

**Aborto de anencéfalos: considerações gerais e disposições jurídicas antes e após decisão do STF**

Matheus Silveira Santos Nascimento

**RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo analisar os aspectos gerais e jurídicos envolvidos no aborto de fetos anencéfalos, bem como as contradições, a legislação e a jurisprudência hodierna sobre o tema. Na realização deste estudo, utiliza-se uma metodologia de trabalho fundamentada em pesquisa bibliográfica e documental dos temas, juntamente com a análise de textos legais e da jurisprudência contemporânea: normas jurídicas, artigos jurídicos, leis e análise dos respectivos votos dos ministros. De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o aborto é considerado crime contra a vida, ocorrendo ou não a expulsão do feto. Visão diversa há de se ter no tocante aos fetos anencéfalos pela impossibilidade que apresentam de vida extrauterina, já que a anencefalia é uma anomalia irreversível e fatal, sendo válida, inclusive, a utilização da expressão “antecipação terapêutica do parto” ao invés de crime, pois não há vida nem atual, nem em potencial a ser protegida na gestação em questão. Cria-se o impasse entre o bem jurídico tutelado (a vida em formação) versus o princípio da dignidade da pessoa humana (a gestante) julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2012, com enfoque na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. De forma sucinta, são apresentadas as conclusivas desse julgamento e a decisão final proferida pela Suprema Corte que assegurou à mulher o seu direito à autonomia, à dignidade e à liberdade de decidir por interromper ou levar a termo a gestação de um anencéfalo.

**PALAVRAS-CHAVE: ABORTO. ANENCEFALIA. FETO ANENCÉFALO. CÓDIGO PENAL. DIGNIDADE HUMANA. BEM JURÍDICO. ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO.**

## **INTRODUÇÃO**

O aborto é definido como a interrupção da gestação com a morte do produto da concepção, havendo ou não a expulsão do mesmo do organismo materno. De forma geral, é considerado crime, ou seja, uma conduta tipificada nos artigos 124 a 127 da Lei 2848/1940, existindo, porém, exceções dentro da mesma lei, presentes em seu artigo 128, ocorridas quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez for resultado de estupro (incisos I e II, respectivamente).

No que se refere especificamente à anencefalia, o tema merece enfoque especial por abranger diversas vertentes de pensamento, sejam elas científicas, filosóficas ou jurídicas. Tantas foram as polêmicas, os debates, os alvarás permissivos ou denegatórios para a realização da antecipação terapêutica do parto de anencéfalos que se fez necessária a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao posicionamento final sobre o assunto, através do julgamento da ADPF nº 54.

O judiciário não deve ser estático e nem ignorar os avanços no campo da ciência e da medicina. Tem por missão tutelar a vida, seja ela intra ou extrauterina, sem perder de vista, porém, a dignidade da pessoa humana, um grande foco do Direito, bem como o princípio da autonomia, da liberdade e da saúde.

Frente a essa realidade, surge o seguinte questionamento: como a interrupção da gravidez em casos de anencefalia foi abordada pelos tribunais brasileiros ao longo do tempo, até a decisão final, proferida em 2012, pelo Supremo Tribunal Federal?

Nesse sentido, o objetivo geral deste artigo é analisar os aspectos gerais e jurídicos envolvidos no aborto de fetos anencéfalos, bem como as contradições, a legislação e a jurisprudência hodierna sobre o tema.

A metodologia do trabalho está fundamentada em pesquisa bibliográfica e documental do tema, juntamente com a análise de textos legais e da jurisprudência contemporânea: normas jurídicas, artigos jurídicos, leis e análise dos respectivos votos dos ministros.

Este artigo está dividido em três itens. O primeiro item apresenta o conceito e a classificação do aborto na visão médica e no jurídico legal e conceitua a anencefalia, demonstrando as consequências da anomalia para o feto e para o organismo materno.

No segundo item, foi realizada uma breve revisão histórica do aborto ao longo do tempo, dentro das diversas civilizações até nossos dias, além de rever a legislação brasileira sobre o tema com enfoque no bem jurídico protegido. Finalmente, o terceiro item trata do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, realizada pelo STF, finalizando a discussão quanto à antecipação terapêutica do parto de anencéfalos.

## **1 ABORTO E ANENCEFALIA: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO**

### **1.1 O aborto no conceito médico e no jurídico penal**

A palavra aborto vem do latim *ab*, significando privação, e *ortus*, nascimento, sendo, pois, o seu significado etimológico privação do nascimento. Na definição médica, abortar é o mesmo que interromper a gestação de um ser antes da sua viabilidade, ou seja, anterior à 28ª semana, “quando o feto começa a se tornar capaz de vida independente do útero materno” (SANTOS; MEDEIROS, 2014).

De acordo com Mirabete & Fabrini (2019), dependendo da fase de sua ocorrência, teremos o aborto ovular, o aborto embrionário ou o fetal e pode ser classificado como espontâneo ou natural e provocado, sendo que o aborto espontâneo deve ser entendido como a morte ou expulsão do feto ocorrida por causas naturais, independente da vontade da mulher, o que, conseqüentemente, impossibilita a continuidade da gestação. Já na ocorrência de morte intencional do feto, temos o aborto provocado, cuja prática é voluntária e merece a análise penal, ao contrário do aborto espontâneo, que por não haver manifestação da vontade da mulher ou de terceiros, não é de interesse do Direito.

Diante disso, Diniz & Almeida (2020) classificam os abortos provocados, merecedores de análise penal posterior, como terapêutico, eugênico, seletivo e voluntário, a saber:

I) Interrupção terapêutica da gestação (ITG): a interrupção ocorre com a finalidade de salvar a vida da gestante.

II) Interrupção eugênica da gestação (IEG): interrupção da gestação em nome de valores racistas, étnicos, sexistas, sem aprovação da gestante.

III) Interrupção seletiva da gestação (ISG): ocorre devido a presença de anomalias fetais que tornarão o feto portador de deficiências ou sem viabilidade para a vida fora do útero materno.

IV) Interrupção voluntária da gestação (IVG): nesse caso, a gestante ou o casal decidem voluntariamente interromper a gestação em nome de sua autonomia reprodutiva, seja ela fruto de um estupro ou de uma relação consensual.

Dentro da interrupção seletiva da gestação, há que se considerar a distinção entre os casos em que o feto seja portador de deficiência, daqueles em que ele apresenta anomalias incompatíveis com a vida extrauterina, como é o caso dos fetos anencefálicos. Existem deficiências que provocam limitações na vida do indivíduo, mas não inviabilizam sua existência extra útero, porém, a questão a ser considerada é com relação às patologias como a anencefalia, em que o feto não terá condições de sobrevivência após o nascimento (SANTOS; MEDEIROS, 2014).

Segundo Lapenda (2011) “a legislação penal pátria tipifica o aborto como crime contra a vida, tratando do tema nos artigos 124 a 128 do Código Penal (CP)”. Lourenção & Viana (2016) afirmam que o Direito deve reconhecer e proteger a vida do indivíduo a partir da sua concepção até o momento do nascimento e a partir do instante em que ocorre a fixação do embrião ao útero materno, iniciando o desenvolvimento embrionário, qualquer interrupção do processo pode ser caracterizada como aborto

Como já foi dito anteriormente, o aborto espontâneo não interessa ao Direito penal, por ser consequência de causas naturais, sem interferência de conduta humana dolosa. O mesmo pode-se dizer do aborto acidental, também livre de qualquer vontade. Ao Direito Penal interessa o aborto provocado, conduta que interrompe o processo gestacional voluntariamente, suprimindo a vida do feto (MIRABETE; FABRINI, 2019).

Assim, de acordo com Lourenção & Viana (2016) “a lei não faz distinção de qual fase se encontra o feto, uma vez que qualquer momento estará cometido a prática delitiva ora estudada”, diferente da concepção do aborto na literatura médica. Ainda de acordo com os mesmos autores, não é necessário que ocorra a expulsão do conceito do ventre materno, ele poderá ser reabsorvido naturalmente.

Prado, 2000 (*apud* LAPENDA , 2011) entende que o Código Penal brasileiro em seus artigos 124 a 126, ao proteger a vida do ser humano dentro do útero materno para que ele se desenvolva e nasça, estará cuidando para que ele chegue e ocupe seu lugar fora do útero materno como indivíduo e cidadão. Assim sendo, estende-se o conceito de crime de aborto como interrupção da gestação do embrião ou feto, subtraindo-lhe a vida intrauterina e, conseqüentemente, a vida extrauterina.

## **1.2 O aborto anencefálico**

Anencefalia é palavra de origem grega, onde *an* significa sem e *enkephalos* significa encéfalo (PEIXOTO, 2010). Bohrer (2012) define a anencefalia como o

resultado de um defeito do tubo neural, que não se fecha totalmente e, nesse caso, o feto não apresenta os hemisférios cerebrais direito e esquerdo e o córtex, mantendo-se presente apenas o resíduo do tronco encefálico. Trata-se de uma malformação congênita ocorrida por volta do vigésimo quarto dia após a concepção, decorrente de fatores genéticos e ambientais.

Segundo Freitas (2005) o tubo neural é a estrutura que dará origem ao cérebro e à medula espinhal. Quando seu fechamento inadequado ocorre na parte inferior do mesmo, o resultado é a espinha bífida ou meningocele, podendo acarretar paralisia de membros inferiores, incontinência urinária e intestinal, dentre outros problemas. Quando não se fecha adequadamente na parte superior, ocorre a anencefalia.

A anencefalia não pode ser considerada uma simples malformação; ela é uma anomalia irreversível que inviabiliza, em 100% dos casos, a vida extrauterina do indivíduo, sendo que pode ocorrer a morte fetal ainda dentro do organismo materno (SANTOS; MEDEIROS, 2014).

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2005, (*apud* SANTOS; MEDEIROS, 2014) assim se pronunciou diante do quadro:

[...] o diagnóstico de anencefalia fetal pré-anuncia uma situação de impossibilidade de vida prolongada após o nascimento. A ciência não oferece recursos para a correção desta anomalia, até mesmo para o prolongamento da vida de um anencéfalo (...). **Em termos científicos, não existe qualquer perspectiva de vida do anencéfalo** (grifado).

Conforme Santos & Medeiros (2014) no portador de anencefalia inexistem “todas as funções superiores do sistema nervoso central: consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade, emotividade”. Parafraseando Busato (2005) o que restam são as funções inferiores controladas pelo tronco encefálico como a respiração e o batimento cardíaco, condenando esse ser a uma vida vegetativa, sem perspectiva de desenvolvimento normal e de vida extrauterina.



A anencefalia pode ser detectada através de exames como a ultrassonografia, a ressonância magnética e a ecografia, com margem de erro praticamente nula, a partir do 3º mês de gestação, já que tais exames visualizam a caixa craniana do feto, possibilitando o diagnóstico preciso da anomalia, mas não estabelece qualquer tipo de cura ou prognóstico de sobrevivência. Além disso, a permanência de um feto anencefálico no útero materno pode acarretar danos à saúde da mulher, risco à sua vida, devido a possibilidade da ocorrência de toxemia gravídica (SANTOS; MEDEIROS, 2014).

A interrupção da gestação de fetos anencefálicos não se enquadra rigorosamente na classificação de aborto seletivo, embora esses termos sejam, por vezes, utilizados no mesmo sentido. Há que se destacar importante diferenciação entre o aborto de um feto portador de malformação ou anomalia comprometedor da higidez física e mental, porém, com real possibilidade de sobrevivência após o nascimento, da interrupção da gestação de um ser cuja vida extrauterina seria inviável por motivos óbvios (SANTOS; MEDEIROS, 2014).

Sabendo-se que na anencefalia o indivíduo sobrevive, quanto muito, poucas horas, isso quando chega com vida ao momento do nascimento, como se “exigir da gestante que prossiga carregando a morte, já que a vida é impossível, comprovado cientificamente que se o feto não morrer no ventre ao longo dos 9 meses, inexoravelmente, desaparecerá no momento de nascer” (TJRS, 2005, p.8) *apud* Lapenda, 2011.

É, no mínimo, uma crueldade imaginar uma gestação onde se espera não o momento do colo, da amamentação, da troca de fraldas e de olhares e, sim, um contato mínimo com um ser que virá e partirá em tão pouco tempo, os preparativos serão na verdade como os que são feitos para um funeral. Tal quadro gera implicações psicológicas graves na gestante e em toda a família (SANTOS; MEDEIROS, 2014).

Segundo Pinotti (2004) não se pode desconsiderar que a saúde física da gestante sofre alguns danos, como, por exemplo, hidrânio (excesso de líquido

amniótico), hipertensão, levando a uma gravidez de risco. Diz Lapenda (2011) que o feto padece de seguidas convulsões, que podem ser dolorosamente percebidas pela mãe, e seu tecido nervoso exposto libera enzimas tóxicas, comprometendo suas próprias funções vitais, bem como as do organismo materno.

Ritt (2011) considera ser um desrespeito ao princípio da dignidade humana da gestante impor-lhe que leve a termo uma gestação num momento em que lhe faltam as forças físicas e psicológicas diante do diagnóstico de uma anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina. Por outro lado, a autonomia da mulher deve ser preservada, dando-lhe o direito de decidir se deseja ou não levar a gravidez a termo, visto que o sofrimento e a dor não são sentidos da mesma forma por todas as gestantes.

## **2. DISPOSIÇÕES LEGAIS E O BEM JURÍDICO TUTELADO**

### **2.1 O aborto ao longo da história**

Sabe-se que o ato de abortar é uma prática milenar, comum entre os povos antigos, porém, os primeiros registros de tal prática foram feitos pelos chineses, durante o século XXVIII a.C. Os povos primitivos o praticavam por todas as partes do mundo e, no decorrer da história, povos como os israelitas, os mesopotâmicos, os gregos e os romanos discutiram o tema não como ato criminoso, mas tecendo considerações de cunho estritamente religioso e moral (PACHECO, 2008).

No dizer de Busato (2005) os hebreus, antes da lei mosaica, apenas puniam o aborto praticado através de atos violentos. Os gregos também não puniam a interrupção da gravidez, tendo em Aristóteles o defensor do aborto como forma de manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência, e em Platão, o defensor do aborto para mulheres com mais de 40 anos. Hipócrates estudou detalhadamente o aborto e os métodos para induzi-lo, contradizendo o que



apregou no juramento ainda hoje citado pelos formandos das faculdades de medicina.

Conforme Sá (2016) entre os romanos a situação não era diferente e o aborto só veio a ser considerado um crime após o advento do cristianismo, punindo-o por força da influência religiosa. Antes disso, no período da República Romana, a prática abortiva foi largamente utilizada entre as mulheres preocupadas com a aparência de seus corpos, a ponto dos legisladores passarem a considerá-la como manobra criminosa e imoral e a punir com pena de morte a mulher que consentisse na sua prática e a quem praticasse o ato.

O Cristianismo, devido à crença na existência da alma imortal, criada à imagem e semelhança de Deus, surge, então, como o grande modificador da visão existente a respeito do aborto até esta época. O poder de gerar a vida e de retirá-la seria atributo único de um Deus, criador de todas as coisas e de todos os seres (PACHECO, 2008).

E assim, o aborto foi utilizado, até mesmo, como método de controle do crescimento populacional, ao mesmo tempo em que, por outro lado, surgiam fortes defensores do ser em formação, da mulher, da sociedade em virtude do direito que os povos deveriam ter de se formarem por meio de novos cidadãos. “A questão da vida intrauterina como valor social perde-se na penumbra das eras” (Sá, 2016).

Nas sociedades modernas, o tema “aborto” continua polêmico, complicado, apresentando configurações diferentes nos mais diversos países, sendo adequado ao modo de vida de cada povo, porém, todas as leis a respeito do assunto se encontram embasadas na filosofia, moral, religião, cultura e história de cada nação. Poucos países proíbem radicalmente o aborto e suas legislações vão se tornando mais brandas, permitindo-o, pelo menos, em situações excepcionais, minimizando, assim, algumas consequências drásticas, como, por exemplo, as que os abortos clandestinos provocam na saúde e na sobrevivência das mulheres (PACHECO, 2008).

No caso específico da anencefalia, a interrupção da gestação de fetos anencéfalos é autorizada e praticada em quase metade dos países membros da ONU. Segundo levantamento feito por Diniz (BRASIL, 2012), das 192 nações, 94 permitem o aborto de fetos com ausência parcial ou total do cérebro, o que indica uma tendência global para que esse tipo de procedimento seja permitido.

É o que ocorre nos Estados Unidos, Canadá, França, Alemanha, África do Sul, Bélgica, Austrália e mais 87 países, inclusive, México, Portugal e Itália, que são majoritariamente católicos. Na América Latina, antes da decisão de nossos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), em 2012, somente a Guiana e a Colômbia reconheciam o direito a esse tipo de procedimento. Ainda em 2012, a legislação uruguaia autoriza o aborto de anencéfalos em qualquer momento da gravidez (BRASIL, 2012).

No Brasil, conforme Diniz (BRASIL, 2012), o retardo na autorização do aborto de anencéfalos encontra-se atrelada à influência da Igreja Católica na estrutura legal do país. Outro motivo, seria a demora no surgimento de movimentos impulsionados pela sociedade, defensores da causa, ocorridos, aqui no Brasil, somente a partir da década de 70, enquanto que em países da Europa e nos Estados Unidos isso já vem acontecendo há várias décadas.

## **2.2 A legislação brasileira e o bem jurídico protegido**

O Direito Penal brasileiro, desde há muito, normatizou as questões referentes ao aborto. O tema “apareceu, pela primeira vez, na legislação brasileira no Código Criminal do Império, em 1830, no capítulo dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida, na seção de infanticídio, nos artigos 199 e 200”. Nesse código criminal, o autoaborto era lícito: à gestante caberia a opção. ou não, de levar a termo a gravidez. Punia-se, sim, aquele que praticasse o aborto, com ou sem o consentimento da mulher, sendo que, ao profissional da saúde que o realizasse, as penas seriam dobradas (PAULA, 2017).

Ainda de acordo com Paula (2017), já em 1890, o Código Penal Republicano inclui o autoaborto como crime, porém, com pena atenuada caso a finalidade do aborto fosse a de ocultar desonra da mulher. Nesse mesmo código, além da vida do feto e da segurança da pessoa, também era tido como bem tutelado a honra da mulher.

O crime de aborto no Brasil encontra-se tipificado no Código Penal de 1940, no Capítulo I – Crimes contra a vida, nos artigos 124 a 128, onde o bem jurídico tutelado é a vida intrauterina e o direito ao nascimento com vida. Distingue-se o seguinte no Capítulo sobre o aborto: autoaborto ou o consentimento da gestante para que nela realizem o aborto (art.124); aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125); aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (art. 126); forma qualificada do aborto (art. 127) e o aborto necessário (art. 128) (SANTOS; MEDEIROS, 2014).

Segundo Santos & Medeiros (2014) “o tipo penal aborto foi criado para proteger a potencialidade que possui o nascituro de ser uma pessoa”. Ainda de acordo com os mesmos autores, seria válida a adoção do conceito de “antecipação terapêutica do parto” quando se faz referência à interrupção da gestação de fetos anencefálicos, pois o aborto inviabiliza a vida extrauterina; a antecipação pressupõe ausência de vida, inclusive vida em potencial.

Na área médica, a humanidade alcançou importantes avanços científicos e tecnológicos. Hoje, como já foi dito anteriormente, a partir do 3º mês de gestação é possível detectar a anencefalia e outras anomalias fetais através de exames de imagem, com 100% de precisão diagnóstica. Esta mesma medicina avançada concluiu não ser aconselhável a gestação de um feto anencefálico, pois este, certamente, perecerá fora do organismo materno, além de provocar danos à saúde física e psicológica da gestante (BUSATO, 2005).

Assim sendo, se o Direito Penal se ocupa do bem jurídico vida, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto, devendo, este, ser tutelado pelo Estado, através do Direito Penal. Daí tornar-se

necessária a análise específica dos casos de fetos anencefálicos, já que nestes falta a atividade cerebral caracterizando o conceito legal de morte. A vida do feto anencefálico é impossível fora do útero materno e, por isso, a interrupção da gestação não atinge o bem jurídico não havendo tipicidade penal (FLORIANO & COPATTI, 2008).

Do ponto de vista médico, a vida extrauterina é inviável; do ponto de vista penal, não há bem jurídico a ser tutelado; do ponto de vista social, várias são as reflexões a respeito dos danos físicos e psicológicos provocados por uma gravidez de feto anencefálico, tornando a interrupção da gravidez menos traumática e inaceitável pela sociedade. “Por lamentável que seja não há o que preservar” (BUSATO, 2005).

O Código Penal de 1940 entendia a relevância da vida materna; as normas penais dos art. 124 a 128 do CP tutelam o bem jurídico vida materna e vida intrauterina até que o feto alcance a viabilidade, porém, não poderiam prever os avanços científicos e tecnológicos capazes de detectar anomalias fetais graves, como a anencefalia. Nos casos de anencefalia, o bem jurídico a ser protegido é a saúde da gestante que se torna vulnerável em tal situação (FLORIANO & COPATTI, 2008).

Conclui Floriano e Copatti (2008) da necessidade de total respeito a autonomia da gestante que traz dentro de si um ser cuja vida extrauterina é totalmente inviável, no sentido de permitir a ela que decida sobre querer ou não levar a termo essa gestação, de acordo com suas crenças e convicções.

### **3. STF: A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54**

#### **3.1 Algumas considerações a respeito do julgamento da ADPF nº 54**

Após diversas polêmicas e mediante expedição de alvarás ora permissivos ora denegatórios referentes à interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, a discussão chega ao Supremo Tribunal Federal, a mais alta corte do país, em 2004, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), por meio do atual Ministro do STF Luís Roberto Barroso, na época advogado e professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (SANTOS; MEDEIROS, 2014).

Conforme Santos & Medeiros (2014) os profissionais da área da saúde, mediante a suposta ameaça de serem responsabilizados por crime de aborto quando realizavam o procedimento de interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, decidiram, então, recorrer ao STF, a fim de resguardar sua segurança jurídica em tais ações.

A legislação penal, até 2012, vedava tal conduta, “quando o STF demonstrou ser inconstitucional a interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefálico ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal” (SANTOS; MEDEIROS, 2014).

Segundo Sbeghen (2016) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental “é um instrumento previsto pela Constituição Federal de 1988, porém, somente regulamentado por lei complementar em 1999 (lei 9.882), que prevê a possibilidade de apresentação de demandas diretamente da sociedade para o STF”. A ADPF é apresentada quando da existência de situações que deverão ser resolvidas através de medidas urgentes e onde são detectados descumprimentos de princípios fundamentais.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 teve como relator o Ministro Marco Aurélio Mello que, em 1º de julho de 2004, concedeu liminar favorável à proposta feita pela CNTS, autorizando a antecipação do parto a todas as gestantes, desde que diagnosticada a anencefalia, sob a ótica de que nos casos de fetos anencefálicos revela-se conduta atípica, não podendo ser considerado um aborto e, sim, interrupção da gravidez. Porém, no mês de outubro ainda de 2004, a permissão concedida pelo Ministro Marco Aurélio foi cancelada pelo STF (CASTRO; MOREIRA; CASTRO, 2016).

Em 2008, novas audiências públicas foram realizadas pelos ministros do STF, quando foi colocado em pauta, novamente, o tema da interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Apresentaram-se profissionais das mais diversas áreas, como cientistas, médicos, religiosos e entidades da sociedade civil para discutir o tema controverso e, mais uma vez, o Ministro Marco Aurélio reafirmou sua posição, destacando a precisão da medicina atual no diagnóstico da anencefalia e a certeza médica da inviabilidade de sobrevivência dos fetos anencéfalos após o final da gestação (CASTRO; MOREIRA; CASTRO, 2016).

Ainda segundo Castro *et al* (2016), finalmente, nos dias 11 e 12 de abril de 2012, ocorreu o julgamento, havendo a participação de 10 dos ministros do STF, quando, por oito votos a dois, ficou decidido que cabe às gestantes optarem se desejam levar a termo a gestação dos anencefálicos ou se desejam interrompê-la, sem que essa seja considerada uma conduta criminosa. O Ministro Dias Tófoli se declarou impedido de participar da votação, pois, anteriormente, quando ocupava o cargo de advogado geral da união, já havia se manifestado publicamente favorável ao tema.

Também ficou decidido pelos ministros que as gestantes e os médicos que realizam o procedimento não cometem qualquer espécie de crime. Para interromper a gravidez de feto anencefálico, basta que haja o diagnóstico médico da anomalia, não precisando mais de decisão judicial que a autorize (CASTRO; MOREIRA; CASTRO, 2016).



### 3.2 Como votaram os ministros

O Ministro Marco Aurélio foi o relator da ação, votando favoravelmente a favor do aborto do feto anencéfalo. “A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher” (BRASIL, STF, 2012, on-line).

Para o ministro, a dignidade da pessoa humana, no caso em questão, o direito à saúde física e psicológica, a liberdade e a autonomia da mãe devem prevalecer sobre o direito à vida de um ser que não apresenta vida em potencial. Ele deixa claro “que na ADPF 54 não se discute a descriminalização do aborto”, pois “aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível”. (BRASIL, STF, 2012, on-line).

Frisou que o Estado brasileiro apresenta caráter laico e que, portanto, o tema não pode ser analisado sob as orientações morais religiosas. Outro ponto importante destacado pelo Ministro em seu voto, foi em relação ao Código Penal, já que na época da edição do mesmo, “a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente esse tipo de anomalia fetal” (BRASIL, STF, 2012, on-line).

A Ministra Rosa Weber acompanhou o voto do Ministro relator Marco Aurélio, defendendo que a antecipação do parto de feto anencéfalo não deveria ser incluído no rol dos crimes contra a vida. Ela sustenta que o que se encontra em jogo é o direito da mulher de escolher se deseja ou não levar adiante uma gravidez cujo feto poderá nascer morto ou morrerá poucas horas após o nascimento. A ministra recorreu à Resolução nº 1480/97 do Conselho Federal de Medicina que estabelece protocolos para diagnosticar a morte de uma pessoa e que, segundo a qual, a ausência de atividade motora de uma pessoa se daria em virtude da morte cerebral. Este é, segundo a ministra, “um critério claro, seguro e garantido” que pode ser aplicado ao feto anencéfalo (BRASIL, STF, 2012, on-line).

O Ministro Joaquim Barbosa não apresentou seu voto no julgamento porque precisou deixar a sessão e, por isso, solicitou a juntada de seu voto aos autos, onde reconheceu que o feto anencéfalo apresenta impossibilidade de vida extrauterina e que, por isso, a antecipação do parto, nesses casos, se daria em nome da saúde física e psicológica da mulher e que julga ser fundamental que sua dignidade prevaleça e, também, sua liberdade em escolher aquilo que melhor represente suas convicções pessoais (STF, 2012, on-line).

O Ministro Luiz Fux foi o quarto ministro a votar no julgamento. Seu voto também foi a favor da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. O ministro se baseou em estudos científicos nos quais se chegou a conclusões, como, a inviabilidade de vida extrauterina dos anencéfalos, a precisão diagnóstica feita ainda no início da gestação e da ausência de tratamento e cura para tal anomalia. Diante dessas evidências, o Ministro destaca a importância de se proteger a saúde da mulher e sua dignidade: “impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal efetivamente equivale a uma tortura, vedada pela Constituição Federal” (BRASIL, STF, 2012, on-line).

A Ministra Carmen Lúcia se uniu aos votos dos ministros que a antecederam, bem como fundamentou suas argumentações no direito à dignidade da vida e no direito à saúde, ampliando esses conceitos a todos os envolvidos, não somente à gestante: o pai, os avós, irmãos mais velhos, enfim, a toda a família. “Todas as opções, mesmo essa interrupção, são de dor. A escolha é qual a menor dor, não é de não doer, porque a dor do viver já aconteceu, a dor do morrer também” (BRASIL, STF, 2012, on-line).

Sexto a votar no julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski é o primeiro a divergir do relator Ministro Marco Aurélio, votando contra a procedência da ADPF 54. Seu voto seguiu duas linhas de pensamento: na primeira, ele observou que caberia ao Congresso Nacional alterar a legislação incluindo os fetos anencéfalos nos casos em que o aborto não é visto como crime, não devendo os membros do judiciário agirem como parlamentares eleitos; na segunda, a decisão favorável ao aborto de

anencéfalos poderia abrir precedentes para que o mesmo procedimento fosse aplicado quando da ocorrência de outras malformações congênitas em que as chances de sobrevivência são poucas ou nulas (BRASIL, STF, 2012, on-line).

Mais um voto a favor da procedência da ADPF 54 foi o do Ministro Ayres de Britto, segundo o qual a gravidez se destina à vida, e não à morte: “no caso da gestação que estamos a falar, a mulher já sabe, por antecipação, que o produto da sua gravidez, longe de, pelo parto, cair nos braços aconchegantes da vida, vai se precipitar no mais terrível dos colapsos”. Ao final, afirmou que a decisão da mulher é sagrada, opcional e que ela deve ter o direito de assumir uma gravidez desse tipo até o final, caso o deseje (BRASIL, STF, 2012, on-line).

O Ministro Gilmar Mendes, também a favor da procedência da ADPF 54, considerou que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos está entre as excludentes de ilicitude, já previstas no Código Penal, pelos riscos que tal gravidez impõe à saúde da mulher. Porém, ressaltou que o Estado deve disciplinar “com todo zelo, a questão relativa ao diagnóstico de anencefalia fetal”, acrescentando que “a anencefalia deverá ser atestada por, no mínimo, dois laudos com diagnósticos produzidos por médicos distintos e segundo técnicas de exames atuais e seguros” (BRASIL, STF, 2012, on-line).

Antes de proferir seu voto, o Ministro Celso de Mello falou sobre a importância e magnitude de tal julgamento, talvez um dos mais importantes de sua carreira jurídica, por envolver assuntos relativos à vida e à morte. Ele endossou a proposta do Ministro Gilmar Mendes no tocante ao Estado, através do Ministério da Saúde e do Conselho Federal de Medicina, criar protocolos relativos ao diagnóstico da anencefalia fetal. Também apoiou seu voto nos princípios do direito à saúde, da autonomia, da liberdade e dignidade da pessoa humana, podendo a gestante optar por interromper ou prosseguir com a gravidez (BRASIL, STF, 2012, on-line).

O então presidente do STF à época, o Ministro Cezar Peluso, foi o último a votar e manifestou pela improcedência da ADPF 54, pois, no seu entender, o feto anencéfalo é portador de vida e, como tal, deve ter seus direitos tutelados. “O

anencéfalo morre, e ele só pode morrer porque está vivo”, assinalou. Ao encerrar seu voto, afirmou ser de competência do Legislativo regulamentar tal situação, não tendo o STF “legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal” (BRASIL, STF, 2012, on-line).

Note-se que os votos dos ministros foram fundamentados nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, liberdade e autonomia da vontade e no princípio do direito à saúde que dizem respeito à pessoa humana, “tanto pelo Estado, como de um indivíduo pelo outro”, já que esses preceitos foram os envolvidos quando a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde formalizou a ADPF 54 examinada no julgamento (Sbeghen, 2016).

Assim, após oito anos de discussões e dada a decisão final a favor da procedência da ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal, chegou-se ao final de um impasse conflituoso a todas as gestantes portadoras de fetos anencéfalos. Anteriormente a essa decisão, não bastando os sofrimentos pessoais, psicológicos e físicos pelos quais passavam, ainda tinham que conviver com a preocupação de estarem agindo de maneira culposa diante da interrupção da gravidez de um fruto que não sobreviveria, senão por poucas horas, após o nascimento. A partir desse julgamento, cada uma poderá agir segundo seus princípios e convicções, optando pelo que julgar melhor diante dos fatos (SANTOS; MEDEIROS, 2014).

## **CONCLUSÃO**

Pode-se afirmar que, de acordo com o Código Penal brasileiro, o aborto é um crime contra a vida, não importando a época em que é realizado, se na fase ovular, na embrionária ou na fetal. O aborto provocado é objeto de interesse do Direito Penal já que subtraindo a vida do embrião ou do feto, impede-se que esse ser em formação, algum dia, venha se tornar um cidadão vinculado a uma sociedade.

Porém, em relação aos fetos anencéfalos, há de se ter outra visão, pois sabe-se que estes apresentam uma anomalia que lhes impossibilitará a sobrevivência fora do útero materno, isso se a morte não se der ao longo dos 9 meses de gestação, acarretando sérios riscos à saúde física e psicológica da mulher e de todos os familiares diretamente envolvidos.

Sendo extremamente polêmico, o tema aborto já passou por diferentes normatizações ao longo da história das civilizações e, no caso específico da legislação brasileira, a situação não se apresenta de forma diversa. Já no Código Penal do Império a vida do feto é o bem jurídico tutelado, protegendo seu direito de vir a ser uma pessoa.

Assim, ao se referir à interrupção da gestação de fetos anencéfalos, válida seria a utilização da expressão antecipação terapêutica do parto, pois não há vida a ser protegida, não há indivíduo, não há pessoa e, portanto, não há aborto. Abortar pressupõe a existência de um feto com capacidade potencial de sobrevivência fora do útero materno, ao contrário da antecipação, que não pressupõe vida nem atual, nem em potencial, não havendo aí crime por tratar-se de uma gestação desfeita, na qual o fruto gerado não teria possibilidade de sobrevida no futuro.

Em resposta a todo esse dilema, após várias interpretações dadas ao tema, e frente a julgamentos contrários e permissivos, ora autorizando, ora negando a interrupção da gravidez dos fetos anencéfalos, o Supremo Tribunal Federal, após 8 anos de debates, julgou e decidiu descriminalizar a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia. A partir daí, cabe às mulheres e aos familiares envolvidos interromper ou levar a termo a gravidez de acordo com seus princípios morais e religiosos, assegurando-lhes, assim, o seu direito fundamental à dignidade, à liberdade, à autonomia e à saúde física e psicológica.

## REFERÊNCIAS

BOHRER, D. H. **O Polêmico caso dos fetos anencefálicos frente ao atual ordenamento jurídico brasileiro**, 15 jun. 2012. 30 p. Dissertação (Bacharelado em Direito) PUCRS. Rio Grande do Sul. Disponível em: <[www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)> Acesso em: 08 abr. 2020.

BRASIL. Observatório Brasil da Igualdade de Gênero. **Metade dos países autorizam aborto de anencéfalos**. Professora Débora Diniz. Arquivo de notícias, 2012. Disponível em: <[www.observatoriodegenero.gov.br](http://www.observatoriodegenero.gov.br)>. Acesso em 13 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 12 abr. 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BUSATO, P. C. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Novos estudos jurídicos**, Itajaí, v.10, n. 2, p.577, jul/dez. 2005. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br>> Acesso em: 02 abr. 2020.

CASTRO C.; MOREIRA, F. G. de F.; CASTRO, P. A. **A licitude do aborto de feto anencefálico**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos>> em dez.2016. Acesso em: 13 abr. 2020.

DINIZ, D.; ALMEIDA, M. **Bioética e aborto**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/bioetica/indice.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/indice.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2020.

FREITAS, A. C. **Existe aborto de anencéfalos?** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/69/1>> em mar. 2005. Acesso em 02 abr. 2020.



FLORIANO, N. T. L; COPATTI, M. Anencefalia: o desvelar da tutela penal. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. Brasília. 2008. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <[www.publicadireito.com.br](http://www.publicadireito.com.br)> Acesso em 09 abr. 2020.

LAPENDA, M. R. B. **Aborto de feto anencefálico: um crime contra o feto ou contra a gestante?** Disponível em: <<http://ojs.ite.edu.br/index.php/ripe/article/view/177>> Acesso em: 01 abr. 2020.

LOURENÇÃO, G. V.; VIANA, A. P. **Aborto**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br>> em abr. 2016. Acesso em: 01 abr. 2020.

MIRABETE, J. F; FABRINI, R. N. **Código Penal Interpretado**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2019, 1760 p.

PACHECO, E. D. O aborto anencefálico à luz do ordenamento jurídico atual. **Rev. Âmbito Jurídico**, São Paulo, v. 56, ago. 2008. Artigo disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br>> Acesso em: 10 abr. 2020.

PAULA, B. **O aborto no código penal brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/jusnavigandi/artigos>> mai. 2017. Acesso em: 10 abr. 2020.

PEIXOTO, F. D. F.; **Direito, anencefalia e antecipação terapêutica do parto: uma análise da realidade brasileira**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br>> em 2010. Acesso em: 08 abr. 2020.

PINOTTI, J. A. **Anencefalia: opinião**. São Paulo. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia2.htm>> em 2004. Acesso em: 31 mar. 2020.

RITT, C. F. A interrupção de gravidez de fetos anencefálicos considerada como antecipação de parto. **Rev. Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 69, p. 57-83, maio/ago. 2011. Disponível em: <<https://www.amprs.com.br>> Acesso em: 08 abr. 2020.

SÁ, A. B. G. de. Evolução histórica do aborto. **Conteúdo jurídico**, Brasília, ago. 2016.

Disponível: <[https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47418/evoluçãohistorica doaborto](https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47418/evoluçãohistorica-doaborto)> Acesso em: 11 abr. 2020.

SANTOS, C. G. P. P.; MEDEIROS, R. A. de. **Quando a vida e morte convivem: considerações éticas e jurídicas sobre a gestação de fetos anencefálicos.**

Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br>> em jul. 2014. Acesso em: 01 abr. 2020.

SBEGHEN, B. C. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – 54.**

Interrupção da gravidez de feto anencefalo. Disponível em:

<<https://biasbeghen.jusbrasil.com.br>> em 2016. Acesso em: 22 abr. 2020.