

## “ABORTO” DE FETO ANENCÉFALO – O PORQUÊ DA DESCRIMINALIZAÇÃO

Marcelo Thomaz Sanches Lainetti<sup>1</sup>

Antônio Cyro Venturelli<sup>2</sup>

**RESUMO:** A interrupção da gestação de feto anencéfalo foi uma celeuma para o direito brasileiro e não menos para as gestantes. Após anos de discussão sobre o tema, o STF pacificou o tema decidindo que não há que se falar em aborto, que constitui crime contra a vida previsto no Código Penal. Nesse passo, impõe-se discutir se o feto anencéfalo é pessoa, partindo da premissa de que sua morte é segura e, por consequência, se haveria ou não direito à vida a ser tutelado.

**Palavra-chave:** Anencéfalo. Nascituro. Feto. Gestação. Vida.

### **ABSTRACT: “ABORTION” OF ANENCEPHALIC FETUS – THE REASON FOR DECRIMINALIZING IT**

**ABSTRACT:** The interruption of pregnancy of anencephalic fetus was the subject of great debate for the Brazilian law and also for pregnancy women. After years of discussion on the topic, the STF (Federal Supreme Court) pacified the subject deciding that there is nothing to be said about abortion, which is considered crime against life as it is established in the Penal Code. As such, it is necessary to discuss if the anencephalic fetus is person, assuming that its death is certain and consequently, if it would or would not have the rights to life.

**Key words:** Anencephaly. Unborn. Fetus. Pregnancy. Life.

---

<sup>1</sup> Aluno do primeiro termo do curso de Direito da Faculdade EDUVALE de Avaré/SP; Graduado em Tecnologia em Produção Sucoalcooleira - Faculdade UFSCAR (Universidade Federal de São Carlos - 2011). É servidor público estadual – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: [marcelo.lainetti@gmail.com](mailto:marcelo.lainetti@gmail.com)

<sup>2</sup> 2 Graduado em Administração de Empresas - Faculdades Integradas de Ourinhos (1993); Graduado em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos (2008); Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro/RJ (2011); É servidor público estadual – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e professor do curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré. E-mail: [cyrtojsp@gmail.com](mailto:cyrtojsp@gmail.com)

## INTRODUÇÃO

Segundo o Código Civil, Lei nº 10.406 de 2002, em seu artigo segundo, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Uma análise detida do citado artigo implica em se saber qual seria exatamente o início da personalidade civil. Noutras palavras, há que se debruçar sobre a situação jurídica do nascituro. Isso porque, a questão está demasiadamente longe de ser tranquila, já que o art. 2º, do CC/2002 coloca em choque as teorias natalistas e concepcionistas.

A doutrina majoritária e a jurisprudência adotaram a teoria concepcionista, que defende o início da personalidade jurídica civil desde a concepção.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º54 (ADPF 54) o Supremo Tribunal Federal (STF) coloca em xeque os direitos do nascituro e da gestante e, acaba por decidir pela procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Afasta-se, dessa forma, a discussão relativa à questão de que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo consubstancia aborto.

## O INÍCIO E O FIM DA PERSONALIDADE CIVIL

De início, convém observar que entre os civilistas clássicos do Direito Civil Brasileiro prevalece a *teoria natalista*, ou seja, há entendimento no sentido de que o Código Civil teria adotado essa teoria, que considera pessoa aquele(a) que nasceu com vida.

A bem da verdade os autores dessa teoria defendem que o nascituro não poderia ser considerado pessoa, já que se exige o seu nascimento com vida, ou seja, que o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos.

Em apertada síntese, os adeptos da *teoria natalista* fazem uma interpretação literal e simplista da lei, ao enfatizarem que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que leva à conclusão de que o nascituro não é pessoa.

Todavia, oportuna a indagação formulada pelo ilustre civilista TARTUCE (2017) e os seus valiosos comentários que envolvem o tema, *verbis*:

“O grand1) e problema da *teoria natalista* é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos. Al[em disso, a *teoria natalista* está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla dos direitos da personalidade, tendência do Direito Civil *pós-moderno*. (pág. 76)

Em contrapartida, a doutrina majoritária contemporânea do Direito Civil Brasileiro, apoiada pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), através do REsp nº 1415727/SC, adotou a *teoria concepcionista*. Ela defende que a personalidade civil da pessoa natural já pertence ao nascituro, sem a necessidade de qualquer outro requisito (como o nascimento com vida).

A aplicabilidade da *teoria concepcionista* consta do Enunciado n.º 1, do Conselho da Justiça Federal (CJF), aprovado na I Jornada de Direito Civil, cujo teor é o seguinte: **1** – Art. 2º: a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura.

Como se vê, de acordo com a *teoria concepcionista* o nascituro tem direitos reconhecidos desde a concepção.

Por fim, tem-se que a personalidade civil da pessoa natural se interrompe com a morte encefálica (perda definitiva e irreversível das funções cerebrais). Segundo o Código Civil em seu art. 6º “A existência da pessoa natural termina com a morte; (...)”

A lei nº 9.434/1997, conhecida como lei dos transplantes, reafirma, em seu Capítulo II, que a interrupção da vida ocorre com a morte encefálica.

## **A ANENCEFALIA**

Anencefalia significa que o feto possui o cérebro subdesenvolvido e ausência da calota craniana (parte superior do crânio), podendo haver a presença reduzida de cerebelo e meninge. A condição decorre de uma má formação do tubo neural ocorrida no primeiro mês de gestação que, na maioria dos casos, o tubo neural fica exposto, sem sequer ser coberto nem mesmo por pele.

Ao nascerem, esses bebês, podem apresentar algumas funções vitais do organismo, como a capacidade de respirar, engolir e manter os batimentos cardíacos, porém, eles vivem em estado vegetativo, tendo em vista que a consciência é responsável pelo cérebro como um todo.

O Brasil é o 4º país com maior incidência de casos de anencefalia, com cerca de três mil casos por ano.

### **A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF n.º 54**

Primeiramente, insta salientar os dispositivos constitucionais e legal que abarcam o assunto. Segundo o art. 102, § 1º. da CF/88, "A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". Através dessa parte final (na forma da lei), o STF entendeu tratar-se de uma norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, que depende de norma regulamentadora.

Sendo assim, criou-se a Lei 9.882/99 que diz em seu art. 2º., I, que é parte legítima para propor a ação de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, que, conforme a CF/88, em seu art. 103, traz em seu inciso IX a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Feitas essas singelas considerações, importa trazer à colação uma polêmica discussão que foi levada à apreciação da Suprema Corte em 2004. O Supremo debateu se seria possível o “aborto” de feto anencéfalo ou não. Após oito anos de intensos debates, chegou-se a uma conclusão.

Em 2004 a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) propôs uma ação pedindo para que antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico não configurasse aborto, permitindo a antecipação sem autorização judicial ou qualquer interferência Estatal.

Segundo a Confederação, não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser passivo de aborto.

No mesmo ano, o Ministro Marco Aurélio concedeu liminar reconhecendo o direito constitucional de gestantes decidirem se realizam ou não a operação, porém três meses após, o plenário cassou a decisão.

Em 2008 foi realizada uma audiência pública onde diversas entidades debateram sobre o tema. Representantes do governo, especialistas em genética, entidades religiosas e representantes da sociedade civil, por quatro dias, discutiram intensamente, apresentando opiniões contrárias e a favor da cessação da gestação nesse caso.

No dia 11 de abril de 2012, em plenário, a posição do STF foi firmada. O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, alegou que a questão era “uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal”. Ele defendeu a laicidade do Estado impedindo que houvesse um julgamento religioso, já que o Estado não possui religião, tampouco é ateu.

Disse o eminente Ministro: *"O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão"* (STF, ADPF n.º 54, Marcelo Aurélio, 2012).

Nesse passo, sustentou-se que a anencefalia consiste numa má formação do tubo neural, pois há ausência parcial do encéfalo, ou seja, o bebê não possuirá parte do cérebro. Levar a gravidez adiante aumenta os riscos à mulher, sendo a morte do bebê considerada certa.

Segundo o Ministro Relator, o anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos.

Além disso, o Relator, no tocante à doação de órgãos, defendeu a dignidade da mulher dizendo que não poderia impor a continuidade da gestação, com fundamento na solidariedade, pois se assemelharia a tratar a mulher como um objeto.

Outra questão de suma importância levantada pelo Ministro foi a saúde física e psíquica da gestante, já que há pesquisas que apontam graves riscos físicos à mulher. Quanto à saúde psíquica, na gestação do feto anencéfalo, dada a certeza do óbito, não há sentimentos como em uma gestação comum, há, na verdade, um sentimento, já inicial, de luto.

Assim, o STF, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da

gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Verifica-se, dessa forma, que o v. acórdão atribuiu à mulher gestante o direito de escolher se deve prosseguir com a gestação ou não. Segundo o Relator, deve prevalecer o direito da mulher de autodeterminar-se, bem como o direito à privacidade, à autonomia e à dignidade humana dessas mulheres.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Não obstante o entendimento majoritário no sentido de que o Código Civil Brasileiro filiou-se à *teoria concepcionista*, é de clareza meridiana que o v. acórdão proferido pela Suprema Corte, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 54 espancou de vez qualquer dúvida acerca do famigerado aborto de feto anencéfalo. Não há que se falar em aborto, sendo certo que a realização de uma manobra abortiva torna imprescindível que haja um feto com vida e, como é cediço o feto anencéfalo, segundo o Direito Brasileiro, carece de vida, já que não há atividade cerebral ou ela é mínima.

Dito isso, não há que se falar em crime contra a vida (Capítulo I, Parte Especial do Código Penal), pois o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa, não havendo potencial de vida, mas morte segura. Pode-se afirmar que prescinde de autorização judicial para a retirada do feto nessas condições. Ou seja, o anencéfalo é um natimorto, afastando a discussão sobre aborto eugênico.

Ressalte-se que o aborto é crime contra a vida, porém o feto anencefálico não possui vida possível, como já se disse, afastando a tutela jurídico-penal, de modo que a proteção está ligada ao direito da mulher de escolher livremente se deseja prosseguir com a gestação ou interrompe-la.

Enfim, na espécie, sequer a utilização da expressão “aborto” há de ser considerada, pelas razões alhures expostas, notadamente, porque não há vida a ser abortada. Daí o porquê da descriminalização.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil – Volume Único**. Editora Método. 7ª Ed. São Paulo. 2017.

Camargo, Diego Guimarães. **A teoria adotada pelo Código Civil acerca do início da personalidade civil da pessoa natural: uma análise à luz da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-teoria-adotada-pelo-codigo-civil-acerca-do-inicio-da-personalidade-civil-da-pessoa-natural-uma-analise-a-luz,55191.html>>. Acesso em 15/04/2018.

**CJF. JORNADA DE DIREITO CIVIL – ENUNCIADOS APROVADOS DE NS. 1 A 137**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%201%20A%20137.pdf/view>>. Acesso em 21/04/2018

\_\_\_\_\_. **ADPF - LEI Nº 9.882, de 03 DE DEZEMBRO DE 1999**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>. Acesso em 28/04/2018

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - de 05 DE OUTUBRO DE 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 28/04/2018

\_\_\_\_\_. **Código Civil - LEI Nº 10.406, de 10 DE JANEIRO DE 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 21/04/2018

\_\_\_\_\_. **Lei de Transplantes - LEI Nº 9.434, de 04 DE FEVEREIRO DE 1997**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm)>. Acesso em 21/04/2018

Migalhas. **Marco Aurélio Mello: Decisão histórica do STF permite aborto de feto anencéfalo**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI221398,51045-Marco+Aurelio+Mello+Decisao+historica+do+STF+permite+aborto+de+feto>>. Acesso em 15/04/2018.

Minuto Saudável. **Anencefalia: o que é, causas, diagnósticos e fatores de risco**. <<https://minutosaudavel.com.br/anencefalia/>>. Acesso em 28/04/2018.

STJ. **REsp nº 1415727 / SC**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201303604913](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201303604913)>. Acesso em 15/04/2018.

STF. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (Med. Liminar) - 54**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em 15/04/2018.

R7 Notícias. **Entenda o que é um bebê anencéfalo, que motivará discussão sobre aborto no STF**. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/saude/noticias/entenda-o-que-e-um-bebe-anencefalo-que-motivara-discussao-sobre-aborto-no-stf-20120410.html>>. Acesso em 15/04/2018.

Pronin, Tatiana. **Brasil é o quarto país com maior número de casos de anencefalia.**  
Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/11/brasil-e-o-quarto-pais-com-maior-numero-de-casos-de-anencefalia.htm>>. Acesso em: 29/04/2018.