

**INSTITUTO METODISTA IZABELA HENDRIX - CURSO DE DIREITO  
CAMPUS PRAÇA DA LIBERDADE**

**Carla Cristine Moreira  
Indiana Cunha Henriques**

# **Aborto do Anecéfalo: Paradigmas no Direito sobre Vida e Morte**

**INSTITUTO METODISTA IZABELA HENDRIX  
CURSO DE DIREITO  
CAMPUS PRAÇA DA LIBERDADE**

Carla Cristine Moreira  
Indiana Cunha Henriques  
Professor orientador: João  
Lopes

Agradecimento

Ao Geraldo Andrade e Professor João  
Lopes pela orientação e ensinamentos

## RESUMO

O presente trabalho analisa os paradigmas do direito sobre a vida e a morte e a atual decisão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, que decide sobre o aborto de feto anencéfalo. Para essa análise foi desenvolvida uma pesquisa sobre o direito à vida, com questões relacionadas ao aborto, eutanásia, ortotanásia e distanásia. Os resultados encontrados apontam para uma proteção aos Direitos Fundamentais, preservando a saúde física e mental da mulher.

**Palavras-chave:** Anencéfalo – Aborto- -Direito –Eutanásia – Bioética – Crime

## SUMÁRIO

Introdução .....	6
1 Direito à Vida .....	7
2 Aborto .....	9
3 Anencefalia .....	11
4 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 .....	12
Conclusão .....	15
Referências bibliográficas .....	16

## **Introdução**

O direito à vida é o direito de defender a própria existência e de exigir dignidade em qualquer situação possível. É um direito que envolve a preservação dos atributos físicos e morais da pessoa. O artigo 5º<sup>1</sup>, caput, da Constituição assegura 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, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Será que o direito à vida é absoluto? Sabemos que a inviolabilidade do direito à vida é um princípio e não existe princípio absoluto. Os princípios não têm caráter definitivo como as regras.

A vida é um tema de interesse público e espera-se dos órgãos estatais medidas que ofereçam à sociedade segurança e equilíbrio entre a ética e amoral. No Código Penal<sup>2</sup> temos situações em que o aborto decorrente de estupro é despenalizado como na gravidez que traz riscos de morte à gestante.

O direito tentando resolver os conflitos sociais depara-se com uma questão polêmica que é o caso da descriminalização do aborto de feto anencéfalo. O pedido foi apresentado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. O objetivo desta pesquisa é o de analisar os atuais paradigmas do direito relacionados à vida e a morte.

---

<sup>1</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>2</sup> Decreto Lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940.

## 1 Direito à Vida

O direito à vida pode ser renunciado? Os doutrinadores do Direito como Jose Afonso da Silva<sup>3</sup> diz que *o direito à vida é irrenunciável*. Será que esse direito é garantido contra qualquer tipo de interrupção artificial do processo natural da vida, ainda que seja com o objetivo de colocar fim a agonia como no caso da Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia? Essa ainda é uma discussão que divide a opinião dos legisladores. A Eutanásia, por exemplo, é vedado pela nossa Constituição já a Distanásia é legalizada em alguns casos.

Eutanásia,

“é a morte consentida provocada por sentimento de piedade à pessoa que sofre. O agente mata a vítima para abreviar o sofrimento decorrente de uma doença ou deficiência. Ao invés de deixar a morte acontecer a eutanásia age sobre a morte, antecipando-a” (GODIM 2004)<sup>4</sup>

Ortotanásia,

“consiste em deixar de realizar tratamentos paliativos a pacientes que já estão em estado terminal. Significa morte correta, ou seja, a morte pelo seu processo natural. Neste caso o doente já está em processo natural da morte e recebe uma contribuição do médico para que este estado siga seu curso natural. O paciente é crônico, grave e incurável. Assim, ao invés de se prolongar artificialmente o processo de morte, deixa-se que este se desenvolva naturalmente”.(GODIM 2004)

A Resolução 1.931/09 do Conselho Federal de Medicina no artigo 41 traz previsão do que se admite na ortotanásia nos seguintes termos:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda quea pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, ade seurepresentante legal.

Distanásia,

“é o prolongamento artificial do processo de morte e por consequência prorroga também o sofrimento da pessoa. É o prolongamento da vida da vítima com o objetivo de fazê-la sofrer. Ao invés de ajudar ou

---

<sup>3</sup> SILVA, Jose Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>4</sup> GODIM. Jose Roberto. *Eutanásia*. Texto atualizado em 22/08/2004. Disponível em: [www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi](http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi).

permitir uma morte natural, acaba prolongando sua agonia” (GODIM 2004).

Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia são crimes? Será que em todas as situações o direito à vida deve prevalecer? FERNANDES (2010) ensina que:

“No plano da Biologia, vida é aquela condição na qual um determinado organismo seja capaz de manter suas funções de modo contínuo, como metabolismo, crescimento, reação a estímulos provindos do ambiente, reprodução etc. Porém temos que a vida, enquanto direito fundamental básico, não pode e não deve ser analisada apenas pela ótica biológica. Daí a atual concepção de que o Direito à vida deve ser analisado sob um duplo enfoque, qual seja: o direito da vida em si mesma e o direito à vida digna.”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup>FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. RJ: Lúmen Júris, 2010. P. 275.

## 2 Aborto

O aborto é um tema que sempre foi debatido pela sociedade. É considerado crime e inúmeras mulheres já morreram e já foram submetidas a intervenções em ambientes completamente inapropriados e muitas vezes os abortos são feitos com ajuda de pessoas que não são da área médica e utilizando-se os mais precários instrumentos. Para ROLIM (2007)<sup>6</sup> “*essa prática não é concebida como uma medida de saúde pública, mas criminal e penal ficando à mercê dessa situação cruel e violentadora*”.

Segundo o autor acima citado no código penal de 1940 o aborto foi tipificado como crime no título de crimes contra a pessoa, sendo igualado aos crimes mais graves como homicídio, infanticídio, só que com pena diferenciada. Para ele a “*cultura jurídico-penal adotou como estratégia a criminalização do aborto, por conseguinte, atribuiu ao Estado o papel de impedir que tal prática fosse realizada através de uma política pública criminal/penal*”. (ROLIM, 2007)

O Código Penal além de tipificar o aborto como crime, também traz duas previsões em que o aborto é legalizado, que é o chamado aborto terapêutico ou necessário e o aborto decorrente de estupro. No primeiro autoriza-se o aborto quando o feto coloca em risco a vida da genitora; e no segundo autoriza-se quando a gravidez é resultado de violência sexual, de um estupro. Essa introdução do aborto legalizado no código para ROLIM (2007) foi um fato que “*gerou inúmeras polêmicas, principalmente com os segmentos religiosos, pois estes entendiam que estava sendo infringido o quinto mandamento: "Não matarás"*”.

O aborto recentemente passou por um outro processo de discussões, debates sociais e jurídicos. Desta vez trata-se da possibilidade da mulher gestante optar pela interrupção da gravidez se o feto for anencéfalo.

---

<sup>6</sup>ROLIM, Rivail Carvalho: *Justiça criminal e condição feminina na capital da república em meados do século XX*. In: Sociedade e Estado, Brasília, V22, nº 1, p97 – 133, jan/abril 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>.

O julgado do Supremo Tribunal Federal sobre o tema aponta para um novo paradigma onde a dignidade humana, a saúde e o reconhecimento pleno dos direitos individuais são tutelados pelo direito acima de qualquer influência religiosa e moral.

### 3 Anencefalia

Anencefalia, “é uma mal formação do feto onde ocorre uma falha na formação do tubo neural, resultando na ausência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo, de modo que a parte remanescente é sempre exposta, sem cobertura de ossos ou pele” FERNANDES (2007)<sup>7</sup>. Ele afirma que segundo os dados da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, ocorre um caso de anencefalia a cada 1.600 nascidos vivos e que são 18 casos para cada dez mil nascidos vivos.

“Estatisticamente, dos fetos que nascem anencéfalos, 75% deles já nascem mortos e os que sobrevivem tem uma expectativa extra-uterina de no máximo 48 horas. Existe no Brasil um caso isolado de um bebê que conseguiu sobreviver três anos, mas com desenvolvimento inferior aos de sua idade e ele não falava, andava nem enxergava”. (SOARES, 2009)

Uma citação de Paulo Lúcio Nogueira de sua obra *Em Defesa da Vida*, citada por SOARES (2009) revela que: recente levantamento comparativo feito pela Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia mostra que,

“em 1970, cerca de trinta e cinco por cento dos médicos eram favoráveis a uma lei que permitisse a interrupção da gravidez por anomalia fetal. Hoje, noventa por cento dos obstetras pensam da mesma forma. Houve uma revolução do pensamento médico, ditada por todo o tipo de informação e pelos avanços tecnológicos, mas não acompanhada pela lei penal nem por setores influentes da sociedade”. (Paulo Lúcio Nogueira)

Cezar Roberto Bitencourt<sup>8</sup> diz que:

“o Código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costumes e hábitos dominantes na década de 30. Passaram sessenta anos, e, desse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mas principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução da ciência médica.”

---

<sup>7</sup> FERNANDES, Maíra Costa. *Interrupção da Gravidez de Feto Anencefálico: Uma Análise Constitucional*. Artigo publicado em 14/03/2007. Disponível em <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em 07 de maio 2012.

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. Volume II. Ed. Saraiva. In: SOARES, Kelly Cristina Batista da Silva. *Aborto e anencefalia*. BDJur, Brasília, DF, 1º jun. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 01 de Maio de 2012.

#### **4 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**

Assunto bastante debatido no Supremo Tribunal Federal, refere-se ao aborto de feto anencefálico apresentada na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54). Nesta ação anencefalia seria a interrupção da gravidez quando comprovada a ausência de cérebro no feto. O aborto anencefálico visa assegurar à gestante a oportunidade de escolha se pretende ou não fazer o aborto. Na ADPF nº 54 não se discute a obrigatoriedade de fazê-lo, mas o direito de escolha.

Os estudos médicos sobre anencefalia, apresentado ao Supremo Tribunal Federal, afirmam que:

“anencefalia é resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese. O reconhecimento de concepto com anencefalia é imediato. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Conhecida vulgarmente como "ausência de cérebro", a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal. A anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica. Embora haja relatos esparsos sobre fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno, o prognóstico nessas hipóteses é de sobrevivência de no máximo algumas horas após o parto. Não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa. Aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intra-uterina.” (ADPF nº54)

Esse assunto foi levado à nossa Corte Suprema pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde para verificar sobre a tipicidade do aborto de feto anencéfalo, ou seja, pretende-se analisar se este tipo de aborto é considerado crime ou se o aborto, nesse caso, seria descriminalizado.

Um dos pilares de sustentação sobre a interrupção desse tipo de gravidez foi o de que segundo o relator Ministro Marco Aurelio: “o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos

*vivos, seria juridicamente morto, de maneira que não deteria proteção jurídica, principalmente a jurídico-penal”.*

12

Os pontos mais importantes nos votos de cada Ministro foram:

Ministro Luiz Fux: defende que *a saúde física e mental da mulher seria desproporcional com a criminalização do aborto nos casos de anencefalia.*

A Ministra Carmen Lúcia: priorizou o direito à vida e à liberdade da mulher na a escolha da interrupção da gravidez. Para ela,

“o luto pelo qual a mãe passaria, na hipótese de optar pela antecipação do parto, seria luto e libertação. Aduziu que os direitos ora tratados deveriam ser avaliados sob o prisma de toda a família: feto, mãe, pai e irmãos. Arrematou que a interrupção da gravidez não seria criminalizável.”

O Ministro Ayres Britto considera que seria tortura a mulher ser obrigada a levar esse tipo de gestação até o final e frisou que *“a gestação de anencéfalo seria arremedo de gravidez, pela antecipada certeza de frustração do processo em que consistiria”.*

O Ministro Gilmar Mendes considerou a ADPF umas espécie de Proteção dos Direitos Fundamentais. Para ele *“o aborto de anencéfalo estaria compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal”.*

A Ministra Rosa Weber também é favorável à permissão ao aborto terapêutico de feto anencéfalo e discorreu que:

“da circunstância de a medicina descrever determinado fenômeno como fato, não decorreria o dever jurídico de protegê-lo ou ignorá-lo, os conceitos em ciência, como o de vida, não decorreriam definições lógicas, empiricamente precisas ou inquestionáveis, mas que estas seriam frutos das necessidades procedimentais e descritivas de acordo com o padrão de conhecimento de determinado momento.”

O Ministro Celso de Mello votou favorável a descriminalização uma vez que *“a morte, para a legislação brasileira, no sentido jurídico, seria a cerebral.”* Ele falou também sobre os avanços dos direitos das mulheres, como parte dos direitos humanos universais.

O Ministro Ricardo Lewandowski julgou o pedido improcedente. Para ele

“o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, poderia ter alterado a legislação para incluir o aborto de fetos

anencéfalos dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isentas de pena, ao Supremo apenas caberia o papel de legislador negativo, para extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a

13

Constituição e que o Poder Legislativo, por sua vez, estaria dividido em relação ao tema dada a existência de projetos de lei a seu respeito, sem consenso até o momento.”

O Ministro Cezar Peluzo, presidente do Supremo também julgou improcedente o pedido e esclarecia que *“a morte encefálica seria situação de prognóstico, de irreversibilidade em que não haveria sequer respiração espontânea, o que não seria situação do anencéfalo”*.

Nesta ADPF, apresentada ao Supremo, foram nove votos favoráveis à descriminalização do aborto contra apenas dois votos contrários dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluzo. Pode-se perceber que a preocupação da maioria dos Ministros é a proteção ao bem estar da mulher.

## **Conclusão**

O tema sobre a vida e a morte trazidos neste trabalho é bastante controverso por se tratar de questões fora da esfera da lei abrangendo o social, a moral, a religião, envolvendo todos nós de uma maneira geral.

O direito na sociedade antiga foi influenciado pelos dogmas e princípios religiosos e morais da Igreja Católica, embora hoje o Direito, através do judiciário, não possa deixar de considerar os avanços da ciência e os aspectos da saúde física e mental da mulher.

O julgado sobre o aborto de anencéfalo prioriza a liberdade de escolha da mulher acima de qualquer outro argumento ético, religioso ou moral. Mas o Direito ainda encontra barreiras legais e sociais sobre os casos de eutanásia, ortotanásia e distanásia.

Aos legisladores cabe a difícil tarefa de elaborar leis para solucionar os conflitos sociais, buscando acompanhar o desenvolvimento social e cultural da humanidade.

### **Referências bibliográficas**

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. Volume II. Ed. Saraiva. In: SOARES, Kelly Cristina Batista da Silva. *Aborto e anencefalia*.BDJur, Brasília, DF,1ºjun.2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 01 de Maio de 2012.

BRASIL - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro.

GODIM. Jose Roberto. *Eutanásia*. Texto atualizado em 22/08/2004. Disponível em: [www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi](http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi). Acesso em: 01 de maio 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. RJ: Lúmen Juris. 2010, p.275.

FERNANDES, Máira Costa. *"Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional"*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana, eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 111-158.

FERNANDES, Máira Costa. *Interrupção da Gravidez de Feto Anencefálico: Uma Análise Constitucional*.Artigo publicado em 14/03/2007. Disponível em <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em 07 de maio 2012.

LUNA, Naara: *Fetos anencefálicos e embriões para pesquisa: sujeitos de direitos?* In: Revista de Estudos Feminos, Florianópolis, V17, nº 2, maio/agos 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 05 maio 2012

ROLIM, Rivail Carvalho: *Justiça criminal e condição feminina na capital da república em meados do século XX.* In: Sociedade e Estado, Brasília, V22, nº 1, p97 – 133, jan/abril 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 04 maio 2012.

SOARES, Kelly Cristina Batista da Silva. Aborto e anencefalia. BDJur, Brasília, DF, 1º jun. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 1º de Maio de 2012.