

## FETO ANENCÉFALO: IMPOSSIBILIDADE DE VIDA EXTRAUTERINA OU ABORTO CRIMINOSO?

### ANENCEPHALIC FETUS: IMPOSSIBILITY OF EXTRAUTERINE LIFE OR CRIMINAL ABORTION?

Douglas Daniel Rodrigues de Sousa<sup>1</sup>  
Gyselle Marillia Ribeiro Prudencio<sup>2</sup>  
Izabel Herika Gomes Matias Cronemberger<sup>3</sup>

**RESUMO:** O aborto do feto anencéfalo é um tema complexo e controverso no campo jurídico. O termo "anencefalia" refere-se a uma condição em que o feto não possui cérebro em desenvolvimento adequado, o que resulta em uma incompatibilidade com a vida após o nascimento. Nesse contexto, discute-se a interrupção da gravidez em circunstâncias legais e éticas. A discussão sobre o aborto do feto anencéfalo continua presente na sociedade e no sistema jurídico. O estudo tem como problema de pesquisa principal analisar a legalização da interrupção da gestação em caso de anencefalia. Foi dividido, então, em 3 objetivos específicos, descrever o conceito de aborto, analisar a proteção à gestante na interrupção da gestação de feto anencéfalo, e, por fim, expor os principais pontos sobre o aborto de anencéfalos e a dignidade humana. Onde conclui-se que, o aborto do feto anencéfalo e seus processos jurídicos envolvem uma série de 2476 questões complexas, como direitos reprodutivos, autonomia da mulher, garantia da saúde e proteção da vida fetal.

**Palavras-Chave:** Aborto. Anencéfalo. Direito.

**ABSTRACT:** Abortion of an anencephalic fetus is a complex and controversial issue in the legal field. The term "anencephaly" refers to a condition where the fetus does not have a properly developing brain, which results in an incompatibility with life after birth. In this context, the interruption of pregnancy in legal and ethical circumstances is discussed. The discussion about the abortion of an anencephalic fetus continues to be present in society and in the legal system. The study's main research problem is to analyze the legalization of termination of pregnancy in the case of anencephaly. It was divided, then, into 3 specific objectives, describing the concept of abortion, analyzing the protection of pregnant women in the interruption of pregnancy with an anencephalic fetus, and, finally, exposing the main points about abortion of anencephalic and human dignity. Where it is concluded that the abortion of the anencephalic fetus and its legal processes involve a series of complex issues, such as reproductive rights, women's autonomy, guarantee of health and protection of fetal life.

**Keywords:** Abortion. Anencephalic. Right.

---

<sup>1</sup>Graduando em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – (UNIFSA).

<sup>2</sup>Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – (UNIFSA).

<sup>3</sup>Assistente Social, Doutora, Docente do Centro Universitário Santo Agostinho.

## INTRODUÇÃO

A anencefalia é um defeito congênito decorrente do mau fechamento do tubo neural, que ocorre entre o 23º e o 28º dia de gestação. Trata-se de malformação no feto, decorrente de um problema de embriogênese que ocorre ainda nas primeiras semanas de gestação. Um bebê que nasce com anencefalia pode ser natimorto ou sobreviver apenas algumas horas ou dias após o nascimento. O principal sintoma é a perda de consciência, não há cura para a anencefalia, mas o tratamento, enquanto meio paliativo, visa deixar o bebê o mais confortável possível. As Causas de Anencefalia estão relacionadas a fatores ambientais, comunitários, drogas, radiações e até mesmo vírus e fatores genéticos que, provocam a ausência de ácido fólico no metabolismo materno levando à malformação.

O debate sobre o aborto é um tema complexo e multifacetado que suscita discussões acaloradas em diversos setores da sociedade. Entre os diversos cenários que envolvem essa discussão, destaca-se a questão do aborto do feto anencéfalo. A anencefalia é uma má-formação congênita em que o feto não possui cérebro, calota craniana, cerebelo e meninges, inviabilizando sua sobrevivência após o nascimento ou limitando-a a apenas algumas horas ou dias. Diante desse <sup>2477</sup> cenário, surgem questionamentos importantes quanto à legalidade e à ética do aborto em casos de anencefalia fetal. No contexto jurídico, essa problemática envolve aspectos fundamentais, tais como os direitos da gestante, a proteção à vida e a interferência do Estado nas decisões individuais.

Este artigo tem como objetivo analisar os aspectos jurídicos relacionados ao aborto do feto anencéfalo. Para tanto, o estudo tem como problema de pesquisa principal analisar a legalização da interrupção da gestação em caso de anencefalia. Foi dividido, então, em 3 objetivos específicos, descrever o conceito de aborto, analisar a proteção à gestante na interrupção da gestação de feto anencéfalo, e, por fim, expor os principais pontos sobre o aborto de anencéfalos e a dignidade humana. Diante disso, para responder à questão norteadora da pesquisa, “impossibilidade de vida extrauterina ou aborto criminoso?” Foi realizada revisão bibliográfica em artigos, livros e pesquisa documental no período de junho de 2022 a maio de 2023.

A compreensão desses afetos é essencial para embasar um debate embasado e equilibrado, permitindo uma reflexão mais abrangente sobre o tema. Portanto, por meio dessa pesquisa, busca-se contribuir para o entendimento dos aspectos jurídicos que permeiam o aborto do feto anencéfalo, considerando sua proteção no contexto social e sua implicação nos direitos individuais e coletivos. A análise cuidadosa dessas questões pode fornecer recompensas para uma disputa mais

emocionante e embasada, a fim de que sejam cumpridas políticas públicas mais cumpridas e respeitadas diante dessa situação delicada.

## 1 ABORTO E DIREITO

termo "aborto" é derivado de "ab-ortus" e transmite a ideia de privação do nascimento, referindo-se à intencionalidade da gravidez que resulta na morte do produto da concepção. Embora exista uma corrente que defende o termo "abortamento" como mais adequado, que se refere à ação que resulta no aborto, utilizaremos o termo mais difundido neste estudo. Do ponto de vista médico, o aborto é considerado a interrupção da gravidez até a 20<sup>a</sup> ou 22<sup>a</sup> semana, ou quando o feto pesa até 500 gramas, ou ainda, de acordo com algumas perspectivas, quando o feto mede até 16,5 cm. No contexto da Igreja Católica, o aborto provocado é definido como a morte deliberada e direta de um ser humano na fase inicial de sua existência, que abrange desde a concepção até o nascimento (IGREJA CATÓLICA, 1995, n. 58).

### 1.1 Conceito e tipos de aborto

A anencefalia é uma condição congênita na qual o feto apresenta uma má-formação caracterizada pela ausência de partes essenciais do cérebro, calota craniana, cerebelo e meninges,<sup>2478</sup> estruturas fundamentais para o funcionamento adequado do sistema nervoso central. Essa ausência resulta na inviabilidade de vida do bebê, levando ao óbito pouco tempo após o nascimento, ou em casos raros, algumas horas ou dias após o seu nascimento (ABRASCO apud DINIZ et al., 2009). O termo "anencefalia" tem sido utilizado para descrever essa condição, embora a sua literalidade no dicionário da língua portuguesa, que se refere a uma "monstruosidade identificada pela ausência de cérebro", seja considerada avançada e extremamente agressiva. É importante ressaltar que, apesar da ausência de partes do cérebro, o tronco cerebral ainda está presente no bebê afetado por essa condição (AURÉLIO, 2014).

Segundo o penalista Heleno Cláudio Fragoso (1986), o aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto. Conceituar o aborto não é fácil pela excessiva magnitude do assunto. Mas, de acordo com Gonçalves (2022, p. 171):

Aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do produto da concepção. Esta passa por várias fases durante a gravidez, sendo chamado de ovo nos dois primeiros meses, de embrião nos dois meses seguintes e, finalmente, de feto no período restante. O aborto é possível desde o início da gravidez, contudo o momento exato em que está se iniciando é tema extremamente controverso, pois, para alguns, dá-se com a fecundação e, para outros, com a nidação (implantação do óvulo fecundado no útero). Essa polêmica não é irrelevante, na medida em que, embora a nidação ocorra poucos dias após a fecundação,

há alguns métodos que podem fazer efeito exatamente nesse interregno — após a fecundação para evitar a nidação. É, por exemplo, o caso da pílula do dia seguinte. Para os que entendem que a gravidez se inicia com a nidação, tal método não é abortivo, mas para os que entendem que se inicia com a fecundação, sim. É bem verdade que normas do Ministério da Saúde permitem o uso da pílula do dia seguinte no Brasil, e, com isso, as mulheres que utilizem referido medicamento ou os médicos que o prescrevam não correm o risco de serem acusados por crime de aborto, já que, para os que entendem que a gravidez se inicia com a nidação, o fato é atípico, e, para os que acham que já existe gravidez com a fecundação, o uso constitui exercício regular de direito.

Existem vários tipos de aborto, o aborto espontâneo ou casual, criminal e legal. Para Nucci (2010), o aborto, seja ele involuntário ou acidental, é a interrupção da gravidez de ocorrência natural. O aborto espontâneo não é considerado crime pois ocorre involuntariamente, por exemplo, sangramento, consequências de acidentes, etc. Em relação ao aborto criminoso, nomeadamente o nascituro, Jesus e Estevam (2020, p. 74) apontam:

No CP, o crime de aborto é classificado no Título “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no capítulo “Dos Crimes Contra a Vida”. Assim, o objeto da tutela penal é a vida do feto. Não se cuida de vida independente, mas o produto da concepção vive, o que é suficiente para ser protegido. Diante do Direito Civil, o feto não é pessoa, mas *spes personae*, de acordo com a doutrina natalista. É considerado expectativa de ente humano, possuindo expectativa de direito. Entretanto, para efeitos penais, é considerado pessoa. Tutela-se, então, a vida da pessoa humana.

- Aborto criminoso e a pedido de gestante são considerados crimes e consta na sessão 124 do Código Penal de 1940. Já os abortos legais ou permitidos são divididos em: aborto terapêutico, eugênico e aborto emocional. 2479
- O aborto terapêutico é feito para preservar a vida da gestante ou mantê-la intacta físico e/ou mental. Ele também é conhecido como aborto necessário, pois é absolutamente necessário evitar a gravidez por colocar em risco a vida da gestante.
- O aborto eugênico refere-se à condição de um feto anencéfalo. Por padrão, a anencefalia é conceituada como uma má formação fetal congênita com o fechamento do tubo neural que ocorre durante a gravidez, assim ele não exibe os hemisférios cerebrais e córtex, deixando apenas restos do tronco encefálico. Esta condição é inconciliável com a vida extrauterina, logo é fatal em todos os casos.
- Há abortos emocionais por crimes de estupro, nessa condição pode ser também terapêutico (porque a gravidez produz um choque e impacto psicológico na vítima), como o aborto eugênico (devido ao desconhecimento da saúde do estuprador nem conhecimento genético).

De acordo com o artigo 128/CP, “não é crime fazer aborto por médico: II - se a gravidez for decorrente de estupro, e o aborto requer o consentimento da gestante, ou em caso de incapacidade representante legal”. Em quase todas as legislações do mundo, a lei permite que mulheres grávidas, vítimas desta forma de união física possa fazer o aborto.

O aborto, conforme o significado literal da palavra, refere-se à expulsão de um feto ou embrião por morte fetal, ocorrendo antes do tempo e sem possibilidade de sobrevivência fora do útero materno (PRIBERAM, 2014).

Segundo a bióloga Mariana Araguaia, existem dois tipos de aborto: o espontâneo e o

provocado. O aborto espontâneo ou involuntário ocorre devido a circunstâncias alheias à vontade da gestante. Já o aborto provocado ou voluntário é a interrupção intencional da gravidez, caracterizada pela gestação do feto da cavidade uterina. Nesse último caso, são utilizadas intervenções ou procedimentos como sucção ou aspiração, dilatação e curetagem, dilatação e expulsão, ou ainda injeções de soluções salinas (ARAGUAIA, 2012).

## 1.2 O aborto e a religião

O Brasil é o quarto país do mundo em ocorrência da anencefalia fetal de acordo com dados disponibilizados pela Organização Mundial de Saúde, permanecendo atrás somente do México, Chile e Paraguai. No total de 10 mil gestações levadas a termo em nosso país, cerca de nove apresentam essa malformação do feto. Essa taxa é mais de cinco vezes maior que a observada em diversos países europeus. Tal proporção pode ter como fundamento dois fatores: a carência nutricional, principalmente de vitaminas do complexo B, e a interrupção legal da interrupção da gravidez. A repercussão do tema na mídia nacional é extrema. Diversos segmentos sociais expressam opiniões e sentimentos a respeito da interrupção da gestação nestes casos. A falta de precisão dos termos e da exigência também são recorrentes na discussão. Contudo, a evidência de assunto de tamanha importância nos meios de comunicação é tida como válida e útil, desde que o conflito de emoções seja exposto em um debate racional e aberto a todos. Um Estado Laico como o Brasil deve preferir a utilização de argumentos não religiosos, embora na prática tal não seja promovido e ainda vemos a influência preponderante das posições religiosas (OMS,2004).

2480

Representantes de diversas crenças religiosas, algumas delas destacadas no livro *Anencefalia(2006): o pensamento brasileiro em sua pluralidade*, opinam a respeito da moralidade da interrupção do parto. O primeiro credo exposto, e certamente o mais atuante no tocante ao aborto, é o catolicismo. (ANIS,2006):

Segundo Dom Odilo Pedro Scherer<sup>4</sup>:

Toda agressão contra a vida humana, ainda mais a vida frágil e inocente, por qualquer motivo, ainda que seja em nome da ciência, ou do conforto de outras pessoas, não faz honra à humanidade e é sinal de decadência da ética e retrocesso na civilização. A CNBB espera que a decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL esteja orientada pelo respeito pleno à frágil vida do feto / bebê anencéfalo.

O Rabino Henry Sobel, presidente do Rabinato da Congregação Israelita Paulista, esclarece que<sup>5</sup>:

A meu ver, a antecipação do parto em caso de anencefalia deve ser permitida. [...]. O que o judaísmo pode oferecer a estas mulheres é apoio humano e moral. Como rabino, eu faria tudo ao meu alcance para que a mulher possa tomar essa decisão sem o mínimo sentimento de culpa. Muito pelo contrário, eu acho que a decisão da mãe tem que ser apoiada.

O Bispo da Igreja Universal do Reino de Deus, Marcelo Silva, destaca a posição de sua denominação religiosa<sup>6</sup>:

A posição da Igreja Universal é sempre a favor da qualidade de vida e do bem-estar das pessoas. Nós entendemos que há casos em que a interrupção da gravidez é a atitude certa a ser tomada. A nossa fé tem que ser conduzida com inteligência, caso contrário cairemos no fanatismo. Temos que preservar a vida da mãe, já que seria inútil dar à luz uma criança que não tem chances de vida.

Lairton de Oxum é representante da Associação Brasileira de Umbanda, Cultos Afro-Brasileiros e Ameríndios diz que<sup>7</sup>:

A minha opinião é de que não deve haver a antecipação do parto porque como espiritualista acredito na reencarnação. [...] Mas a opinião da nossa associação é favorável que o Supremo Tribunal Federal conceda essa liminar, pois a decisão depende das próprias grávidas. [...] Mas nós damos o conforto espiritual através de orações, de preces, porque essa criança é um espírito, então como espírito nós temos que olhar por este lado.

Lama Tartchin praticante budista acredita que<sup>8</sup>:

De acordo com os ensinamentos budistas tibetanos, para que um ser venha a ter uma completa existência são necessários 3 fatores: espermatozóide, óvulo e mente. Se um corpo veio a se formar sem um órgão, impossibilitando que este venha a ter uma existência independente (não morrer após o parto), é porque houve a falta de um ou mais dos 3 fatores. No budismo não há pecado. Há carma, isto é, lei da causa e efeito. A gestante que será responsável pelo efeito de seus atos e a decisão de seus atos diz respeito apenas a ela.

Por fim, destaca-se a posição da Federação Espírita Brasileira, através de seu diretor Geraldo Campetti<sup>9</sup>:

[...] doutrina espírita em relação ao aborto é a de que não somos contra o aborto, mas a favor do não-aborto. Entendemos que o ser humano é, também, espírito. Nesse sentido, não poderíamos ser favoráveis a um aborto provocado, mesmo com a conotação terapêutica no caso da anencefalia. (...). Nossa opinião a respeito da antecipação do parto também é visto como um tipo de aborto, e é um aborto provocado e, no nosso entendimento, não deve se realizado.

A religião tem desempenhado um papel significativo no processo de desenvolvimento do mundo ao longo dos tempos e continua a exercer influência até os dias atuais. Em épocas passadas, as "leis de Deus" eram amplamente aceitas e seguidas, resultando em práticas

<sup>4</sup>Dom Odilo Pedro Scherer, cardeal brasileiro e católico; ANIS. Anencefalia. O pensamento brasileiro em sua pluralidade, 2004. p. 4.6.

<sup>5</sup>Rabino Henry Sobel, presidente do Rabinato da Congregação Israelita Paulista; Ibid., p. 47.

<sup>6</sup>Marcelo Silva, Bispo da Igreja Universal do Reino de Deus; Ibid., p. 48.

<sup>7</sup>Lairton de Oxum é representante da Associação Brasileira de Umbanda, Cultos Afro-Brasileiros e Ameríndios; Ibid., p. 49.

<sup>8</sup>Lama Tartchin praticante budista; Ibid., p. 50.

<sup>9</sup>Federação Espírita Brasileira, através de seu diretor Geraldo Campetti; Ibid., p. 51.

extremas, como a queima de pessoas, conforme prescrito. No entanto, à medida que a sociedade evoluiu, as perspectivas das pessoas mudaram e começaram a questionar abusos cometidos por alguns líderes religiosos. A capacidade de pensar de forma independente e o avanço tecnológico permitiram um progresso gradual. Apesar dessas transformações, ainda hoje existem religiosos que se opõem a certas mudanças sociais, como a aceitação da união de pessoas do mesmo sexo, o uso de métodos contraceptivos e o aborto em casos de gravidez resultante de estupro, entre outros.

De acordo com Cavalcanti, houve um movimento estratégico por parte da bancada evangélica da Câmara dos Deputados, que resultou na aprovação de uma emenda em uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) relacionada ao aumento da licença-maternidade para mulheres que têm filhos prematuros. Essa emenda proíbe o aborto em todas as circunstâncias. Atualmente, no Brasil, o aborto é permitido em casos de estupro e quando há comprovação de anencefalia fetal, que se refere à ausência de cérebro ou malformação cerebral. (Cavalcanti, 2017.)

Muitos casos contrários ao aborto de fetos anencéfalos surgem devido à convicção religiosa. Nesse contexto, questiona-se: e a imparcialidade do juiz? O magistrado deve julgar de acordo com o que a sociedade como um todo espera dele, ou seja, de forma justa, priorizando sempre a Justiça. É justo condenar uma mulher a passar nove meses servindo como uma "pré-cova"? Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes afirma que não é correto conceber que um juiz (que é um "juiz de direito") possa proferir sentenças "de acordo com a doutrina cristã" ou "baseado em suas convicções religiosas". (GOMES, 2008.)

O Brasil, de acordo com a Constituição Federal, é um Estado laico, o que significa que não está ligado a nenhuma religião específica e todos são livres para seguir ou não uma religião. Portanto, os argumentos religiosos, por mais fervorosos que sejam, não devem influenciar na tomada de decisões que afetam questões que podem mudar completamente a forma de agir em relação a determinado assunto. Além disso, em casos como a anencefalia, uma questão médica em que se sabe que a continuação da gravidez só trará sofrimento para a família, não se pode sacrificar a vida por razões religiosas.

## **2 A PROTEÇÃO À GESTANTE NA INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO**

O aborto é considerado um crime de forma livre, o que significa que você pode usar qualquer método para causar um aborto, independentemente dessas técnicas, deve ser adequado

para produzir os resultados esperados pelo sujeito. Dessa forma alguns curadores, curandeiro, oração, etc. não são considerados apto para fins de aborto dada a absoluta ineficácia dos meios empregados. A doutrina ainda classifica o aborto como crime de autoflagelação (BIDANGU, 2011).

A Constituição Federal de 1988 assegura o direito à vida (artigo 5º, caput), e, portanto, o aborto é criminalizado para proteger a vida do feto. A definição do momento em que se inicia a vida intrauterina é objeto de intensa discussão na doutrina e na jurisprudência, a fim de determinar em quais casos de interrupção da gravidez o crime de aborto ocorreria ou não. Alguns defendem que a proteção da vida começa com a fecundação, enquanto outros, em analogia com a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, argumentam que o início da vida ocorre apenas com a formação da placa neural. Essa questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999), apresentada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. O relato se acha nos Informativos 354, 366, 385 do STF:

(ADPF 54 MC/DF) DECISÃO-LIMINAR ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR - ATUAÇÃO INDIVIDUAL - ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/99. LIBERDADE - AUTONOMIA DA VONTADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SAÚDE - GRAVIDEZ - INTERRUÇÃO - FETO ANENCEFÁLICO). 2483

Embora não haja previsão expressa de autorização de aborto de feto anencéfalo no código penal, nem mesmo no art. 128, onde prevê as possibilidades de aborto, as quais não são criminalizadas, com o advento da ADPF 54, houve essa possibilidade para aquelas mulheres que receberem o diagnóstico de que o embrião que estão gerando tem anencefalia, optarem se desejam prosseguir a gravidez ou interromper a gestação, levando-se em consideração a baixa probabilidade de vida extrauterina desse embrião.

## 2.1 A prática abortiva na legislação penal brasileira

No Brasil, o Código Penal possui diferentes dispositivos que tratam do aborto provocado. O artigo 124 criminaliza o autoaborto ou o aborto realizado com consentimento da gestante. O artigo 125 aborda o aborto por terceiros sem o consentimento da gestante, enquanto o artigo 126 versa sobre o aborto com o consentimento da gestante. O artigo 127 descreve a forma considerada do delito de aborto. No contexto brasileiro, existem duas espécies de aborto legalmente permitidas: o terapêutico ou necessidade eo sentimental ou humanitário (JESUS, 1999).

No Reino Unido, as leis promulgadas em 1967 e 1990 têm buscado esclarecer as circunstâncias em que o aborto pode ser considerado necessário, mas com resultados limitados. Nesse país, a mulher que solicita autorização para o aborto deve passar por avaliação de dois médicos, o que deve chegar a um consenso e confirmar a existência de risco de vida para a mulher ou risco de vida ou má formação do feto. O aborto deve ser realizado antes de completar 24 semanas de gestação, mas pode ser realizado a qualquer momento em casos de grave risco para a saúde física ou mental da mãe, ou se houver sério risco de graves deficiências físicas ou ansiosas para a criança (VERY, 2004).

Em outros países, como Áustria, Bélgica, Bulgária, Croácia, França, Alemanha, Espanha (Região Basca), México e África do Sul, as leis também tratam da legalidade do aborto, estabelecendo prazos e condições específicas para sua realização. Cada país adota sua própria legislação em relação ao aborto, levando em consideração aspectos sociais, éticos, médicos e jurídicos. É importante compreender essas diferenças para uma análise mais ampla sobre a questão do aborto e seus efeitos jurídicos (TRUEMAN, 2003).

A doutrina costuma afirmar que no autoaborto só há um bem jurídico protegido, o direito à vida fetal, portanto, é para proteger a vida das pessoas. O aborto provocado por terceiro, legalmente busca defender o direito à vida e a segurança física e mental das próprias mulheres 2484 grávidas (CAPEZ, 2008, p. 120).

Segundo Bitencourt (2011, p. 159 e 160):

Sujeito ativo no autoaborto e no aborto consentido (art. 124) é a própria mulher gestante. Somente ela própria pode provocar em si mesma o aborto ou consentir que alguém lho provoque, tratando-se, portanto, de crime de mão própria. No aborto provocado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante, sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição. Sujeito passivo, no autoaborto e no aborto consentido (art. 124), é o feto, ou, genericamente falando, o produto da concepção, que engloba óvulo, embrião e feto (há divergência doutrinária). Nessa espécie de aborto, concordamos com Heleno Fragoso, a gestante não é ao mesmo tempo sujeito ativo e sujeito passivo, não havendo crime na autolesão. Ela é somente sujeito ativo do crime. A gestante é sujeito passivo no aborto provocado por terceiro sem seu consentimento. Nessa espécie de aborto, há dupla subjetividade passiva: o feto e a gestante. No crime de aborto não se aplica a agravante genérica do art. 61, II, b (crime contra gestante), pois fica subsumida no tipo central.

De um modo geral, os Códigos penais não definem em que consiste o aborto, dando origem à dúvida sobre se é suficiente a expulsão do feto ou se é necessária a ocorrência da morte para caracterizá-lo. Nosso atual código penal também não o define, limitando-se a adotar a fórmula neutra e indeterminada “provocar aborto”, algo semelhante a, somente para exemplificar, “provocar homicídio”, em vez de “matar alguém”. O Direito penal protege a vida humana desde o momento em que o novo ser é gerado. Formado o ovo, evolui para o embrião e este para o feto, constituindo a primeira fase da formação da vida. A destruição dessa vida até o início do parto configura o aborto, que pode ou não ser criminoso. Após iniciado o parto, a supressão da vida constitui homicídio, salvo se ocorrerem as especiais circunstâncias que caracterizam o infanticídio, que é uma figura

privilegiada do homicídio (art. 123).

O Código Penal refere-se ao aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento em seu Artigo 124 “Instiga o aborto ou concorda com a instigação de outrem: Pena - detenção, de um a três anos”.O artigo 125.º do Código Penal prevê o aborto provocado sem consentimento da gestante, “Art. 125 - Promoção do aborto sem consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos (BRASIL, 2013).

## 2.2 A saúde da mulher e o aborto

No México, uma das situações mais difíceis enfrentadas pelas mulheres é o acesso ao aborto legal quando engravidam como resultado de estupro, o que infelizmente não é incomum. Estudos realizados no México indicam que entre 7,6% e 2,6% das vítimas de estupro acabam engravidando. Vale ressaltar que essa é a única circunstância em que o aborto é permitido pela legislação mexicana.No entanto, o acesso ao aborto seguro no México é limitado devido à falta de informações claras sobre o procedimento legal e os protocolos de atendimento médico, bem como à falta de treinamento e capacitação técnica dos profissionais de saúde para realizar esse serviço (TRUEMAN, 2003).

Na África, a situação é ainda mais preocupante. O Decreto sobre o Direito de Interrupção 2485 da Gravidez, homologado em outubro de 1996, estabelece que todas as mulheres têm o direito de optar pela interrupção da gravidez, sem a necessidade de qualquer tipo de autorização. No entanto, apesar da existência desse decreto, o acesso ao atendimento do aborto na África é extremamente limitado devido a barreiras sociais, religiosas, culturais, geográficas e econômicas. As mulheres que vivem em áreas rurais enfrentam a situação mais difícil, com maiores dificuldades para obter assistência adequada (TRUEMAN, 2003).

Em países onde as mulheres têm acesso a serviços seguros, as chances de morrer devido a um aborto realizado com métodos modernos não são maiores do que uma em cada 100 mil procedimentos (AGI, 1999). Em contrapartida, em países em desenvolvimento, o risco de morte por complicações de abortos inseguros é várias vezes maior do que em casos de abortos realizados por profissionais em condições seguras (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2004).

Por outro lado, em países onde o aborto é proibido por lei ou normas religiosas, não se observa uma redução na taxa total de abortos. Pelo contrário, estudos mostram uma relação direta entre a segurança e o aumento das taxas de abortos clandestinos e inseguros, causados, assim, em maior mortalidade materna (AGI, 2004, 2008; BRASIL, 2006; DREZETT, 2005).

Estima-se que o Brasil permitiu mais de um milhão de abortos inseguros por ano. O artigo 128 do Código Penal de 1940 prevê a legalização do aborto em casos de violação e risco de morte para a mulher, mas a questão reside no cumprimento da legislação. O Judiciário frequentemente tem autorizado o aborto em casos de má-formação fetal incompatível com a vida, e o Supremo Tribunal Federal está analisando a interrupção da gestação em algumas situações. O aborto é uma das principais causas de mortalidade materna no Brasil. De acordo com um estudo sobre a mortalidade de mulheres entre 10 e 49 anos realizada em 2002 em todas as capitais e no Distrito Federal, foi evidenciada a persistência de altas taxas de mortalidade materna no país, ao contrário do que ocorre em países (BRASIL, 2006).

Nesse sentido, o que nota-se é a existência de fatores culturais, religiosos, legais e morais desencoraja as mulheres de relatarem seus abortos, o que dificulta a avaliação de sua magnitude. Apesar dessa dificuldade, é sabido que o aborto é realizado por meio de diferentes métodos, muitas vezes induzidos pela própria mulher ou realizados em condições inseguras, o que geralmente resulta em consequências prejudiciais para a saúde, podendo até mesmo levar à morte.

### 3 O ABORTO DE ANENCEFALOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De acordo com França (2015), a anencefalia é uma grave anomalia fetal caracterizada por 2486 um defeito no fechamento do tubo neural, que é a estrutura responsável pela formação do cérebro, cerebelo, bulbo e medula espinhal. Essa condição pode ocorrer entre a 21ª e a 26ª semana de gestação, e o diagnóstico geralmente é feito a partir da 12ª semana de gestação, inicialmente por meio de ultrassonografia e ressonância magnética. Nos casos de anencefalia, há a ausência da maior parte do cérebro e do crânio, e frequentemente também dos outros órgãos do sistema nervoso central, como o encéfalo e a medula espinhal (França, 2015, p. 752).

#### 3.1 Princípios, direito à liberdade, à vida e à saúde

No Brasil, o aborto eugênico ou eugenético, que é realizado quando há probabilidades de graves e irreversíveis anormais físicas irreversíveis e/ou anormais no feto, não é permitido. A falta de consenso em relação a esse assunto gerou discussão sobre a necessidade ou não de autorização judicial para o aborto de fetos anencefálicos. No contexto da ação, argumenta-se que a antecipação terapêutica do parto e o aborto são figuras distintas, uma vez que o aborto suscitou a potencialidade de vida extrauterina do feto. A violação do princípio da dignidade humana ocorre quando se impõe à mulher a obrigação de carregar um feto por nove meses, sabendo-se com plena certeza

que ele não sobreviverá, o que causa dor, angústia e queixa à gestante. Isso resulta em violência contra os aspectos físicos, morais e psicológicos da humanidade, restringindo a liberdade e a autonomia da vontade da mulher, além de representar um risco para a saúde, conforme definido pela Organização Mundial da Saúde - o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença (OMS,2004).

No julgamento em plenário, o Ministro Marco Aurélio, que é o relator, proferiu a seguinte decisão:

Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto” (decisão publicada no DJU de 02.08.2004).

A reserva humana é um atributo inerente a todos os seres humanos, independentemente de qualquer requisito ou condição. A concepção ampla do termo amplamente foi amplamente influenciada por Kant, que defende que o ser humano é um fim em si mesmo e não pode ser tratado como um mero instrumento.

[...] supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática. Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim” (KANT, 2004, p. 58). 2487

E continua:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade” (KANT, 2004, p. 65).

A dignidade da pessoa humana não é concedida pela constituição brasileira, mas sim um atributo inerente a ela. Através de seus dispositivos, a constituição busca proteger, preservar e garantir a dignidade da pessoa humana. Portanto, pode-se concluir que os direitos fundamentais foram estabelecidos com o objetivo de proteger, garantir e preservar a dignidade da pessoa

humana. O tema do aborto é uma questão de saúde pública. A saúde está diretamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana e deve ser provida pelo Estado.

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, com já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível” (BARCELOS, 2001, p. 245-6).

Conforme explicado por Ana Paula Barcelos (2001), a concepção do mínimo existencial foi ampliada, sendo considerado como o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse mínimo, dentro das possibilidades do Estado, é visto como uma forma de superar diversas dificuldades e alcançar a dignidade humana. É responsabilidade do Estado fornecer efetivamente esse mínimo por meio da implementação de políticas públicas. É fundamental que o Estado forneça os recursos necessários para a preservação, proteção e promoção da dignidade das pessoas, 2488 sem se escusar sob a justificativa da falta de recursos. Os direitos mínimos não devem estar sujeitos à reserva do possível.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do estudo feito sobre o caso em tela, abordamos as questões éticas, médicas e legais que cercam esse assunto delicado. Observou-se que a legislação brasileira criminaliza o aborto em geral, mas existe um debate sobre a possibilidade de sua realização em casos específicos, como o de fetos anencéfalos. Essa condição é caracterizada pela ausência total ou parcial do cérebro no feto, o que inviabiliza sua sobrevivência fora do útero.

No contexto jurídico, houve a necessidade de recorrer ao Supremo Tribunal Federal para deliberar sobre a autorização do aborto de fetos anencéfalos. Esse processo evidencia a complexidade do tema e a divergência de posicionamentos, tanto em relação à proteção da vida intrauterina quanto à autonomia da mulher. Enquanto alguns argumentam que o feto anencéfalo não possui potencialidade de vida extrauterina, defendendo o direito da mulher de interromper a

gravidez nesses casos, outros ressaltam a proteção absoluta da vida desde a concepção, o que implica a proibição do aborto mesmo nessas circunstâncias.

Além dos aspectos éticos e morais, é importante considerar a saúde física e mental da mulher. A interrupção de uma gestação de feto anencéfalo pode causar profundo sofrimento emocional e psicológico, impactando sua origem e bem-estar. Nesse contexto, a saúde da mulher é um direito fundamental que deve ser protegido e promovido pelo Estado. No âmbito das políticas públicas, é necessário garantir o acesso à informação adequada e aos serviços de saúde necessários para lidar com essa situação tão delicada. O Estado tem o papel de oferecer suporte e amparo às mulheres que enfrentam essa realidade, promovendo o respeito à sua autonomia e às decisões sobre o próprio corpo.

Em suma, o debate sobre o aborto do feto anencéfalo e seus efeitos jurídicos revela a necessidade de uma reflexão profunda e ponderada sobre os valores como a proteção da vida, a autonomia humana e a autonomia da mulher. É fundamental buscar um equilíbrio que respeite os direitos e as necessidades de todas as partes envolvidas, considerando os progressos científicos, as demandas sociais e a busca por uma sociedade mais justa e compassiva.

## REFERÊNCIAS

2489

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra : Almedina, 2006.

ATENÇÃO humanizada ao abortamento: norma técnica. Brasília : **Ministério da Saúde**, 2005. 32 p. ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ARAGUAIA, Mariana. **Aborto**. 2012. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/biologia/aborto.htm> . Acesso em: 12 mai. 2023.

BARBATO JÚNIOR. Roberto. **O aborto de fetos anencéfalos: o direito e a realidade atual**. 2007. Disponível em: . Acesso em: 16 ago. de 2014. BBC BRASIL. Um ano após decisão do STF, aborto de anencéfalos esbarra em entraves. Disponível em: < [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/05/130522\\_anencefalia\\_abre\\_pai.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/05/130522_anencefalia_abre_pai.shtml)>. Acesso em: 12 mai. 2023.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: **Renovar**, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 16.ed. **São Paulo: Malheiros**, 2005. BRASIL : pesquisa nacional sobre demografia e saúde. Rio de Janeiro : Sociedade Civil Bem-estar Familiar no Brasil, Programa de Pesquisas de Demografia e Saúde, 1996. 45 p.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Assistência ao planejamento familiar**. Brasília: Ministério da Saúde. 1996. .

BRASIL. Ministério da Saúde. **Parto, aborto e puerpério. Assistência humanizada à mulher.** Brasília: Ministério da Saúde. 2001.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Estudo da mortalidade de mulheres de 10 a 49 anos, com ênfase na mortalidade materna: relatório final.** Brasília: Ministério da Saúde. 2006

BRUM, Eliane. **Uma lei invisível.** Época, São Paulo, n. 440, p.88, out. 2006.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais.** Salvador: Podium, 2006.

DREZETT, Jefferson. **Abortamento como problema de saúde pública.** In: PAINEL REVISÃO DA LEGISLAÇÃO PUNITIVA QUE TRATA DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ, 2005, Brasília. Revisão... Brasília : Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2005. p. 24-35. Disponível em: < [http://200.130.7.5/spmu/docs/interruptao\\_gravidez.pdf](http://200.130.7.5/spmu/docs/interruptao_gravidez.pdf)>. Acesso em: 12 mai. 2023

EDMO JUNIOR. **Aborto de feto anencéfalo.** 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/aborto-de-feto-anencefalo/575572292>>. Acesso em: 16 maio 2023.

FRAGOSO. Heleno Cláudio. **Lições de direito penal.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

GALLI, Beatriz; GOMES, Edlaine C.; ADESSE, Leila. **Representações sobre o aborto em serviço de referência: entre direitos e deveres na atenção.** Revista de Saúde Sexual e Reprodutiva, Rio de Janeiro, n. 25, set./out. 2006. Disponível em: <<http://www.ipas.org.br/arquivos/PaperRHM.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2023.

GASMAN, Nadine et al. **Criando um modelo completo sobre o atendimento às mulheres vítimas e sobreviventes da violência sexual que inclua o aborto previsto por lei: a experiência do IPAS no México.** Diálogo, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p.1-2, out. 2003. Disponível em: < [http://www.ipas.org/Publications/asset\\_upload\\_file225\\_3359.pdf](http://www.ipas.org/Publications/asset_upload_file225_3359.pdf)>. Acesso em: 12 mai. 2023.

IGREJA CATÓLICA. Papa : (1978- : João Paulo II). **Evangelium Vitae. Evangelium Vitae : aos Presbíteros e Diáconos aos religiosos e religiosas aos fiéis leigos e a todas as pessoas de boa vontade sobre o valor e a inviolabilidade da vida Humana.** Vaticano, 25 mar. 1995. Disponível em: . Acesso em: 12 mai. 2023.

INFORMATIVOS DO STF. Disponível em: < <http://www.info STF.com/>>. JESUS, Damásio E. de. Código penal anotado. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2004. LANGER, Ana. El embarazo no deseado: impacto sobre la salud y la sociedad en América Latina y el Caribe. Revista Panamericana de Salud Pública, Washington, v. 11, n. 3, mar. 2002. Disponível em: < [http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1020-49892002000300013](http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1020-49892002000300013)>. Acesso em: 12 mai. 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE-OMS. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para os sistemas de saúde.** Genebra, 2004.

PRIBERAM. **Dicionário da Língua Portuguesa.** 2014. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/aborto>>. Acesso em: 12 mai. 2023.

TRUEMAN, Karen. **Descobrimo soluções comunitárias para superar barreiras no atendimento ao aborto seguro nas áreas rurais da África do Sul.** *Diálogo*, Rio de Janeiro, v. 7. n. 1, p.1-2, ago. 2003. Disponível em:.. Acesso em: 12 mai. 2023.