o estágio de desenvolvimento do feto para a prática do aborto, pois a proteção legal se dá desde a concepção até o do início do parto, embasado no fato de que a lei não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto (2009, p. 122).

No mesmo sentido entende E. Magalhães Noronha (2003, p. 55), segundo o qual, malgrado “sob ponto de vista médico, gravidez seja mais propriamente o período que decorre entre a terceira e a quinta fases, sob o aspecto jurídico ela vai desde a *fecundação* até o início do parto”.

Nesta toada, preleciona Cezar Roberto Bitencourt que a lei penal tutela a vida intrauterina desde a concepção até o parto. (2010, p. 160).

Portanto, o embrião humano a partir do instante da concepção, segundo a teoria concepcionista, pode ser considerado sujeito detentor de direitos, inclusive à vida.

3.2 Teoria Natalista

De acordo com a teoria natalista o nascituro é considerado mera expectativa de pessoa, e somente será considerado como tal após o nascimento com vida. Contudo, possui seus direitos são resguardados desde a concepção, uma vez que se trata de uma pessoa em potencial. Desta maneira leciona Pablo Stolze Gagliano (2004, p. 91 e 92):

Ora, adotada a *teoria natalista*, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, é razoável o entendimento no sentido de que, não sendo pessoa, o nascituro possui mera *expectativa de direito*.

Deste modo, percebe-se que a questão não é pacífica na doutrina.

O nascituro, segundo os natalistas, não possui vida autônoma e possui dependência materna para se desenvolver.

Digno de nota a lição do ilustre Roberto de Ruggiero (1934, p. 341-342) *apud* Sérgio Abdalla Semião (2000, p. 42):

Antes do nascimento o produto do corpo humano não é ainda pessoa, mas uma parte das vísceras maternas'. No entanto, com esperança que nasça, o direito tem-no em consideração, dando-lhe uma proteção particular, reservando-lhe os seus direitos e fazendo retroagir a sua existência, se nascer ao momento da concepção. A equiparação do concebido ao nascido (*conceptus pro iam nato habetur*) é feita pelo direito só no seu interesse, pelo que não aproveita a terceiros e exerce-se por um lado, com o instituto do curador ao ventre, com o fim de vigiar os direitos que competirão ao nascituro.

Por fim, o fato é que nos termos desta teoria, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem proteção legal de todos os seus direitos desde a concepção, que são taxativamente elencados na lei, deste modo se justifica a existência o delito de aborto, que visa tutelar aquele que está por nascer.

3.3 Teoria Da Organização Do Sistema Nervoso Central

Os adeptos desta teoria consideram que somente a partir do 14º dia de gestação o produto da concepção pode ser considerado como pessoa, justificando que a partir deste momento se inicia, ainda que de maneira inicial, a organização do sistema nervoso central e o plano construtivo do embrião.

Neste sentido a lei de transplantes estabelece que a vida se extingue quando cessam as atividades cerebrais, deste modo a contrario *sensu* a vida inicia a partir do momento em que há o início de atividade cerebral.

Entretanto este critério é condenando por alguns, pois há divergências no tocante a certeza do momento em que é iniciado o desenvolvimento da atividade cerebral, deste modo, pode-se dizer que se trata de momento arbitrário adotado por alguns.

3.4 Teoria da configuração dos órgãos

Preconizam os defensores desta teoria que somente a partir do momento em que o feto contemple forma humana é que pode ser considerado como pessoa, isto é, a partir do momento em que seus órgãos se apresentam plenamente formados a vida é iniciada. Contudo este entendimento é falho, tendo em vista que mesmo o recém-nascido não possui total desenvolvimento de seus órgãos.

3.5 Teoria da viabilidade

Segundo a referida teoria, o ente concebido somente pode ser considerado sujeito se atingir amadurecimento a ponto de conseguir viver fora do útero. Este critério é dotado de tamanha imprecisão, uma vez que não é possível

antever como o feto irá se desenvolver fora do útero, além do que cada um possui características peculiares.

3.6 Teoria da nidação

A teoria da nidação é utilizada pela medicina, que é a implantação do embrião no útero, Maria de Fátima Freire de Sá (2002, p. 339) justifica sua adoção pelo fato de que “(...) o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero da mulher”. Neste sentido entende Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 63):

(...). Segundo a doutrina, a vida intra-uterina se inicia com a fecundação ou constituição do ovo, ou seja, a concepção. Já se tem apontado, porém, como início da gravidez a implantação do óvulo no útero materno (nidação). Considerando que é permitida no País a venda do DIU e de pílulas anticoncepcionais (...) forçoso é concluir-se que se deve aceitar a segunda posição, tendo em vista a lei penal. Caso contrário, dever-se-á incriminar como aborto o resultado da ação das pílulas e dos dispositivos intra uterinos que atuam após a fecundação.

Rogério Greco (2009, p. 240), adepto da teoria da nidação, diferencia o momento do início da vida do momento que a lei penal a protege, assim entende que:

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozóide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a *nidação*, no que diz respeito à *implantação do óvulo já fecundado no útero materno*, o que ocorre 14 dias após a fecundação.

Compartilha de mesmo entendimento Luiz Regis Prado (2011, p. 120), assevera, pois, que:

O termo inicial para a prática do delito em exame é, portanto, o começo da gravidez. Do ponto de vista biológico, o início da gravidez é marcado pela fecundação. Todavia, pelo prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a fixação no útero materno (nidação).

Conclui dizendo que:

(...) O aborto tem como limite mínimo necessário para sua existência a *nidação*, que ocorre cerca de quatorze dias após a concepção. O termo final é o início do parto (...).

Portanto, para os adeptos desta teoria a vida inicia desde a concepção, entretanto somente a partir da nidação recai sobre o feto a tutela penal, a doutrina se vale desta teoria para considerar o início da vida, tendo em vista determinados métodos contraceptivos, que atuam antes do momento da nidação, e são tolerados pelo ordenamento jurídico.

4 ABORTO

Para melhor compreensão do assunto, é de bom alvitre trazer à tona definições da palavra aborto apresentadas por estudiosos, na doutrina e pela medicina.

Segundo o mini Aurélio (2000, p. 05) abortar significa “eliminar prematuramente do útero o produto da concepção”.

Neste sentido, a doutrina pátria apresenta definições semelhantes, desta forma segundo José Henrique Pierangeli (2007, p. 62):

A palavra aborto procede do latim, *ab-ortus*, que significa privação do nascimento, nascimento antecipado, aquele que nasce antes do tempo, ou, num conceito melhor estruturado, aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É, portanto, a morte do *ovo* (fruto da concepção até três semanas de gestação), do *embrião* (de três semanas a três meses) ou do *feto* (após os três meses), com ou sem a sua expulsão. Esta classificação vem destacada nos compêndios de Medicina Legal, mas entre os juristas a palavra feto é usada indistintamente para todas as fases da gestação.

Adotando o conceito apresentado em Medicina Legal, o ilustre doutrinador Luiz Fabbrini Mirabete (2006, p. 62) conceitua aborto como:

(...) interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

Para Damásio E. de Jesus (2009, p. 119) “aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto”.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 160):

Aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina.

E. Magalhães Noronha (2003, p. 54) conceitua sucintamente aborto como “(...) interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo, embrião ou feto”.

Entre a obstetrícia e a lei penal, Hélio Gomes (2003, p. 410) apresenta a diferença da definição de aborto:

Os obstetras chamam de aborto ao produto eliminado pelo trabalho de abortamento. Para eles, há aborto quando a interrupção da gravidez se dá antes da viabilidade fetal, o que ocorre ao fim da 28ª semana. Perante a lei, aborto é a interrupção dolosa da gravidez, à qual se segue a morte do concepto, independentemente da duração da gestação. Enquanto a obstetrícia preocupa-se com a capacidade de sobrevivência do novo ser fora do útero, a legislação volta-se para a causa jurídica, não importando a época em que se realize a intervenção. (...).

Para a ciência médica aborto, segundo o Dicionário de Termos Técnicos de Saúde (s.d., p. 02) pode ser conceituado como:

Expulsão espontânea ou provocada do embrião ou feto de menos de 500g de peso ou até 20 semanas de idade gestacional, quando tem pouca ou nenhuma chance de sobrevivência fora do organismo materno. A expulsão do feto após essa idade gestacional é considerada internacionalmente como parto prematuro.

Alguns preferem utilizar a expressão abortamento ao invés de aborto, justificando que aquela é utilizada nos meios médicos, seria, portanto, dotada de maior precisão, desta maneira leciona Danda Prado (2007, p. 16):

Abortamento é o termo correto, empregado nos meios médicos. Aborto é uma corruptela da palavra, de uso corrente, e a definição obstétrica do abortamento é: a perda de uma gravidez antes que o embrião e o posterior feto (até a 8ª semana diz-se embrião, a partir da 9ª semana, feto) seja potencialmente capaz de vida independente da mãe. Esta, aliás, é a definição mais objetiva.

Entretanto a doutrina pátria entende que ambas as palavras podem ser utilizadas para se referir ao aborto. Desta maneira, ensina José Henrique Pierangeli (2007, p. 62) “podem-se usar indiferentemente as palavras *aborto* e *abortamento*; a primeira liga-se mais ao produto da concepção e a segunda ao ato de abortar”, compartilha de mesmo entendimento Luiz Fabbrini Mirabete (2006, p.62) trazendo a idéia de que “preferem alguns o termo *abortamento* para a designação do ato de abortar, uma vez que a palavra *aborto* se referia apenas ao produto da interrupção da gravidez”.

No mesmo sentido leciona Damásio E. de Jesus (2009, p. 119):

A palavra *abortamento* tem maior significado técnico que *aborto*. Aquela indica a conduta de abortar; esta, o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Entretanto, de observar que a expressão *aborto* é mais comum e foi empregada pelo CP nas indicações marginais das disposições incriminadoras.

O atual Código Penal considera crime a prática de aborto, quando realizado pela própria gestante ou por terceiros, com ou sem o consentimento daquela. Em determinadas situações, todavia, excepcionalmente, o ordenamento jurídico considera lícita a prática do aborto, se não houver outro meio de salvar a vida da gestante em virtude da caracterização do estado de necessidade, e, quando a gravidez resultar de estupro, chamado também de aborto sentimental.

5 INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO NOS CASOS DE ANENCEFALIA

5.1 Anencefalia

A ilustre doutrinadora Carolina Alves de Souza Lima demonstra em sua obra que a anencefalia consiste em uma das malformações do encéfalo, este segundo o Dicionário Aurélio *apud* Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 75) é “parte do sistema nervoso central, contida na cavidade do crânio, e que abrange o cérebro, o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquiano”.

Desta maneira, o feto anencéfalo não possui algumas das partes do sistema nervoso central, contudo, mantém o tronco encefálico, ou algum resquício, que permite manter algumas funções essenciais para que viva.

Luís Roberto Barroso (2009, p.21) entende que:

Fetos anencefálicos são aqueles que não possuem os hemisférios cerebrais, e conseqüentemente, sem nenhuma viabilidade de vida extra-uterina. Esse quadro é irreversível, sendo normalmente detectado nos três primeiros meses de gravidez.

O Dicionário de Termos Técnicos de Saúde (s.d., p. 02) ao tratar assunto remete para o termo acefalia que se trata de “anomalia congênita que consiste na ausência da cabeça”.

O ilustre mestre Luiz Regis Prado (2011, p. 132) citando Franco (s.d., p 107-108) em sua obra, define anencefalia da seguinte maneira:

(...) Quando o embrião ou o feto apresentam um processo patológico de caráter embriológico que se manifesta pela falta de estruturas cerebrais (hemisférios cerebrais e córtex), o que impede o desenvolvimento das funções superiores do sistema nervoso central.

Apesar de tudo a medicina entende que o feto anencéfalo trata-se de um ser humano com vida, não obstante, seja uma malformação mortal, a vida extra-uterina é na maioria das vezes, dotada de curto lapso temporal. (Carolina Alves de Souza Lima, 2010, p. 77).

5.2 Critério adotado para constatar a morte

A Lei nº 9434, de 04.02.1997, dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento médico. Segundo a referida lei os transplantes de órgãos somente poderão ser realizados após diagnóstico de morte encefálica, que é definida pela Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, o qual estabelece que a morte encefálica dá-se com a parada total e irreversível das funções encefálicas.

Desta forma, existem entendimentos de que o anencéfalo pode ser considerado um natimorto.

Neste passo, insta destacar o pensamento do insigne doutrinador Luiz Regis Prado (2011, p. 132):

Em situações como essa, o feto não pode ser considerado tecnicamente vivo, o que significa que não existe vida humana intrauterina a ser tutelada. (...) Em outros termos: é justamente a inexistência de vida o que permite fundamentar a falta de dolo ou culpa, bem como a conseqüente falta de um resultado típico.

No mesmo sentido leciona José Henrique Pierangeli (2007, p. 70):

(...) Normalmente, os juízes, diante de uma prova irrefutável de um feto com ausência de cérebro, tem autorizado o aborto, sob fundamento de ausência de culpabilidade (conduta da gestante não passível de censura). (...). Realmente, com a falta do cérebro, o feto não pode nascer com vida e, se isso vier a ocorrer, a vida será apenas efêmera, pelo que seria desumano obrigar uma mulher arrastar por nove meses uma gestação da qual não poderá resultar uma vida. A nosso ver, pelo menos num primeiro momento, parece-nos inexistir em tal situação um bem jurídico a proteger, o que torna a conduta atípica, máxime se pudermos considerar o Estado e a comunidade nacional como sujeitos passivos do crime, e não o feto (...).

Nesta esteira, para corroborar com este posicionamento o Conselho Federal de Medicina editou a resolução 1.752/04 que tem por natimorto cerebral o feto anencéfalo.

Entretanto existe posicionamento em sentido contrário, defendendo a idéia de que não se poderia ter como justificativa a inexistência de vida, segundo Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 88):

O argumento da inexistência de vida humana é, no nosso entendimento, equivocado, pois (...) o anencéfalo tem vida, segundo demonstram as ciências médicas. Ademais, a relevância da discussão quanto à permissão legal para interromper-se a gestação do anencéfalo só existe e faz-se essencial porque se trata de ser humano vivo. Caso ele fosse um ser morto, não caberia indagar se houve ou não crime de aborto e não haveria nenhuma questão ética a ser levantada. Segundo nossa legislação, nenhuma mulher é obrigada a permanecer com um conceito morto em seu ventre.

Assim, para a referida autora, conforme o entendimento predominante na medicina a vida se inicia com a concepção, portanto desde a fecundação há um ser humano, não se podendo cogitar em inexistência de vida humana. Ademais, a

anencefalia somente é perceptível por volta do 25º dia após a fecundação. (LIMA, 2010, p. 89).

Também apresenta críticas a resolução do Conselho Federal de Medicina, pois afronta os fundamentos da medicina com relação à idéia de vida humana, uma vez que a anencefalia é uma malformação fetal letal, entretanto, o anencéfalo possui vida, embora que breve, não pode ser comparado ao natimorto. (LIMA, 2010, p. 90).

Portanto, o fundamento de que inexistente vida não pode ser levado em consideração, uma vez que o anencéfalo possui vida, embora precária, além do que se alguém tentar causar sua morte, logo após o parto, estará caracterizado o delito de infanticídio ou de homicídio.

5.3 Conflito De Direitos Fundamentais

A doutora Carolina Alves de Souza Lima, partindo da premissa de que o nascituro é titular de direitos desde a concepção e que não se trata de um feto natimorto, apresenta a utilização da teoria da proporcionalidade para estruturar a aplicação de direitos fundamentais em colisão, quais sejam, o direito à vida do nascituro confrontado com os direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher.

Desta forma, embora a anencefalia se trate de uma situação irreversível, o feto é um ser humano, apesar de sua vida ser breve, quando a gestação é levada a termo e há o nascimento com vida ele será detentor de todos os direitos, como qualquer outro que nasça em perfeitas condições.

Todavia, da mesma maneira que o produto da concepção possui direitos, aquela que o abriga e dá condições para que se desenvolva, também é detentora de direitos assegurados pela Constituição Federal.

Neste sentido, a mulher possui o direito à saúde, que engloba a saúde física, psíquica e social, que podem se mostrar prejudicadas diante de uma gravidez em que o feto é anencéfalo.

A Lei Maior tutela o direito à liberdade, assim o homem é livre para fazer o que lhe seja conveniente, desde que não exceda os limites legais, desta

maneira no tocante a possibilidade de interromper a gestação caberia a gestante optar entre a retirada do feto ou a manutenção da gestação.

Assim leciona Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 124):

Diante da ampla proteção dada pela Constituição Federal ao direito à liberdade, a decisão de manter ou interromper a gestação, nos casos de anencefalia, deve ser resultado de processo de escolha livre e autônoma da mulher. O direito à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, no caso de gravidez de anencéfalo, deve ser baseado nas necessidades específicas e individuais de cada mulher e, desse modo, a decisão deve ser sempre da mulher, porquanto se trata de questão de foro íntimo.

Destarte, considerar o aborto uma atitude criminosa nestas situações, haveria desrespeito aos direitos fundamentais da gestante, pois não é lícito que o Estado instrumentalize a mulher.

5.4 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade

A doutrina consagra que o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade é um princípio de interpretação Constitucional.

Segundo Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 154):

Os princípios são normas que ordenam a realização de algo na sua melhor medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São comandos de otimização e podem ser cumpridos em diferentes escalas.

Continua asseverando que:

O imperativo da proporcionalidade não é um princípio, uma vez que não pode ser compreendido como comando de otimização, ou seja, como norma que pode ser cumprida em diferentes escalas. A proporcionalidade consubstancia uma forma de interpretar o ordenamento jurídico nas situações de conflito de direitos fundamentais". (LIMA, 2010, p.154)

Neste ponto, é digno de nota trazer a lição de Pedro Lenza (2009, p. 97) *apud* Karl Larenz (1989, p. 585-586):

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na *concessão* de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a posituação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Nesta esteira entende Leonardo de Araújo Ferraz (2009, p. 127):

(...). O princípio da proporcionalidade é, na verdade, um instrumento, um critério – portanto sem ‘conteúdo’ material – ou, melhor, um *método objetivo* de interpretação, uma receita de bolo pronta, que se destina a solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade, portanto, é utilizado quando há conflito de direitos fundamentais, nesta situação estão em conflito o direito a vida e os direitos a saúde e a liberdade de autonomia reprodutiva da mulher. Para aplicar o referido princípio é necessário se valer de três elementos ou subprincípios, quais sejam o da necessidade, adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

Num primeiro momento deve-se verificar o preenchimento do subprincípio da necessidade, segundo Pedro Lenza (2009, p. 97) a “adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa.”

Na situação em tela para preservar o direito à saúde e a liberdade de escolha da mulher a única medida restritiva seria o aborto, assim entende Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 157): “(...) O único meio idôneo, para atingir o fim visado, é a realização do aborto. Por isso, ele é também necessário, porque a medida restritiva – o aborto – é indispensável para preservar os direitos da mulher”.

Num segundo momento tem-se o princípio da adequação, que como leciona Pedro Lenza (2009, p. 97) “quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido”.

Desta maneira defende Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 156) que:

(...) há um único meio idôneo – aborto – para poder-se atingir o fim visado: preservar a saúde e a liberdade de autonomia reprodutiva da mulher. Ou se permite o aborto nos casos de anencefalia, com a restrição do direito à vida intra-uterina do anencéfalo, ou não há como preservar os direitos à saúde e

à liberdade de escolha da mulher, quando ela opta pela interrupção da gravidez.

É necessário o preenchimento do último elemento, qual seja, proporcionalidade em sentido estrito, que conforme Pedro Lenza (2009, p. 97):

Em sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.

Desta forma, os direitos a saúde e a liberdade de autonomia reprodutiva da mulher prevalecem frente ao direito à vida intra-uterina, uma vez que se procura preservar os direitos da mulher. Assim, Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 160) apresenta a idéia de que:

Segundo o princípio da proporcionalidade, a restrição ao direito à vida intra-uterina do anencéfalo somente encontra-se em consonância com a Constituição de 1988 quando se legitima a restrição em decorrência da relevância da preservação dos direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher. O grau de afetação do direito à vida intra-uterina do anencéfalo é total, uma vez que se legitima o aborto. No entanto, para legitimar-se o aborto, é preciso demonstrar a importância da realização dos direitos da mulher. Por isso o intérprete avalia se a finalidade perseguida – preservação dos referidos direitos da mulher – legitima o aborto do anencéfalo.

Outrossim, assevera a referida autora (LIMA, 2010, p. 162):

(...) Ao Estado cabe exclusivamente garantir que a mulher faça livremente sua escolha, em qualquer forma de interferência, coação ou violência contra ela. Caso contrário, os prejuízos que o Estado pode causar à mulher são manifestos, porquanto a criminalização do aborto nos casos de anencefalia ofende os direitos à saúde e a liberdade de autonomia da mulher (...).

Por derradeiro, considerar um delito a interrupção da gestação nos casos de anencefalia, caracteriza ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que o feto anencéfalo não possui condição alguma de vida e não seria razoável que a mulher suportasse tamanho sofrimento. Desta forma valendo-se do referido princípio surge à regra de que a mulher tem o direito constitucional de realizar aborto nos casos de comprovação de anencefalia.

5.5 Interrupção da Gestação de Feto Anencéfalo como Exercício Regular de um Direito

A possibilidade de realizar aborto nas situa es em que o feto   anencéfalo, se consentida pela mãe, pode ser considerada uma hipótese de exercício regular de direito.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 186), com rela a o ao exercício regular de direito:

Não há também crime quando ocorre o fato no “exercício regular de direito” (art.23, inc. III, segunda parte). Qualquer pessoa pode exercitar um direito subjetivo ou faculdade previsto na lei (penal ou extrapenal).   disposi a o constitucional que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art.5 , inciso II, da CF), excluindo-se a antijuridicidade nas hipóteses em que o sujeito está autorizado a esse comportamento.

Desta maneira para Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 166):

(...) com a aplica a o do princípio da proporcionalidade, conclui-se pela prevalência dos direitos da mulher,   porque a realiza a o do aborto nos casos comprovados de anencefalia – e desde que haja consentimento da mulher – configura conduta lícita perante o ordenamento jurídico brasileiro. Por ser conduta lícita, a mulher encontra-se diante de uma realidade que configura exercício regular de um direito, acobertado pela exclusão da ilicitude.

Destarte, a prática do aborto nestas situa es   amparada pela Carta Magna, em decorrência da aplica a o do princípio da proporcionalidade, que conforme já analisado, permite que os direitos da mãe prevaleam frente ao do feto, desta maneira a interrup a o da gesta a o pode ser considerada uma conduta lícita.

6 CONCLUSÃO

A todo ser humano   garantido o direito a vida, assim estatui a Carta Magna, de modo que ninguém pode ser privado arbitrariamente do direito de viver,

nem mesmo aquele que está por nascer, logo, deve ser levado em conta que a toda mulher é garantido o direito à saúde e a liberdade de autonomia reprodutiva, uma vez que ambos, o feto e a gestante, possuem direitos constitucionalmente assegurados.

Embora existam diversas teorias, a respeito do momento em que se inicia a vida, a que mais se amolda a realidade é a teoria concepcionista, isto é, a partir da fecundação há vida. Denota-se, por conseguinte, que o feto anencéfalo trata-se de pessoa humana, detentora de direitos como qualquer outro.

Neste sentido, quando o feto for portador de anencefalia, que se trata de uma malformação letal, incompatível com a vida, se a gestante optar pela interrupção da gestação, diante da lacuna existente na lei penal, e por se constatar a existência de direitos fundamentais em colisão, há que se invocar a aplicação do princípio da proporcionalidade para verificar qual dos dois direitos deve prevalecer no caso em concreto.

Como outrora analisado, quando o feto possuir tal malformação deve prevalecer os direitos à saúde e a liberdade de autonomia reprodutiva da mãe, uma vez que sob a ótica do princípio da proporcionalidade se não for realizado o aborto, quem sofrerá maiores transtornos e efeitos negativos será a gestante, portanto nesta situação haverá verdadeiro exercício regular de um direito, porquanto se os direitos da mãe prevalecem frente ao do feto, não há que se falar em conduta ilícita, mas sim uma atitude amparada pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARROSO, Luís Roberto; MARTINS, Ives Gandra da Silva; GOMES, Luiz Flávio; MELARÉ, Márcia Regina Machado; HASSELMANN, Gustavo; AIDAR, Carlos Miguel Castex; PETERNELLI NETO, Robertho Setastião; OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. **Anencefalia nos tribunais**. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 10ª E.d. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4ª E.d. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à Crítica: Princípio da Proporcionalidade. Uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI**. 4ª E.d. revista e ampliada Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Palplona. **Novo curso de Direito Civil, parte geral**. 5ª E.d, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 33ª E.d. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, V. II. 6ª E.d. revista, ampliada e atualizada. Niterói: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, V II. 29ª E.d. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13ª E.d. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. 1ª E.d. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (organizador); CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coordenadora). **Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Editora Manole, 2008.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito Penal**, V II. 24ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, V. II. 33ª E.d. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal Brasileiro**, V II. 2ª Ed. revista e atualizada São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Danda. **O que é aborto**. 2ª Ed. revisada e atualizada. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, V. II. 9ª E.d. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: Aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2ª Ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA, Daniel Rubio de; PATO, Thaís Rodrigues; LOGULLO, Patrícia revisores. **Dicionário termos técnicos de saúde**. 1ª E.d. Editora Conexão (s.d.).