



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

**LARAH MAGALHÃES SILVA**

**O ABORTO EUGÊNICO QUANDO DO DIAGNÓSTICO DE ANENCEFALIA:  
uma análise quanto à perspectiva da proteção integral**

**BRASÍLIA**

**2018**

**LARAH MAGALHÃES SILVA**

**O ABORTO EUGÊNICO QUANDO DO DIAGNÓSTICO DE ANENCEFALIA:  
uma análise quanto à perspectiva da proteção integral**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Professora Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza.

**BRASÍLIA  
2018**

**LARAH MAGALHÃES SILVA**

**O ABORTO EUGÊNICO QUANDO DO DIAGNÓSTICO DE ANENCEFALIA:  
uma análise quanto à perspectiva da proteção integral**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

**BRASÍLIA, DE 2018.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza, Me. em Direito e Políticas Públicas

---

Prof. Examinador(a)

## RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo realizar uma análise acerca do aborto eugênico de feto anencéfalo, sob a perspectiva da proteção à criança, incluindo-se o respeito aos direitos fundamentais e principalmente o direito à vida, visto que essa modalidade de abortamento ganhou uma flexibilização no ordenamento jurídico. Tendo por base o valor constitucional de preservação da vida humana, conjuntamente com a proteção integral e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, compreende-se que a vida é um direito fundamental que possui um caráter superior e deve ser resguardado. O STF se pronunciou positivamente sobre a questão no julgamento da ADPF nº 54 de 2005, permitindo que a gestante tenha a possibilidade de optar pela interrupção da vida do feto em se tratando de anencefalia. O presente trabalho, fará uma análise reflexiva dessa decisão, com apontamentos teóricos do Paradigma da Proteção Integral incluindo-se o nascituro.

**Palavras-chave:** Criança. Proteção Integral. Vida. Aborto. Anencefalia

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1 ASPECTOS CONCEITUAIS</b> .....	8
1.1 Criança .....	8
1.2 Nascituro .....	9
1.3 Direito Fundamental e o Direito à Vida .....	12
1.4 Aborto Eugênico .....	14
1.5 Anencefalia .....	17
<b>2 ASPECTOS DO PARADIGMA DAS NAÇÕES UNIDAS E DA PROTEÇÃO INTEGRAL</b> .....	20
2.1 A Convenção Internacional dos Direitos da Criança e seus Princípios Norteadores .....	20
2.2 O Paradigma da Proteção Integral .....	23
2.3 As Vertentes Orientadoras dos Direitos da Criança e do Adolescente Compreendida sua Extensão ao Nascituro .....	27
2.4 Direitos Fundamentais que Ponderam a Vida Concebida .....	29
<b>3 UM ESTUDO À JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA QUANTO À FLEXIBILIZAÇÃO DO ABORTO DE ANENCÉFALO</b> .....	33
3.1 Breve exposição da ADPF Nº 54/2005 julgada pelo Supremo Tribunal Federal .....	33
3.1.1 Pontos Relevantes da Peça Inicial .....	33
3.1.2 Argumentos Contrários ao Pedido Principal da Peça Inicial .....	40
3.2 Incoformidade da Procedência do Pedido com o Princípio da Dignidade Humana, o Direito Fundamental à Vida e à Proteção Integral .....	46
<b>CONCLUSÃO</b> .....	53
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	55

## INTRODUÇÃO

A interrupção da gestação de embriões com anencefalia, tido comumente por aborto eugênico, é uma questão de ampla controversia no campo jurídico brasileiro, vez que se trata de polêmica sujeita a diversas interpretações. É inexecutável abordá-lo em totalidade, de modo que o presente trabalho, limitar-se-á a discutir as vertentes expostas pelo campo de proteção à criança, sedimentadas no paradigma da proteção integral, cujo manejo também está direcionado aos fetos em formação, visto que a categoria criança compreende o nascituro como tal.

O presente trabalho objetiva realizar uma reflexão sobre a interrupção da gestação de feto anencéfalo no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, com viés no paradigma das Nações Unidas da proteção integral das crianças. Desse modo, levar-se-á em consideração as concepções que tratam da proteção integral atribuída à criança, atendo-se ao princípio da dignidade humana, elencado pela Constituição Federal de 88 - CF, formando pois, uma relação literal com a importância da vida humana tanto para o campo jurídico quanto para o campo social.

Nesse sentido, o quadro teórico adotado será o que se convencionou denominar de Paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral, cujos princípios reconhecem que a criança é sujeito de direitos humanos e fundamentais, os quais devem ser assegurados com prioridade absoluta, pela família, pela sociedade e pelo Estado. Dessa forma serão utilizadas as reflexões de Martha de Toledo Machado, Raminoff e outros.

Quanto à metodologia, será empreendida a revisão da literatura sobre o tema, análise de documentos legislativos e análise de precedente do Supremo Tribunal Federal - STF.

Para tanto, a pesquisa seguirá a seguinte estrutura: o primeiro capítulo, apresentará um quadro de conceitos que são fundamentais e imprescindíveis para a compreensão e abordagem a serem realizadas nos capítulos subsequentes. É necessário conceituar o termo criança e as diversas compreensões para o ordenamento jurídico. E, após, conceituar o nascituro, o que possibilitará demonstrar posteriormente em que aspecto ele se encaixa na proteção conferida às crianças.

Ainda na linha conceitual, abarcar-se-ão as concepções médicas acerca da anencefalia, trazendo suas características principais e em qual aspecto é encaixada

e inserida no campo jurídico, conceituando também a modalidade de aborto eugênico.

Na segunda parte deste trabalho serão abordados pontos sobre o paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral, cujos princípios se encontram na Convenção das Nações Unidas do Direito da Criança de 1989, subscrita pelo Estado brasileiro e internacionalizada por meio do Decreto Lei Nº 99.710 e,m 1990. Nessa Convenção, compreende-se como criança o nascituro, e é instrumento de base da nossa ordem jurídica em matéria dos direitos da criança.

Ainda na segunda parte deste trabalho, serão elencados os princípios norteadores dessa Convenção. Na sequência de exposição dos princípios, será trazido o Princípio da Dignidade Humana, fixado na Constituição Federal de 1988. Esse princípio exerce destaque diante das questões que envolvem a proteção e a interrupção da vida humana.

No último capítulo, será realizada uma análise acerca da decisão proferida em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 54/2005 pelo Supremo Tribunal Federal que adimitiu a prática do aborto, em se tratando de fetos diagnosticados com anencefalia, o que sinaliza para uma flexibilização do aborto, garantindo à gestante a opção de interromper a gestação, caso queira, quando o produto da concepção tratar-se feto anencéfalo. No decorrer do julgamento, a Suprema Corte, admitiu diversos *amicus curiae*, pois entendeu que o tema era de repercussão social e merecia uma atenção especial e vista a partir de diversos aspectos.

Acredita-se que a presente pesquisa contribuirá para o debate sobre tema inquietante, que coloca em xeque um dos valores mais caros e prestigiados pela nossa Constituição Federal, qual seja a vida da criança, assim presente a importância de uma reflexão no âmbito acadêmico.

## 1 ASPECTOS CONCEITUAIS

O presente capítulo objetiva trazer conceitos atinentes ao objeto de pesquisa, visando estabelecer uma compreensão de modo a evitar ambiguidades para o leitor. Assim, serão expostos os conceitos de criança, nascituro, direito fundamental, direito à vida, anencefalia e aborto eugênico.

### 1.1 Criança

O termo criança possui variadas acepções, motivo pelo qual é importante que se faça uma breve abordagem a respeito, tomando como ponto de partida a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989 - CIDC. Esta Convenção é o marco internacional que serve de base para a ordem jurídica brasileira em matéria de direito da criança. Ela contempla o denominado paradigma da proteção integral que parte do reconhecimento de que a criança é sujeito de direitos e que se encontra em fase especial de desenvolvimento.

Essa Convenção dispõe em seu Art. 1º, que considera-se como criança **“todo ser humano com idade inferior a dezoito anos de idade”**.<sup>1</sup>

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, lei federal de nº 8.069 instituída no ano de 1990 em 13 de julho, traz em seu art. 2º, *in verbis*: “Art. 2º: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, **a pessoa até doze anos de idade incompletos** (grifo nosso) e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”<sup>2</sup>

Além desse dispositivo, o Estatuto da primeira infância, Lei nº 13.257/16, em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente, afirma que a primeira infância: “Art. 2º: Para os efeitos desta Lei, considera-se primeira infância o

---

<sup>1</sup> BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)> Acesso em: 19 abr. 2018

<sup>2</sup> BRASIL. 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: 19 abr. 2018



**período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida** (grifo nosso) da criança.”<sup>3</sup>

Ainda é importante destacar o art. 227 da CF, que fixa o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, além de outros direitos fundamentais, o **direito à vida**. Nesse sentido, afirma Martins<sup>4</sup>:

[...] família, sociedade e Estado assegurariam - a Constituição fala em deveres e não em faculdade – à criança [...] direitos naturais fundamentais.

Tais direitos são o direito à vida, o mais essencial direito do homem em sociedade – por esta razão a Constituição veda [...] o aborto.

Em análise aos dispositivos acima, constata-se que a Convenção dos Direitos da Criança, não traz nenhuma característica que distinga a criança do adolescente, contudo, o ECA faz distinção, conforme dispositivo mencionado anteriormente. Assim sendo, havendo a inviabilidade de se detectar o momento em que a criança passa a existir, conjuntamente com as suas seríssimas implicações, resultou na adoção desse texto de compromisso, que eliminou toda e qualquer referência ao nascimento e à concepção.<sup>5</sup> Nesse sentido, no âmbito da Convenção e do ECA o nascituro fará jus a toda a carga de proteção aos direitos fundamentais trazida por esses dois instrumentos normativos.

## 1.2 Nascituro

O Código Civil de 2002, dispõe em seu art. 2º sobre o início da personalidade jurídica do homem, sendo que, em sua segunda parte, faz menção também aos direitos do nascituro:

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Brasília: Presidência da República do Brasil, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm)> Acesso em: 16 de abril de 2018

<sup>4</sup>CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **Direito da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3

<sup>5</sup> COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 6

Art. 2º: A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a **salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção** (grifo nosso)<sup>6</sup>

Tendo por base o mencionado artigo, é possível inferir que a legislação buscou delimitar um momento específico para salvaguardar o início da vida. Assim sendo, a inclusão do nascituro ao artigo, é um marco fundamental para que seja possível adentrar a discussão de seus direitos, bem como a sua proatividade perante o ordenamento jurídico.

Pontes de Miranda<sup>7</sup> conceitua nascituro como “o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um direito, pretensão, ação ou exceção. Dependendo a existência de que nasça com vida”.

Partindo de tais concepções, o nascituro é compreendido como sendo o feto em gestação. E, em se tratando da análise do início de sua personalidade jurídica civil, é de suma importância trazer alguns apontamento sobre três correntes doutrinárias que se posicionam quanto ao início da personalidade do nascituro, quais sejam, a natalista, a condicionalista e a concepcionista.

A corrente natalista detém um viés conservadorista. Sustenta que o nascituro possui somente uma expectativa de direito, visto que o início da sua personalidade civil está condicionada ao seu nascimento com vida, nos termos do Art. 2º, CC/02. Assim sendo, essa teoria não atribui ao nascituro a característica de ser uma pessoa, visto que o compreende apenas como um ser detentor de meras expectativas de direito. Dessa forma, seus direitos estão elencados de forma taxativa, isto é, apenas o que o legislador atribuir especificamente.<sup>8</sup>

A corrente condicionalista, por sua vez, aduz que o nascituro é sim possuidor de direitos, mas é dependente da condição suspensiva de seu nascimento com vida. Ou seja, essa teoria possui um caráter mediano, e de modo genérico, é o que o

---

<sup>6</sup> BRASIL. **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: 19 abr. 2018.

<sup>7</sup> MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 134

<sup>8</sup> MATTOS, Karina Gomes de. Os direitos do nascituro. **Revista IOB de direito de família**, Porto Alegre, v. 9, n. 47, jul. 1998. (Nota: Continuação de Revista brasileira de direito de família. Porto). p. 84

ordenamento jurídico brasileiro adota, especialmente em se tratando de direitos patrimoniais e ações de reparação.<sup>9</sup>

Por último, a corrente concepcionista, é a que possui um caráter mais radical em relação ao reconhecimento do nascituro como sendo uma pessoa. É também a menos adepta, tendo menor incidência no ordenamento jurídico e nas concepções doutrinárias. Essa corrente compreende o nascituro como ser detentor de direitos e obrigações desde a sua concepção, sendo assim, capaz de direitos a partir do início de sua formação intrauterina. Entretanto, para que se tornem efetivamente eficazes, alguns desses direitos inerentes ao nascituro, dependem de que ele nasça com vida. Por exemplo, os direitos pertinentes às relações patrimoniais. Pois então, não haveria sequer um debate acerca de sua legitimidade acerca de tais direitos, pois de pronto seria constatada somente a falta de capacidade.<sup>10</sup>

Dessa forma, para se entrar em contradição com os concepcionistas, basta encarar que, quando da falta de vida no momento do nascimento, seria instituída uma condição resolutiva e não suspensiva dos direitos dos nascituros, conforme se extrai do exposto acima.<sup>11</sup>

Diniz<sup>12</sup>, adepta da teoria concepcionalista, aduz que ‘o nascituro tem personalidade jurídica formal, relacionada com os direitos pessoais, passando a ter personalidade jurídica material e direitos patrimoniais, somente, quando do nascimento com vida’.

A partir dessa reflexão, infere-se que o início da personalidade, apesar de possuir previsão expressa em nossa legislação, ainda encontra divergências, visto que ao passar pela análise de diversas linhas doutrinárias, bem como, morais, éticas e até religiosas, inevitavelmente ocorre uma sedimentação, formando pontos de vista heterogêneos ou plurifacetados. Assim sendo, no presente trabalho, será

---

<sup>9</sup> MATTOS, Karina Gomes de. Os direitos do nascituro. **Revista IOB de direito de família**, Porto Alegre, v. 9, n. 47, jul. 1998. (Nota: Continuação de Revista brasileira de direito de família. Porto). p. 84

<sup>10</sup> MATTOS, Karina Gomes de. Os direitos do nascituro. **Revista IOB de direito de família**, Porto Alegre, v. 9, n. 47, jul. 1998. (Nota: Continuação de Revista brasileira de direito de família. Porto). p. 84

<sup>11</sup> MATTOS, Karina Gomes de. Os direitos do nascituro. **Revista IOB de direito de família**, Porto Alegre, v. 9, n. 47, jul. 1998. (Nota: Continuação de Revista brasileira de direito de família. Porto). p. 85

<sup>12</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 192

adotada a corrente concepcionalista, eis que o foco dessa pesquisa é o enfoque da proteção atribuída ao nascituro, defendendo seu direito à vida.

### 1.3 Direito Fundamental e o Direito à Vida

Gonet<sup>13</sup> aduz que o direito constitucional tem progredido em diversos aspectos, apresentando resultados positivos em se tratando dos direitos fundamentais. Diante disso, o conceitua “como sendo o núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessa pretensão e os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima”.

Para o autor, a essência dos direitos fundamentais pode ser extraída do próprio preâmbulo constitucional, visto que ali se encontra a ideia de implementação do Estado Democrático de Direito, inspirado pela Assembleia Constituinte, cujo objetivo é assegurar o exercício dos direitos individuais, à liberdade, à segurança. “O domínio das considerações técnicas que os direitos fundamentais suscitam, por isso, é indispensável para a interpretação constitucional”.<sup>14</sup>

Diante dessa ideia, depreende-se que os direitos fundamentais são os direitos básicos inerentes e imprescindíveis a todo e qualquer ser humano. Ou seja, são os direitos que garantem ao ser humano a possibilidade de viver de forma digna. Assim sendo, dispõe Gonet<sup>15</sup>:

São indispensáveis a todos os homens, ostentando pois, pretensão universalista. Referem-se às liberdades individuais, como a de consciência, de reunião e, à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não se desaponta a preocupação com desigualdades sociais.

---

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 153

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 153

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155

Insta salientar que os direitos fundamentais são inalienáveis e indisponíveis, pois fazem parte de nossa natureza humana e, assim, não é possível dispor dos mesmos ou renunciá-los. Nesse sentido, Paulo Gonet<sup>16</sup> estabelece que “a tese da inalienabilidade afirma que ela resulta da fundamentação do direito no valor da dignidade humana – dignidade de que costumam traduzir como consequência da potencialidade do homem de ser autoconsciente”.

No que se refere ao direito à vida, tem-se que este está inserido no rol dos direitos fundamentais, sendo portanto, uma extensão deste. Seguindo este panorama, depreende-se que o mesmo é inalienável. Paulo Gonet<sup>17</sup>, ao tratar do direito à vida, sustenta que este é um preceito que serve como parâmetro de complementação a todos os demais direitos e liberdades constitucionais. Nesse sentido expõe:

O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.

A partir da acepção acima, é possível afirmar que o direito à vida, sob a perspectiva constitucional, é o direito que detém um valoração basilar e essencial superior aos demais direitos fundamentais, pois é o que resguarda o bem jurídico mais consagrado pela nossa Constituição Federal, por sua vez, a vida. Diante disso, podemos observar que a implementação de políticas protetivas instituídas pelo poder estatal tem o objetivo de resguardá-la. O teor do art. 225, §1º, da CF, traz claramente o que se afirma aqui, vez que o dispositivo mencionado enfatiza a importância do direito à vida e o dever do Estado de agir para preservá-la em si mesma e com determinado grau de qualidade.<sup>18</sup>

Apesar de não significar só isso, contemporaneamente, de acordo com Paulo Gonet, “a expressão ‘direito à vida’ está particularmente ligada à discussão sobre a legitimidade da interrupção do processo de gestação e ao debate sobre a licitude

---

<sup>16</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 165

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 289

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. Pg. 289

da interrupção voluntária da existência em certas circunstâncias dramáticas e peculiares”<sup>19</sup>, que é justamente o objeto de nosso estudo.

Face às considerações dispostas neste tópico, extrai-se que os direitos fundamentais são direitos válidos a todos os povos, sendo que, comportam inviolabilidade absoluta, pois é o mínimo necessário para que um ser humano possa viver dignamente. Neste campo, no topo de tais direitos fundamentais se encontra o direito à vida, com valor intrínseco e superior aos demais direitos fundamentais. E essa supremacia do direito à vida ganha realce quando inclui a vida da criança, ante a prioridade constitucional presente no art. 227, da CF.

#### 1.4 Aborto Eugênico

Andreucci<sup>20</sup> conceitua o aborto como sendo a “interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção”.

Mirabete<sup>21</sup> sustenta que “o aborto não significa necessariamente expulsão do produto da concepção, que pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão”.

Dentre as modalidades de aborto contempladas pelo ordenamento jurídico encontra-se a modalidade de aborto necessário, que é a que nos interessa. Sua base legal encontra-se no disposto do Art. 128, incisos I e II<sup>22</sup> do Código Penal, aos quais compreendem que, em se tratando de gravidez de risco, cuja única medida cabível para salvar a vida da mãe é a opção pela interrupção da vida do feto, é admissível a aplicação da medida abortiva sem atribuição de sanção penal ao caso concreto. Ainda na hipótese de gravidez resultante de violência sexual, é admissível a opção pelo abortamento do feto à gestante, caso assim o deseje fazer, sem que também recaia sobre ela qualquer responsabilidade penal, a teor do mencionado dispositivo

---

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 290

<sup>20</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Mini Código Penal anotado**. De acordo com as Leis nº 12.650, 12.653 e 12.654/12. São Paulo: 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 308

<sup>21</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**: arts. 121 a 234 do CP. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. p. 293

<sup>22</sup> Artigo 128, Código Penal: Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. BRASIL. Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 6 mar. 2018

penal.

Contemporaneamente, discute-se a possibilidade de dar ao mencionado artigo, uma ampliação em seu texto, visando atribuir à gestante a opção de interromper a gestação quando o feto for diagnosticado com anencefalia.

Essa modalidade de interrupção da gestação, é comumente chamada por aborto eugênico, que é a interrupção da gravidez feita nos casos em que há suspeita de que a criança possa vir a nascer com defeitos físicos, mentais ou anomalias, implicando em uma técnica de “seleção artificial do ser humano”.<sup>23</sup>

As primeiras considerações inerentes à eugenia, foram primordialmente recepcionadas por Charles Darwin, defensor da formação das espécies por uma ‘seleção natural’. Sua concepção acoplava a existência de raças superiores e inferiores, sendo que, as superiores deveriam prevalecer seletivamente perante as inferiores.<sup>24</sup> Contudo, o termo eugenia propriamente dito, foi criado no ano de 1883 por Francis Galton, primo de Darwin, quando do lançamento de sua obra “Gênio Hereditário”, sendo definido por ele como “o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente”.<sup>25</sup>

Tendo em vista encontrar a definição que mais habilmente é capaz de estabelecer os critérios mais completos para descrever a eugenia, Frydman<sup>26</sup> se manifesta no sentido de que estritamente, é necessário fazer uma “limpeza” social, para que assim, seja possível abreviar a quantidade de seres humanos que possuam anomalias genéticas graves, pois isso dificultaria a transmissão hereditária e consequente proliferação de deformidades. Para ele, a prática eugênica está integrada nos hospitais e constituindo cada vez mais uma implementação de certa liberalidade na concepção da sociedade, ganhando cada vez mais espaço sem que seja recriminado fortemente, como tem sido até pouco tempo atrás e durante muito tempo. Nesse sentido, muitos pesquisadores supõem que a prática é exercida muito

<sup>23</sup>KERSUL, Cintia de Souza. **Aborto eugênico e o direito fundamental à vida**. Âmbito Jurídico, Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17194&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17194&revista_caderno=9)> Acesso em: 6 abr. 2018

<sup>24</sup> A conexão eugenista. Disponível em: <<http://www.trdd.org/EUGBRP.HTM#A01>> Acesso em 08 abr. 2018

<sup>25</sup> WIKIPEDIA. **Eugenia**. 2010. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Eugenia>> Acesso em 06 abr. 2018

<sup>26</sup> FRYDMAN, René. O Espectro do Eugenismo. In: \_\_\_\_\_. **Deus, a Medicina e o Embrião**. Lisboa: Piaget, 2001, p. 62

frequentemente pela população em geral, não apenas nos casos de fetos com possíveis defeitos genéticos, mas quando os genitores não se consideram aptos a prosseguir com a gestação, seja pela idade mínima ou pela pessíma condição financeira.

Deborah Duprat, membro do Ministério Público Federal, pronunciou-se na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54/2005<sup>27</sup>, cujo mérito tratou da questão do abortamento de feto anencéfalo - que será posta em evidência no último capítulo deste trabalho -, no sentido de que a executoriedade do ato eugênico não é uma medida viável no prognóstico da anencefalia. Isto se deve ao fato de que na prática da eugenia, é feita a expulsão do feto do útero da mãe por portar uma característica física malquista pelos familiares ou pela sociedade em geral. Sendo assim, tal prática é reprovável por que é interpretada como uma tentativa de conceber um grupo de indivíduos “estreme” sem qualquer imperfeição, ainda que tal imperfeição não implique em dificuldades do portador em executar tarefas normais.

Deborah acrescenta, ainda, que a eugenia é um assunto complexo, o qual não deve ser arguído e debatido de forma generalizada no poder judiciário, isto porque incluiria o aborto de todo e qualquer feto defeituoso, sendo que, neste viés, existe uma diferença cabal entre a descriminalização do aborto quanto ao feto anencéfalo e quanto aos fetos portadores de qualquer outra deficiência. No primeiro caso, trata-se de embrião sem cérebro, destarte não seria possível viver plena e normalmente, executando atividades comuns, isto se conseguisse ao menos nascer, pois como foi exposto anteriormente, a maioria de fetos neste estado, sofre aborto espontâneo intrauterina. No segundo caso, trata-se de fetos com defeitos mínimos, os quais não impossibilitariam o exercício de toda e qualquer atividade necessária para o seu desenvolvimento pessoal. E assim sendo, poderia se adaptar e garantir seu próprio sustento dentro de suas condições.<sup>28</sup>

A partir das aceções acima acerca do aborto eugênico, infere-se que a prática do mesmo constitui a interrupção da gestação de um feto diagnosticado com

---

<sup>27</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Manifestação ADPF 54/2005**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>> Acesso em: 14 abr. 2018

<sup>28</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Manifestação ADPF 54/2005**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>> Acesso em 14 abr. 2018



algum tipo de anomalia genética incurável. A prática dessa modalidade no Brasil, é reprimível tanto em âmbito social, quanto jurídico. Não obstante, foi colocado em discussão perante a Corte Suprema, a possibilidade de opção dessa modalidade de abortamento, quando o produto da concepção for um feto com o diagnóstico de anencefalia, sendo necessário nesse ponto, abordar alguns aspectos sobre a anencefalia, a fim de trazer maior compreensão ao leitor, evitando-se ambiguidades.

### 1.5 Anencefalia

A anencefalia é conceituada pela medicina, como uma abnormidade na formação do sistema nervoso, caracterizada pela ausência da calota craniana, dos hemisférios cerebrais e de estruturas diencefálicas, que são substituídas por uma massa vasculoneural achatada e amorfa. A exposição do tecido nervoso ao líquido amniótico, causa a desintegração do cérebro, que ocorre justamente por conta da ausência da calota craniana e tem início na fase embrionária.<sup>29</sup>

Ribeiro<sup>30</sup>, faz a seguinte referência ao conceito de anencefalia:

Na anencefalia, não há estruturas cerebrais (hemisférios e córtex), havendo apenas tronco cerebral. Há ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as funções dependentes da medula espinhal. Com esse quadro neurológico se cumprem os critérios de morte neocortical, ao contrário do encerramento da função encefálica completa, que define a morte encefálica.

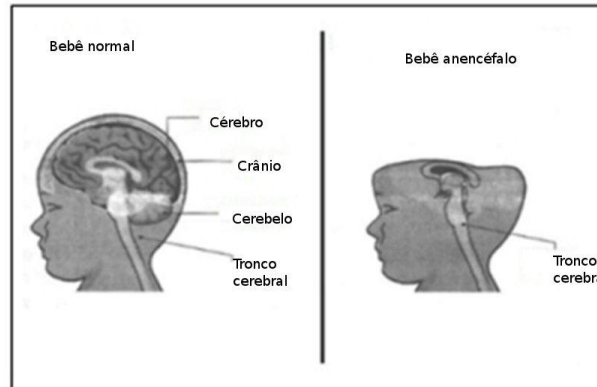
A seguir serão expostas duas figuras com o intuito de ilustrar o conceito acima, sendo que, a primeira figura, faz uma comparativa quanto às diferenças entre o cérebro de um bebê normal e o de um bebê anencéfalo. A segunda figura, ilustra um caso real de um bebê anencéfalo.

---

<sup>29</sup> TOI, A. A cabeça e o cérebro do feto. In: RUMACK, C.M.; WILSON, S.R.; CHARBONEAU, J.W. **Tratado de ultrassonografia diagnóstica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. v. 2, p. 1247.

<sup>30</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 101-102.

**Figura 1:** O bebê normal tem cérebro, crânio, cerebelo e tronco cerebral. O bebê anencéfalo tem tronco cerebral.<sup>31</sup>



Fonte: <<https://jus.com.br/artigos/24228/adpf-n-54-a-luz-do-biodireito-interruptao-da-gestacao-do-feto-anencefalo/3>>.

**Figura 2:** Bebê anencéfalo. Ausência da calota craniana e exposição do cérebro primitivo<sup>32</sup>



Fonte: <<https://jus.com.br/artigos/24228/adpf-n-54-a-luz-do-biodireito-interruptao-da-gestacao-do-feto-anencefalo/3>>

A figura 2, trata-se de uma situação real, sendo possível observar com clareza a ausência da calota craniana e dos hemisférios cerebrais, ficando exposta somente a massa vasculoneural. Diante disso, a anomalia aqui tratada é facilmente

<sup>31</sup> REZENDE, Jorge, 1998 apud SANTOS, (2013). **ADPF nº 54 à luz do biodireito:** interrupção da gestação do feto anencéfalo. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24228/adpf-n-54-a-luz-do-biodireito-interruptao-da-gestacao-do-feto-anencefalo/3>> Acesso em: 13 abr. 2018.

<sup>32</sup> WILLIAMS, Lippincott (2000) apud Santos (2013). **ADPF nº 54 à luz do biodireito:** interrupção da gestação do feto anencéfalo. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24228/adpf-n-54-a-luz-do-biodireito-interruptao-da-gestacao-do-feto-anencefalo/3>> Acesso em: 13 abr. 2018

compreensível por irreversível, sendo presumivelmente aceitável que a possibilidade de sobrevivência de uma criança nessas condições, caso sobreviva após o parto, seriam mínimas ou inviáveis.

Para Moron<sup>33</sup>, a possibilidade de se detectar a ausência da calota craniana, se dá entre o viagésimo e vigésimo oitavo dia de gravidez. Nessa ocasião, se observa a ausência dos hemisférios cerebrais diante da falta da calota craniana e consequente exposição do tubo neural ao líquido amniótico. Assim, a depender da localidade e dos habitantes, a ocorrência de má-formação desse tipo, varia de 0,1 a 1% dos nascituros.

A anencefalia compreende três etapas. Na primeira se detecta o não fechamento do neuróporo rostral<sup>34</sup>, ou seja, o primeiro defeito a ser detectado no tubo neural. Na segunda etapa, se observa a exposição do que seria o cérebro que estava a se desenvolver, ao líquido amniótico, ocorrendo então, uma ruína grave ao tecido cerebral.<sup>35</sup>

O procedimento adotado pelo médico para diagnosticar a anencefalia é muito simples, realizado por meio do exame de ultrassom, e sendo este o método mais comum. A taxa de erro no diagnóstico é ínfima ou inexistente, quando feito após a décima sexta semana de gestação.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> MORON, Antonio Fernandes. **Medicina fetal na prática obstétrica**. São Paulo: Santos, 2003. p. 177.

<sup>34</sup> “Quando ocorre o fechamento do tubo neural no feto, as extremidades que ainda se encontram abertas, são denominadas neuróporos” MARCUZZO, Simone. **Sistema Nervoso**. Disponível em: <[http://professor.ufrgs.br/simonemarcuzzo/files/aula\\_neuro\\_embriologia.pdf](http://professor.ufrgs.br/simonemarcuzzo/files/aula_neuro_embriologia.pdf)> Acesso em 20 abr. 2018

<sup>35</sup> MORON, Antonio Fernandes. **Medicina fetal na prática obstétrica**. São Paulo: Santos, 2003, p. 173.

<sup>36</sup> JAQUIER, Monika. **Perguntas mais frequentes sobre anencefalia**. Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php>> Acesso em: 18 abr. 2018.

## 2 ASPECTOS DO PARADIGMA DAS NAÇÕES UNIDAS E DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Este capítulo apresentará aspectos do paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral da criança, com realce para a Convenção das Nações Unidas de 1989 e os seus princípios. Ainda, abordará a abrangência da proteção integral para compreender o nascituro e o direito à vida.

### 2.1 A Convenção Internacional dos Direitos da Criança e seus Princípios Norteadores

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, foi instituída em 1989, sendo que sua entrada em vigor no Brasil se deu em 1990. A referida Convenção constituiu uma mudança primordial no que se refere às diferenças entre os adultos e crianças, pois definiu que a proteção das crianças, dada sua vulnerabilidade, deve se dar de forma discricionária e, a partir disso, amplia o reconhecimento dos direitos da criança para o campo internacional, sendo que, posteriormente, quando de sua inclusão no texto constitucional, esses direitos se transformam em direitos fundamentais pois faz com que as carências universais inerentes a toda e qualquer criança, sejam vistas em um primeiro momento como parte dos Direitos Humanos.<sup>37</sup>

É possível dizer que essa Convenção faz parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para Ferraz<sup>38</sup> essa inclusão se dá de forma subjetiva, vez que sua abrangência comporta apenas crianças e adolescentes, isto é, se limita a uma parte específica da população mundial. No entanto, há um contraponto quanto ao seu limite territorial. Nesse sentido, infere o autor:

[...] seu alcance heterogêneo se contraporá ao alcance homogêneo representado, por exemplo, pelos tratados internacionais destinados a conceder direitos e proteger toda a população mundial [...]. Por outra via de enquadramento, que leva em consideração o âmbito territorial de destinação de suas normas, pode-se dizer que a convenção sobre os direitos da criança tem um alcance global, posto que destinada, em potência, a vigorar em todo o globo terrestre, almejando-se uma

<sup>37</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 14

<sup>38</sup> MÔNACO, G. F. C. O décimo quinto aniversário da convenção sobre os direitos da criança – contributo para o aprofundamento e implementação do direito internacional dos direitos humanos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 831. 2005. p. 138. 138

ratificação universal [...]. Com efeito, a convenção não territorialmente limitada a uma região do globo [...] a um continente [...], nem a um grupo cultural ou religioso [...]. Ao contrário, é aberta à assinatura e retificação por todos os Estados-membros da Organização das Nações Unidas, tendo havido épocas em que os Estados-parte na Convenção eram muitos mais que os membros da ONU.<sup>39</sup>

Diante disso, compreende-se o alcance limitado da Convenção, abrangendo apenas as crianças, ainda que contemplada sua essência nos Direitos Humanos. No entanto, há o caráter de universalidade dos efeitos da Convenção com alcance às crianças de todas as partes do mundo. Assim, não poderia uma pessoa fora dos padrões de idade estabelecidos na Convenção pleitear seu enquadramento em qualquer dos artigos, mas qualquer criança sim, independentemente do território em que se encontrar, gozará das proteções garantidas pela Convenção.

A partir disso, assevera-se a grande importância da Convenção e o seu relevante marco internacional e constitucional, vez que a proteção à criança, até então, possuía um caráter irrisório, não sendo considerada uma garantia constitucional plenamente efetiva. Sendo assim, as crianças não possuíam um amparo legal absoluto, dada a sua circumspecta vulnerabilidade.

Costa<sup>40</sup>, faz uma importante exposição sobre o assunto nos seguintes termos:

A Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de 1989 culminou por abarcar todos os direitos fundamentais da criança,

---

<sup>39</sup> MÔNACO, G. F. C. O décimo quinto aniversário da convenção sobre os direitos da criança – contributo para o aprofundamento e implementação do direito internacional dos direitos humanos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 831. 2005. p. 138

<sup>40</sup> “1º) Garantizar ele derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. (art. 12)

2º) El niño tendrá derecho a la libertad de expresión, libertad de buscar, recibir e difundir informaciones, ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño, sin perjuicio de estar sujetas a ciertas restricciones, previstas expressamente en la ley. (art. 13)

3º) Los estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de consciencia y de religión, sin perjuicio de las prescripciones de la ley, sobre los derechos y deberes de los padres de guiar al niño en el ejercicio de su derecho y de su protección de la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o de derechos y libertades fundamentales de los demás. (art. 15)

4º) Los Estados partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos, distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática. (art. 15)

5º) Ningún niño será objeto de inferencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. (art. 16)”

COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 2

independentemente de sua categoria, contendo a sua Parte I quarenta artigos substantivos. [...] este instrumento fundamental conjuga a liberdade com a proteção integral da criança de forma harmoniosa, conforme se vê nos artigos 12 a 16.

Em sequência, afirma o autor, que a proteção integral ao reconhecer as crianças como sujeitos de direito, garantem às mesmas todos direitos fundamentais inerentes a qualquer ser humano. No entanto, a elas também devem ser assegurados direitos especiais, dada a sua condição peculiar de vulnerabilidade e desenvolvimento.<sup>41</sup>

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC), foi um marco histórico de grande relevância, eis que ocasionou uma mudança de paradigma em relação à criança. Diante disso, Martha de Toledo<sup>42</sup> infere que a problemática central de todo o direito dentro da perspectiva da proteção constitucional dos direitos da criança, compreende também a formulação de políticas sociais de proteção. Nesse sentido, tem-se que:

A CIDC é um instrumento específico de direitos humanos daqueles cuja única especificidade é não haver alcançado os dezoito anos de idade – marca o início de um processo equivalente para a infância, ao mesmo processo pelo qual passaram os outros setores excluídos do pacto da modernidade<sup>43</sup>

Com base nesses apontamentos, observa-se que a CIDC consolidou a importância da criança no âmbito constitucional, abrangendo a aplicabilidade de seus dispositivos aos que possuírem até dezoito anos incompletos, não definindo, pois, uma idade inicial para sujeitarem crianças em seu rol de direitos. Diante disso, pode-se concluir que a CIDC, em consonância com o paradigma da proteção integral, reconhece o nascituro como criança e a este se aplicam todos os seus dispositivos e garantias constitucionais.

---

<sup>41</sup> COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 2

<sup>42</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 14

<sup>43</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 14

## 2.2 O Paradigma da Proteção Integral

O Paradigma da Proteção Integral nasce com a CIDC e encontra-se presente nos institutos normativos brasileiros, notadamente na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>44</sup>

De acordo com Costa<sup>45</sup>, apesar de conter em prestigiados documentos, uma primordialidade em reconhecer uma proteção especial às crianças, tem o seu embrião no art. 19 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica de 1969, que fez constar o conceito de proteção integral, qual seja: “Toda criança tem o direito de proteção que a sua condição de menor requerer, por parte da família, da sociedade e do Estado”.

Para o autor, é possível estabelecer três entes obrigados a assegurar a referida proteção, a saber: família, sociedade e Estado. Sendo que:

[...] as atenções e cuidados são dirigidos a todas as crianças e adolescentes, sem nenhuma distinção, alcançando a norma não somente o menor abandonado ou delinquente, mas a imensa coletividade de infantes e jovens, desde o momento da concepção.<sup>46</sup>  
(grifo nosso)

Pelo que se infere, a proteção integral que obriga família, sociedade e Estado a salvaguardarem os direitos fundamentais à criança, principalmente o direito à vida, alcança também o produto da concepção. Assim sendo, é de se reconhecer o feto como criança, e a ele se aplicarem todos os dispositivos que garantem proteção especial e integral à criança.

Esse paradigma se fundamenta no fato de que as crianças devem ser reconhecidas como sujeitos de direito, dentro da perspectiva do mundo adulto, tendo a possibilidade de contrair direitos e obrigações dentro do âmbito familiar, social e Estatal. Mas muito mais que apenas sujeitos de direito comuns, pois se encontram em fase peculiar de desenvolvimento, não apenas física, mas mental e psíquica, contexto que sinaliza para um atendimento prioritário quanto às suas necessidades.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.. 01

<sup>45</sup> COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 01

<sup>46</sup> COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.. 01

<sup>47</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 49-50

Para Toledo<sup>48</sup>, deve haver um reconhecimento de igualdade entre crianças e adultos:

[...] assenta-se na premissa de que todas as crianças e os adolescentes, independentemente da situação fática em que se encontrem, merecem igualdade jurídica, merecem receber da sociedade um único e igualitário regime de direitos fundamentais, livre de tratamento discriminatório ou opressivo.

Portanto, é possível inferir que a criança não deve ser vista de maneira discriminatória ante aos adultos, ainda que suas condições fático-sociais sejam divergentes daqueles, devendo ser observado o caráter isonômico quanto à perspectiva jurídica.

O paradigma da proteção integral, possui reflexos da corrente iluminista no que tange a vertente igualitária e democrática. Assim, se institui uma acepção mais atual e severamente rígida em relação à proteção dos Direitos Humanos.<sup>49</sup>

O surgimento da proteção integral designou uma alteração de paradigma, alterou a ideia de que a criança fosse vista como um mero objeto de direito, quando se fazia presente nos termos necessidade e delinquência, para uma circunstância de valoração e destaque. Sendo reconhecidamente possuidora de direitos, ainda que estivessem ou não em circunstância de risco iminente. Nesse sentido, a proteção integral concedeu uma abordagem diferenciada às crianças, ante à sua vulnerabilidade em relação aos adultos, vez que possuem condição peculiar de desenvolvimento e, por sua vez, necessitam que aos seus direitos fundamentais sejam atribuídos um caráter absoluto.<sup>50</sup> Portanto, tem-se que o paradigma da proteção integral reconhece as crianças como sujeitos de direitos e obrigações.

O paradigma da proteção integral, presente da normativa internacional (CIDC), na CF e no ECA, pauta-se nos princípios da prioridade absoluta, melhor interesse, corresponsabilidade e na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Assim, é possível extrair as seguintes características desse paradigma:

---

48 MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 50

49 MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 54

50 MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 152



- a) **Direitos Humanos:** Os direitos da criança e do adolescente abrangem todo o rol dos direitos humanos além dos direitos especiais que necessitam por serem detentores da condição peculiar de seres humanos em desenvolvimento. O fato de se encontrar em uma fase especial da vida, não os exclui do rol dos direitos humanos, cuja definição se explica pela natureza do homem, que possui direitos intrínsecos ao mínimo de dignidade humana.<sup>51</sup>
- b) **Universalidade:** Aqui deve-se ponderar a igualdade inerente à todas as crianças e adolescentes no que se refere aos seus direitos, sem que seja levado em conta sua condição financeira, raça, religião, nacionalidade, garantindo a segurança e contemplação pela sua família, sociedade e Estado, visando sempre garantir o seu bem comum.<sup>52</sup>
- c) **Pessoas em Desenvolvimento e Sujeitos de Direito:** A ideia contemplada no texto constitucional é a de que, crianças e adolescentes estão enquadradas em situação especial de maior vulnerabilidade, pois são consideradas pessoas humanas em desenvolvimento. Assim, necessitam de um enredo de defesas para que possam desenvolver seus potenciais humanos com integridade, visto que, o processo de formação da personalidade de crianças e adolescentes, está em andamento.<sup>53</sup>

Das características acima, no contexto da Proteção Integral, compreende-se uma centralidade na condição peculiar da criança, pois esta se encontra em fase de desenvolvimento e por isso precisa ser enquadrada em um sistema especial de direitos fundamentais. Essa noção de sistema especial não é uma concepção contemporânea. Nesse sentido tem-se que:

A Declaração dos Direitos da Criança [...] refere-se em seu preâmbulo à Declaração Universal; mas, logo após essa referência, apresenta o problema dos direitos da criança como uma especificação da solução dada ao problema dos direitos do homem. Se se diz que 'a criança, por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita de uma proteção particular e de cuidados especiais', deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como um *ius singulare* com relação a um *ius commune*; o destaque que se dá a essa

<sup>51</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 197.

<sup>52</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p.. 50

<sup>53</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 109

especificidade do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*.

Nessa linha, Toledo<sup>54</sup> explica que somente após o reconhecimento do Princípio da Dignidade Humana no contexto constitucional, é que surgiu o sistema de proteção especial destinado às crianças, reconhecendo a sua vulnerabilidade em relação aos adultos ante ao seu desenvolvimento físico e emocional. Afirma a autora que a essência elementar do referido princípio se encontra espalhada, principalmente, nos textos dos arts. 227, §3º, 228 e 226, §§3º, 4º e 8º, 229, todos da Constituição Federal, eis que todos trazem disposições sobre direitos fundamentais.

Não há uma distinção entre direitos fundamentais tratados e os direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais sociais, mas sim uma complementação dos mesmos em ambos os grupos. Ou seja, “os direitos fundamentais não se reduzem a nenhum dos dois grupos, mas contemplam direitos que se enquadram em ambos”<sup>55</sup>, sendo tais direitos fundamentais, inerentes às pessoas em condição peculiar, em desenvolvimento.

Diante disso, infere-se que a partir da integralização dos direitos fundamentais à Constituição Federal, passou a existir o sistema especial destinado às crianças, fundado na Proteção Integral.<sup>56</sup>

Diante disso, é possível inferir que a criança se encontra em fase de desenvolvimento de diversos aspectos, principalmente no que tange a sua personalidade humana - uma das características mais importantes para a concretude de sua personalidade jurídica -, além de outros fatores emocionais e físicos, aos quais atribuem vulnerabilidade com relação aos adultos. Sendo assim, é preciso que, diante dessa vulnerabilidade, seja atribuída uma proteção especial aos seus direitos fundamentais a fim de garantir que tenham um alcance pleno ao seu potencial humano, dado o seu reconhecimento por sujeitos de direitos pelo paradigma da

---

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos apud MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 107

<sup>55</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 106

<sup>56</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 108

proteção integral, proveniente à Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989.

### **2.3 As Vertentes Orientadoras dos Direitos da Criança e do Adolescente Compreendida sua Extensão ao Nascituro**

Os Direitos humanos sob a ótica da criança, não eram vistos como fator de grande relevância. Martha de Toledo dispõe um apanhado histórico em que afirma que somente em meados do Século XIX, os direitos da criança começaram a ser considerados com grande destaque social, ganhando espaço ao longo dos anos seguintes, a partir de diversos acontecimentos históricos e implementações de políticas públicas. A forma de tratamento atribuída às crianças, eram estritamente gerais e lamentáveis. Nesse sentido, a autora sustenta que:

O que basicamente mobilizou esse amplo segmento social foi a indignação em face das consequências nefastas da política de institucionalização generalizada de crianças e adolescentes oriundos dos segmentos menos favorecidos da sociedade, promovida pelos programas estatais de atenção à infância, além da iniquidade de tratamento, presente tanto no ordenamento então vigente como em tais programas de atendimento, que desembocava em funda estigmatização desta parcela de nossos jovens, além da historicamente péssima condição de atendimento.<sup>57</sup>

Observa-se que a questão só começou a ter visibilidade e ser devidamente reconhecida sua importância, ante o tratamento plenamente precário e deplorável que o Estado conferia às crianças, de modo que as mesmas continuavam desamparadas e sem qualquer fator preponderante que lhes garantisse o mínimo da dignidade humana.

Em meados do Séc. XVIII, quando do pós-guerra, o número de crianças marginalizadas era expressivamente significativo, pois além da inacessibilidade escolar, o trabalho infantil era bastante explorado, fazendo com que a situação desumana em que se encontravam as crianças, ou seja, uma extrema miséria, elevasse a criminalidade infanto-juvenil. A partir de então, passou-se a distinguir efetivamente a criança carente da delinquente, bem como, passou-se a considerar a infância como uma categoria distinta de adultos, pois até então, os menores infratores detidos em estabelecimentos prisionais, ficavam em privação de liberdade

---

<sup>57</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 26

conjuntamente com adultos, ficava nítida a questão central voltada ao extermínio da criminalização juvenil, que se correlacionava com a infância desvalida.<sup>58</sup>

A partir de tal preocupação inserida no contexto da distinção entre a categoria adulta e a infantil, foram criados dos Tribunais dos Menores, cujo caráter estrito estava ligado à extensão de toda a infância sem assistência social e não somente aos jovens que praticavam conduta criminosa, visando a prevenção de eventuais crimes cometidos por crianças e adolescentes. Seguindo essa linha de pensamento, elucidando a necessidade de uma organização familiar, a prática abortiva foi vista como uma ciência voltada ao 'extermínio' de fetos portadores de anomalia genética, e tornou-se um assunto de competência do referido Tribunal de Menores, ao qual, conjuntamente com organizações de assistência à criança, tinha o condão de evitar o exercício da medida, que gerava rejeição.<sup>59</sup>

Assim, tem-se que a proteção voltada ao aborto de feto portador de abnormidade genética, não é um tema atual, sendo inserido em questões jurídicas também como medida preventiva. O objetivo não é apenas o de punir a prática do ato cujo exercício interrompe a possível existência de uma vida, mas também o de evitar sua execução.

O sistema de proteção especial no que se refere à criança, está previsto no Art. 227, §3º, CRFB/88, cuja essência é perfeitamente caracterizada como um Direito Fundamental. O teor do artigo faz menção à proteção, à vida, à liberdade e a dignidade, isto é, faz menção aos direitos fundamentais da pessoa humana. Não existe aqui uma distinção do que são direitos fundamentais individuais e sociais, mas uma fusão dos dois. Assim, é de ser identificar que o teor do artigo trata de uma mesclagem de ambos. Dentro dessa análise, infere-se que tais direitos fundamentais inerentes à pessoa humana em condição especial, é também o da pessoa humana em fase de desenvolvimento. Assim sendo, ao nascituro devem ser respeitadas suas garantias fundamentais, primordialmente ponderando-se o princípio da dignidade humana.<sup>60</sup>

Diante dessa premissa ligada aos direitos humanos reconhecidos à criança,

---

<sup>58</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 29-30

<sup>59</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 40-41

<sup>60</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 207-208

é possível identificar sua amplitude no texto constitucional, valorando a vida e o direito à vida como sendo seu bem jurídico mais importante. Assim, a premissa que rege os direitos humanos é a proteção à criança, estendendo-se também ao nascituro, estabelecendo um valor supremo na Constituição, caracterizando-se por norma princípio, haja vista que auxilia o ordenamento jurídico de forma a valorar sua essência.

Ante às considerações do tópico anterior, em que se fez mister o reconhecimento do nascituro como criança, tendo em vista que o paradigma da proteção integral se aplica às crianças, o nascituro se inclui na definição de sujeito de direitos e no sistema de proteção especial. Se assim o faz, é inerente ao nascituro que lhe sejam garantidos e resguardados, todas os direitos fundamentais constantes do texto constitucional, principalmente o direito à vida.

#### **2.4 Direitos Fundamentais que Ponderam a Vida Concebida**

Procura-se destacar aqui a garantia do direito fundamental à vida para o nascituro nos moldes da proteção integral. Nesse sentido, Paulo Gonet<sup>61</sup> pontua que não se pode exigir um certo grau de desenvolvimento orgânico de um indivíduo para que lhe seja atribuído o direito à vida. Em outras palavras, não é viável que um ser humano em fase de desenvolvimento, esteja desprotegido em um determinado momento de sua formação até que se atinja a fase ideal para que tenha direito à vida. Assim como não cabe ao legislador impor que o indivíduo seja dotado de personalidade jurídica civil para que tenha acesso a esse direito fundamental, eis que:

Havendo vida humana, não importa qual etapa de desenvolvimento e não importa o que o legislador infraconstitucional dispõe sobre personalidade jurídica, há o direito à vida. Nesse quando deve ser avaliada a questão do direito à vida dos nascituros. O elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção [...]. O nascituro é um ser humano. Trata-se, indisputavelmente, de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou [...]. Isso é bastante para que seja titular do direito à vida, apanágio de todo que surge do fenômeno de fecundação humana.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 292

<sup>62</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 292-293

Diante dessa reflexão, pode-se inferir que o nascituro tem o seu direito à vida garantido desde o momento de sua concepção, haja vista que nesse momento se reconhece a sua essência como sendo a de um ser humano, lhe sendo atribuídas todas as garantias fundamentais inerentes a todos os seres humanos e substancialmente, o seu direito à vida em primeiro lugar, “por conta dessa sua essência humana, o ainda não nascido tem direito à vida [...] por imposição do princípio da dignidade humana, ou seja, o direito à vida tem na fecundação, o seu termo inicial”.<sup>63</sup>

Ante à prerrogativa da gravidez, não se pode atribuir à mãe que decida sobre a interrupção da vida do feto. Apesar de existirem exceções à medida na lei penal, a regra geral é a de não o fazer, sendo tal fato imputado como crime. Para Paulo Gonet,<sup>64</sup> o desenvolvimento de uma gestação pode sim acarretar uma situação de dor e desconforto para a gestante, mas que essa circunstância, por si só, não pode ser ponderada para atribuir o direito de interrupção à vida do feto. Não se discute aqui qual vida é mais importante, mas em qualquer situação se envolva uma ameaça ao direito à vida de outrem, deve-se ponderar a preservação da vida humana, não havendo a possibilidade de um equilíbrio entre esta e outros valores, devendo existir uma compensação proporcional.

No plano legal, o direito à vida do nascituro está inserido em diversos dispositivos. Dentre eles, encontra-se o art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, ‘in verbis’:

Art. 7º: A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas **que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.** (grifo nosso)<sup>65</sup>

A partir da disposição desse artigo, depreende-se que a proteção estudada no capítulo anterior, também se aplica ao nascituro, vez que lhes é garantido o resguardo ao seu nascimento e desenvolvimento, compreendendo tal segurança

<sup>63</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 294

<sup>64</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 297

<sup>65</sup> BRASIL. **Lei nº 13.257**, de 8 de março de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm)> Acesso em: 16 abr. 2018

desde a sua concepção. No que tange à proteção à direitos, o Código Civil traz o seguinte em seu art. 2º, ‘in verbis’:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas **a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.** (grifo nosso)<sup>66</sup>

Com relação a esse artigo, Moreira<sup>67</sup> afirma que “essa norma, sobretudo na segunda parte, tem por fito dar solução jurídica a problema extremamente complexo em mais de um aspecto”. Ou seja, sua interpretação abrange não apenas as áreas do direito, mas também a biológica, a religiosa, filosófica e política, vez que cada uma delas tem uma convicção formada a respeito do início da vida e até que ponto esta deve ser ponderada.

De modo recorrente, quando se disserta sobre a proteção e as garantias do nascituro, no tocante aos direitos fundamentais, se adentra somente quanto ao início de sua personalidade jurídica. Para tanto, utilizam as concepções de duas correntes, a concepcionalista, que defende que já existe o início de sua personalidade jurídica desde o momento da concepção e a natalista, que defende que o início da mesma se dá somente quando do nascimento com vida<sup>68</sup>.

Para Moreira<sup>69</sup>, o legislador quando editou o art. 2º, do Código Civil, não usou a palavra “direitos” aleatoriamente. O autor defende que o termo técnico empregado na segunda parte do artigo, significa que “sobre quem o conteste, em todo caso, recairá o ônus da prova”. Em outras palavras, não se faz menção a meros interesses ou quaisquer figuras jurídicas, mas a direitos consagrados tanto no plano constitucional quanto infraconstitucional. Acrescenta o autor que:

[...] a lei promete pôr ‘a salvo os direitos do nascituro’; a lógica mais elementar impõe admitir que o nascituro tem direitos. Negá-lo é fazer tábua rasa de disposição cristalina. As construções têm de partir desse ponto firme; se não partem dele, são construções erguidas sobre areia.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> BRASIL. 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: 16 de abr. 2018

<sup>67</sup> BARBOSA, J.C. M. **O direito do nascituro à vida.** Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006. p. 143

<sup>68</sup> BARBOSA, J.C. M. **O direito do nascituro à vida.** Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006. p. 144

<sup>69</sup> BARBOSA, J.C. M. **O direito do nascituro à vida.** Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006. p. 145

<sup>70</sup> BARBOSA, J.C. M. **O direito do nascituro à vida.** Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006. p. 145

A partir das reflexões do autor, depreende-se que todo o ordenamento jurídico deve considerar o nascituro como sendo uma pessoa, vez que as considerações sobre a sua proteção não é taxativa. E por ser considerado uma pessoa, ou ainda, um sujeito de direitos, conforme dispõe a proteção integral, se inclui nos aludidos *direitos*, o direito fundamental à vida, que é o que nos interessa neste trabalho.

Se o nascituro é reconhecido como um ser detentor de direitos, para Moreira<sup>71</sup>, “não pode deixar de ter, antes e acima de quaisquer outros, direito à vida, vez que é pressuposto necessário para todos os restantes”. Isto é, o direito à vida é o direito fundamental primordial, pois não há outra maneira de o nascituro usufruir das demais garantias sem antes lhe ser permitido viver.

Para o autor, negar o direito à vida para o nascituro equivale cercear todos os seus demais direitos, contrariando a segunda parte do art. 2º do Código Civil. O ordenamento jurídico brasileiro reconhece que o ínfimo espaço de tempo entre o nascimento e a morte já é suficiente para que seja reconhecida a existência da personalidade jurídica, assim sendo, para o direito brasileiro é irrelevante a duração da vida do indivíduo no que se refere a titularidade de seus direitos.<sup>72</sup>

Infere-se portanto, que o direito brasileiro assegura ao nascituro a titularidade de direitos desde a sua concepção. Mas que, em algumas circunstâncias, essa titularidade fica condicionada ao seu nascimento com vida, por exemplo, no tocante aos direitos patrimoniais, pois somente após o seu nascimento com vida, é que estaria plenamente apto a usufruí-los, visto tratar-se de “condição de fato futuro e incerto, do qual dependa o direito. Inútil será a aquisição desse direito se não ocorrer a condição de seu nascimento com vida”<sup>73</sup>. Nessa perspectiva, como já explicitado, ao nascituro é resguardado, além de todas as garantias constitucionais básicas, o direito à vida como sendo seu direito primordial, anterior a todos os outros direitos, pois é a base principal para que ele faça jus aos demais.

---

<sup>71</sup> BARBOSA, J.C. M. **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006. p. 148

<sup>72</sup> BARBOSA, J.C. M. **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006. p. 149

<sup>73</sup> SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 96



### 3 UM ESTUDO À JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA QUANTO À FLEXIBILIZAÇÃO DO ABORTO DE ANENCÉFALO

Neste ponto será realizada exposição sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 54/2005, julgada pelo Supremo Tribunal Federal para, em seguida, trazer reflexão na perspectiva do princípio da dignidade humana, do direito fundamental à vida e do paradigma da proteção integral da criança, numa tentativa de diálogo com os conteúdos dos capítulos anteriores.

#### 3.1 Breve exposição da ADPF Nº 54/2005 julgada pelo Supremo Tribunal Federal

##### 4.1.1 Pontos Relevantes da Peça Inicial

As questões pertinentes à prática abortiva voltada à anencefalia, acabaram por gerar grande relevância social e como era de se esperar, tais questionamentos foram levados ao campo jurídico, alcançando pois, o poder judiciário, resultando na apreciação pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF-54/2005.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, trata-se de um instrumento jurídico manuseado para impedir ou reparar lesão a algum preceito fundamental derivado de ato proferido pelo Poder Público<sup>74</sup>, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, sendo ainda, amparada pela ANIS – Agência Nacional de Saúde e a participação e pronunciamento dos mais relevantes representantes da comunidade médica e científica do Brasil, que contribuíram consideravelmente para essa discussão de grande repercussão nacional.<sup>75</sup>

O objeto principal da presente ação, era o de que a Suprema Corte reconhecesse e demandasse - de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil -, a inconstitucionalidade e nova interpretação aos Arts. 124, 126 e 128, I e II constantes do Código Penal Brasileiro. Os dois primeiros, por sua vez, tratam da incriminação da prática abortiva e as sanções cabíveis às eventuais

<sup>74</sup> WIKIPEDIA. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Argui%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_descumprimento\\_de\\_preceito\\_fundamental](https://pt.wikipedia.org/wiki/Argui%C3%A7%C3%A3o_de_descumprimento_de_preceito_fundamental)> Acesso em: 10 fev. 2018

<sup>75</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp)> Acesso em: 10 fev. 2018

práticas do ato. E o segundo, traz as hipóteses de “aborto necessário”, com disciplina quanto às exceções que excluem a punibilidade do agente quando da prática do ato.

Assim, buscou-se com essa ADPF, acrescentar ao último artigo, nova interpretação no sentido de que uma terceira hipótese de aborto não fosse passível de punibilidade, qual seja, casos de gestações de feto diagnosticado com anencefalia, sob o argumento de que tal medida não era capaz de ferir as garantias fundamentais resguardadas pela Constituição Federal.

A mencionada ADPF teve como advogado da parte autora, um dos atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, que à época ainda não estava no cargo de Ministro da Suprema Corte. O questionamento apontado por ele num primeiro momento, foi apresentado amplamente, visando abordar a abnormidade não apenas sob a ótica de uma única categoria, mas sob os mais variados ângulos, elencando pontos relevantes ao caso, com o objetivo de afastar outras deliberações emitidas em medidas liminares de outros tribunais, que poderiam exercer uma influência negativa na decisão do caso concreto.

A parte autora fundamentou objetivamente suas alegações, motivadas principalmente no conflito que toda a categoria da saúde vinha suportando. Visto que, por vezes, ao se submeterem à prática do procedimento de ‘antecipação terapêutica’ (assim por eles denominado), em se tratando de feto diagnosticado acéfalo, se deparavam com posteriores ajuizamentos de ações penais, sob o fundamento de ferimento dos dispositivos penais que estabelecem a prática abortiva como ato criminoso e punível. O propósito da presente ação visava garantir não só o reconhecimento do direito da mãe em optar pelo não prosseguimento de uma gestação incomum e de risco, como também pretendia alcançar proteção à autonomia do exercício médico quanto ao referido ponto.

O teor da petição inicial trouxe uma especificação completa da anencefalia, com informações técnicas que a reconhecem como a deformidade mais árdua a se diagnosticar em um feto, pois consiste em um defeito na formação do seu tubo neural, havendo a ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, impossibilitando o desenvolvimento ou construção do cérebro, do córtex cerebral. Assim sendo, a vida do feto após o parto, seria improvável. Acrescentou-se ainda, que caso o feto sobreviva após o parto, seria incapaz de ter sentimentos, emoções ou quaisquer

sensações semelhantes.<sup>76</sup>

Ainda sobre a análise dos autos processuais, verifica-se que a parte autora juntou parecer expedido pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO, em que a associação faz alusão aos riscos constantes da gravidez de feto portador de anencefalia. O parecer indica que a referida gestação pode gerar danos irreversíveis à gestante. Além do mais, optar pelo seu prosseguimento pode incorrer em várias adversidades, por exemplo: a extensão do período gestacional por mais de quarenta semanas, aumento exagerado do líquido amniótico, síndromes hipertensivas específicas da gestação, que em suas formas graves, geram eclampsia, instabilidade emocional e psicológica, complexidades obstétricas quando da conclusão do parto, indispensabilidade de consultas psicoterapêuticas no pós-parto e no estado puerperal.<sup>77</sup>

Levando em consideração todas as possíveis complicações passíveis de ocorrência durante a gestação de feto portador de tal abnormidade, destaca-se que a prática do ato abortivo em se tratando de anencefalia, não seria necessário qualquer autorização legal ou judicial para que fosse realizada, dada sua grande complexidade e em se tratando de iminente risco de vida à gestante.

Existe um ponto nessa Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, cujo destaque é de grande pertinência. A parte autora faz uma discriminação entre a antecipação terapêutica e o aborto propriamente dito, partindo do pressuposto de que esta se trata de uma ocorrência incomum, ou seja, fato excepcional, estando amparado pelo art. 128, inciso II, do Código Penal Brasileiro sendo pois, ato inimputável. Dessa forma, o ato abortivo gera a interrupção da vida fetal, sendo pois, uma consequência direta do aborto, possuindo nexos de causalidade com a vida do feto fora do útero. Assim, as características do feto em conjunto, com dados apontados nesse sentido, indicam a morte fetal como evento certo e impreterível.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp)> Acesso em: 10 fev. 2018

<sup>77</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp)> Acesso em: 10 fev. 2018

<sup>78</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp)> Acesso em: 10 fev. 2018

Prossegue, para sustentar que seu argumento se embasa nos conceitos de morte expressos pelo próprio ordenamento brasileiro. A Lei nº. 9434/97, autoriza a remoção de órgãos para fins de transplante quando da constatação de morte encefálica do doador, ou seja, a partir do momento em que o cérebro cessa suas atividades, é declarado o estado vegetativo do indivíduo, ou seja, sua morte. A partir de tal declaração expressa na legislação atual vigente, é possível considerar a situação do feto portador de anencefalia como análoga à hipótese acima descrita, vez que não houve a morte cerebral, mas também nem o seu início, havendo somente o tronco encefálico.

Ainda sobre o teor constante da peça exordial, extrai-se que o ato abortivo contra o feto portador de anencefalia, não tem previsão legal no que tange a uma das hipóteses excepcionais do Código Penal Brasileiro, no art. 128, incisos I e II, como fato atípico impassível de sanção penal. Isso porque esse Código, foi sancionado no ano de 1940, época em que não era possível constatar precisamente o diagnóstico de abnormidades graves que fossem desacordes com a vida extrauterina.

Seguindo esta linha de argumento, constata-se que a circunstância meritória do presente caso, não pode ser salva ante à lacuna legislativa que perdurava até então estando amparada pela falta de recursos tecnológicos satisfatórios que fossem capazes de apurar eventos dessa natureza naquele tempo.<sup>79</sup>

Barroso afirma que a situação pertinente à anencefalia, incumbe uma hermenêutica jurídica sob uma ótica progressiva, visto que, no momento em a norma criada passa a vigorar, ela deixa seu caráter subjetivo e subsiste autônoma e subjetivamente. E é partindo desse pressuposto, que a lei tem a possibilidade de se ajustar diante de situações ainda não previstas em seu texto, ainda que colocadas repentinamente perante o legislador, pois o mesmo assimilará a respectiva estruturação de fatos relevantes que o motivou, bem como as perspectivas e limitações do teor regulamentar.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp)> Acesso em 10 de fevereiro de 2018

<sup>80</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp)> Acesso em 10 de fevereiro de 2018

Nesses termos, prossegue para afirmar que a Lei Penal elimina a tipicidade do ato abortivo em se tratando de gravidez resultante de estupro, porque ao analisá-la em sua essência, há uma ponderação entre a virtualidade da vida fetal e a intensidade do suplício da gestante. Diante disso, o legislador ‘pesou’ o que seria mais relevante **moralmente**, e, pautando-se em valores firmados nesse sentido, atribuiu maior significado à instabilidade emocional da gestante decorrente da violência por ela sofrida, autorizando a aplicação excepcional da medida. Tendo por base essa acepção, faz-se uma analogia quanto à ocorrência de gestação de feto anencefálico. Mas agora pondera-se a intensidade do suplício da gestante, visto tratar-se de gravidez de risco e a falta de virtualidade da vida fetal, pois suas condições de vida não seriam apenas limitadas, mas completamente inviáveis.

Sobre a questão, pronunciou-se o Ministério Público Federal - MPF, mediante parecer jurídico, com destaque para o seguinte trecho:

Nota-se, contudo, que o próprio legislador penal não atribuiu à vida potencial do feto um valor absoluto, tanto que permitiu o aborto em caso de gravidez resultante de estupro. Se, diante da ponderação entre a vida em potência do feto e o direito da mãe, preferiu o legislador, nesta hipótese de estupro, privilegiar a proteção da gestante, é legítimo supor que ele não proibiria a interrupção da gravidez, restringindo a liberdade de escolha da mulher, quando, do outro lado, não houvesse vida possível. **Portanto, a própria interpretação evolutiva da legislação penal conduz à idéia da admissibilidade da interrupção voluntária de gravidez no caso da anencefalia.** (grifo nosso)<sup>81</sup>

Com base no posicionamento acima, a parte autora complementou seu argumento afirmando que a possibilidade de optar pela antecipação terapêutica de feto anencéfalo, se encaixa no mesmo preceito lógico atribuído às circunstâncias excepcionadas pela legislação penal, cuja prática, inexistente sanção penal, pois configura uma ponderação menos gravosa que a atribuída às gestações resultantes de estupro, já que não se trata de uma vida em potencial.<sup>82</sup>

O Conselho Federal de Medicina, editou a Resolução nº 1.989/12, e presente

<sup>81</sup>BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em: 10 fev. 2018

<sup>82</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em: 10 fev. 2018

no teor da mesma, o posicionamento de Nelson Hungria que desde os anos 50, se posicionava perante um contexto perfeitamente passível de equiparação, cuja interpretação criminal estrita atribuída ao aborto, foi afastada. Segundo ele, não existe a procedência de outra vida, ou seja, não se está colocando na balança qual vida é mais importante que a outra, pois o objeto aqui concebido, não tem detém o potencial viável para comandar sua própria vida, sendo que o 'comando' aqui descrito, seria exercido unicamente por sua mãe ou terceiros. A retirada forçada do feto de dentro do útero, para que se torne ato punível caracterizado como aborto, faz-se necessário que o objeto concebido seja fisiológico e não patológico, visto que o prosseguimento do segundo é tido por evento nocivo, já que não há nenhum procedimento médico ou de qualquer natureza capaz de mudar a situação malgrada do feto, viabilizando uma possível chance de tornar sua vida potencialmente relevante.<sup>83</sup>

Extraí-se dos autos que os integrantes da área da saúde, ao terem que lidar com ocorrências dessa natureza e que são a favor das mulheres, sentiam-se plenamente desamparados judicialmente, pois estão cientes de que a assistência prestada em favor da mulher, poderia incorrer-lhes em ajuizamento de ações em âmbito penal, com fulcro no descumprimento das disposições constantes da lei penal que tipificam o ato abortivo e o torna passível de sanção penal.

Observa-se que essa ADPF, foi até hoje, o caso mais problemático no país, no que diz respeito a essa questão. Quando ainda pendente de julgamento, foi alvo de incontáveis protestos realizados por instituições adeptas da concepção conservadora, com ideais contrários ao ato abortivo independente de sua modalidade. Contudo, o processo teve uma peculiaridade importante, pois permitiu a intervenção de terceiros interessados para colaborar com considerações e conhecimentos técnicos, a fim de contribuir ao processo decisório da Suprema Corte.

Essa problemática já foi proposta no Brasil em pedidos liminares anteriores à propositura da ADPF nº54/05, e diante da lacuna da lei, algumas delas foram deferidas. Entretanto, sua concessão gerou diversas desavenças e discordâncias externadas pelo âmbito religioso e organizações humanitárias, que completamente revoltadas com as decisões proporem incontáveis recursos em defesa do feto,

---

<sup>83</sup> BRASIL. Associação Médica Brasileira – AMB. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.989/12**. Disponível em: < [http://www.poderesaude.com.br/novosite/images/stories/4\\_-\\_Publicacao\\_-\\_SIM\\_-\\_14.05.2012.pdf](http://www.poderesaude.com.br/novosite/images/stories/4_-_Publicacao_-_SIM_-_14.05.2012.pdf)> Acesso em: 11 fev. 2018

tornando-se grandes obstáculos ao deferimento definitivo do pedido.<sup>84</sup>

Barroso aponta a necessidade de atribuição dos princípios constitucionais, no que se refere ao amparo às gestantes que se deparam com o diagnóstico de anencefalia, com o objetivo de resguardar seu direito de poder optar pela interrupção da gestação nessas condições. Cojuntamente, busca-se a segurança jurídica em favor dos funcionários da saúde para que possam proceder à medida com a devida consonância aos dispositivos penais, garantindo sua autonomia profissional e pessoal.

No que se refere ao mérito da ação, quanto aos dispositivos constitucionais feridos, visando demonstrar a legalidade no ato de antecipação terapêutica quando da anencefalia, tem-se primeiramente o art. 1º, inciso IV, da CRFB/88. Pois, quando caracterizado o diagnóstico da anomalia, o prosseguimento da gestação pode incorrer em grande desgaste psicológico e físico à gestante, podendo equiparar-se à tortura. Assim sendo, a proibição da medida viola a Dignidade Humana.

Em sequência, tem-se o art. 5º, II, CRFB/88, que fixa que, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Portanto, diante da falta de previsão legal que regulamente o assunto que impeça expressamente a prática do ato, deve-se preponderar o princípio da autonomia da vontade para a gestante, de forma a se preservar o seu direito de selecionar a opção que melhor lhe adegue.<sup>85</sup>

Quanto às disposições violadas dos arts. 6º e 196, ambos da CRFB/88, sustentou-se que compete ao poder estatal, fornecer e garantir todas as formas viáveis para propiciar proteção e acesso ao direito à saúde à todos, para que, assim, seja possível não apenas prevenir, mas erradicar ao máximo a ocorrência de danos emocionais e perigos inoportunos. Devendo se incluir nessa acepção, o consentimento estatal, ante ao direito da gestante de poder optar pela interrupção da gestação de feto anencéfalo, salvo se não for este seu arbítrio. De acordo com a parte autora, o procedimento de antecipação terapêutica é a medida mais singular a se adotar no caso concreto descrito, visto que objetiva dirimir o sofrimento da mãe. Assim sendo, sua proibição resulta em limitação imotivada do acesso à saúde,

---

<sup>84</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp)> Acesso em: 10 fev. 2018

<sup>85</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp)> Acesso em: 10 fev. 2018

cerceando direito fundamental.

Enfim, dos pedidos descritos na peça inicial, constavam o desejo iminente da parte autora em aperfeiçoar as condições de trabalho dos médicos e demais integrantes da categoria da saúde, e conseqüentemente, implicaria melhora efetiva no atendimento prestado à gestante, pois com a devida segurança jurídica em realizar permissiva e legalmente o procedimento, haveria um acesso mais eficaz e abrangente às gestantes quanto à explicação detalhada dos riscos gravídicos, caso inexistia ciência por parte da mesma. Por fim, seria possível estimular políticas de prevenção em se tratando de anomalia grave no feto.<sup>86</sup>

### 3.1.2 Argumentos Contrários ao Pedido Principal da Peça Inicial

Apresentados os argumentos mais relevantes da peça inicial, far-se-á agora a exposição dos argumentos proferidos em sentido contrário à pretensão constante na inicial, além dos votos dos ministros que se pronunciaram negativamente.

Pode-se dizer que a questão mais importante atrelada ao objeto dessa ADPF é a vida e o direito à vida. A partir da leitura de cada um dos votos dos ministros, percebe-se que a maioria se baseou nos conceitos inerentes à ela, bem como do momento de seu início. Mas comentaremos apenas os votos divergentes ao pedido principal.

Apesar de ter sido o pedido principal julgado procedente, viabilizando a descriminalização do aborto de feto anencéfalo, é preciso que sejam postos em evidência os argumentos contrários, vez que o objeto desse trabalho é dar enfoque à proteção do nascituro portador de anencefalia, partindo das premissas estabelecidas pela proteção integral e do seu direito à vida, em conformidade com os capítulos anteriores.

Como salientado, a Corte admitiu a intervenção de *amicus curiae*, reconhecendo a repercussão social que o tema alude. Apesar dessa possibilidade, foi negada a intervenção da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB pelo

---

<sup>86</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp)> Acesso em: 10 fev. 2018



ministro relator da ação.<sup>87</sup> No entanto, o STF promoveu uma audiência pública, permitindo que diversas entidades de inúmeras áreas, inclusive, a CNBB, participassem da discussão do caso.

Visto isso, extrai-se do acórdão, os seguintes pronunciamentos constantes dessa audiência pública, em posição contrária ao pedido pleitado na inicial:

Os representantes da CCBB, se pronunciaram nos seguintes termos, conforme explicitou o relator do acórdão:

Defenderam a humanidade do feto em gestação, independentemente de má-formação, bem como o fato de a reduzida expectativa de vida não ter o condão de lhe negar direitos e identidade. Argumentaram que “a vida de cada indivíduo não é apenas um bem pessoal inalienável, mas também um bem social”, ou seja, cabe à própria sociedade a promoção e defesa dos direitos do feto portador de anomalia, não podendo o Estado julgar o valor intrínseco de uma vida pelas deficiências<sup>88</sup>.

Na área da medicina ginecológica, participaram da audiência as doutoras Irvênia Luíza de Santis Prada e Marlene Rossi Severino Nobre, que segundo o relator:

Para a primeira, a neurociência demonstra que o anencéfalo tem substrato neural para desempenho de funções vitais e consciência, o que contraindica a interrupção da gravidez, possibilitando a disponibilização dos órgãos do recém-nascido para transplante. A segunda defendeu que a vida do anencéfalo se sobrepõe a todos os outros direitos e que é um bem fundamental que lhe pertence. Afirmou não estar em discussão o direito da mulher, mas o direito à vida.<sup>89</sup>

Conforme apontou Luiz Bassuma, Deputado Federal, segundo o relator:

Contra o Aborto manifestou-se a favor do direito inviolável à vida. Acrescentou que, recentemente, o Estado brasileiro referendou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – circunstância que alcançaria a situação dos anencéfalos –, mediante a qual se impõe à República Federativa do Brasil e à sociedade o dever de assegurar o direito de igualdade de oportunidade aos

<sup>87</sup>BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em:<[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp)> Acesso em: 26 abr. 2018

<sup>88</sup>BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em:<[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp)> Acesso em: 26 abr. de 2018

<sup>89</sup>BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em:<[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp)> Acesso em: 26 abr. 2018

deficientes.<sup>90</sup>

Para Lenise Aparecida Martins Garcia, membro do Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem aborto, segundo o relator:

Asseverou que o respeito à vida do feto portador de anencefalia deve ser defendido não só por correntes religiosas ou humanísticas, mas também pela comunidade científica, por prudência, ante a falta de profundidade nos estudos sobre essa matéria até o momento. Apontou descaber o uso da nomenclatura “antecipação terapêutica do parto”, pois o caso seria de aborto eugênico.<sup>91</sup>

Desses pronunciamentos, resumidamente, temos que os argumentos expostos tem por base a defesa dos direitos fundamentais, no sentido de valorar o direito à vida do feto, independentemente de sua má-formação. Assim sendo, a pacificação da medida, poderia representar o início de uma legalização absoluta da prática abortiva no país. Além de que, o aborto de anencéfalo, está inserido na modalidade de aborto eugênico, sendo conduta totalmente vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em sequência, após a análise de todas as aceções elencadas pelo amicus curiae e pelas entidades participantes da audiência pública, obteve-se os seguintes votos proferidos pelos ministros do STF:

Ricardo Lewandowski foi o sexto ministro a pronunciar seu voto, se opondo ao pedido arguido na inicial sob dois enfoques. O primeiro era quanto aos limites objetivos do controle de constitucionalidade e interpretação conforme a constituição, devendo-se observar a autonomia dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Diante disso, afirmou:

O STF, à semelhança das demais cortes constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição.

O ministro acredita que esse papel deve ser desempenhado com uma cautelosa moderação, a fim de se evitar uma usurpação de poderes devidos aos

<sup>90</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp)> Acesso em: 26 abr. de 2018

<sup>91</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp)> Acesso em: 26 abr. de 2018

legisladores. Diante disso, afirma:

Não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos.<sup>92</sup>

Nesse aspecto, entende-se que o ministro considera o tema bastante controverso, sendo que todos os lados se pronunciam em sentido de respeito ao princípio da dignidade humana.

No segundo enfoque de seu voto, o ministro afirmou que a pacificação do tribunal quanto ao aborto de feto anencéfalo seria uma ponte para a licitude da interrupção da gestação de outros embriões com anomalias genéticas que tornem ínfima a viabilidade da vida extrauterina, afirmando o seguinte:

Sem lei devidamente aprovada pelo parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, provavelmente retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto de uma rocha, as crianças consideradas fracas ou debilitadas.<sup>93</sup>

Lewandowski afirmou que o anencéfalo é ser de direitos, se incluindo o direito fundamental à vida, devendo ser protegido pela legislação. Dessa forma, buscou distanciar o cabimento do caso concreto às exceções ao aborto previstas no art. 128, I e II do Código Penal, frisando que se fosse esse o desejo do legislador, o teria incluído no dispositivo, mas não o fez. Citou ainda, vários dispositivos legais que conferem proteção ao feto concebido, evidenciando a segunda parte do art. 2º do Código Civil, aludindo que “a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção”. Nesse sentido, votou contra o pedido pleiteado na inicial.<sup>94</sup>

O ex-ministro César Peluso, que à época era o presidente do STF, foi o último a votar na ADPF 54/2005. Se manifestou no sentido de que a vida se qualifica pela habilidade de o indivíduo mover-se sem qualquer interferência externa ou qualquer impulso. E, nessa linha, é possível o enquadramento do anencéfalo, vez que o

<sup>92</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em:<[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp)> Acesso em: 26 abr. de 2018

<sup>93</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em:<[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp)> Acesso em: 26 abr. de 2018

<sup>94</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em:<[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp)> Acesso em: 26 abr. de 2018

mesmo possui essa habilidade fisiológica vinculada ao processo contínuo da vida<sup>95</sup>.  
 “O anencéfalo morre. E ele só pode morrer porque está vivo.”<sup>96</sup>

Infere-se que, para ele, o anencéfalo é ser detentor de direito à vida, e deve ser protegido em todos os seus aspectos.

Peluso frisou que para se configurar aborto, basta a interrupção da vida, observando-se a sua possibilidade extrauterina. Considerou “o aborto como uma conduta vedada de forma frontal pela orde jurídica”,<sup>97</sup> de forma que não há um intervalo para interpretação diversa no que tange os casos tipificados como crime. Ao seu ver, todos os pleitos por uma liberdade de autonomia, são ineficientes, e vão contra a perspectiva de um mundo plural. Apontou que o pedido da ADPF 54/2005, tem um condão discriminatório, que em nenhum aspecto se dissemelha de outras condutas reprováveis, como o racismo ou o sexismo.<sup>98</sup>

Sobre a decisão de Peluso, tem-se a seguinte interpretação:

Vida é fenômeno pré-jurídico, do qual o direito se apropria para determinados fins, mas que jamais, em nenhuma circunstância, pode regular de maneira contraditória à própria realidade fenomênica. Não cabe apelo aos princípios da autonomia da vontade, da liberdade e da legalidade, pois estes se preordenam para o cometimento de crime claramente punido pelo ordenamento jurídico. O crime de aborto se caracteriza pela eliminação da vida, abstraída qualquer especulação quanto sua viabilidade futura ou extrauterina. A compreensão jurídica do direito à vida, portanto, não legitima a morte dado o curto espaço de tempo da existência humana. Interrupção de gravidez de feto anencéfalo é fato típico do crime de aborto, sendo vedada pelo CP e pela ordem jurídica. Feto anencéfalo tem incontestável ascendência e natureza humanas; portanto, é inata a proteção a sua dignidade humana.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

<sup>96</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

<sup>97</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

<sup>98</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

<sup>99</sup> MARCHIORI, C. **Análise da ADPF 54: Mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente**. Monografia (Bacharelado em Direito) –Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. São Paulo, f 103. 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/NBOOK%20X360/Desktop/MONOGRAFIA/REPOSIT%C3%93RIO%205%20-%20com%20a%20decis%C3%A3o%20dos%20ministros.pdf> Acesso em: 26 de abril de 2018

A respeito da manifestação do ministro, conforme interpreta Marchiori<sup>100</sup>, a gestante não pode decidir voluntária e arbitrariamente quanto à interrupção da vida do feto, como se este fosse um objeto ou ainda um membro de seu próprio corpo. A proteção aos direitos do nascituro, abarca também o feto anencéfalo, portanto, a ele também lhe é resguardado o direito à vida conforme as diversas disposições legais nesse sentido. Assim, ante à proteção constitucional atribuída à vida humana, não é possível que se admitam decisões sobrevindas de interpretações fora do que se estabelece a legislação no que tange a sua interrupção, vez que é o bem jurídico mais precioso para a ordem constitucional e possui valor intrínseco. Ademais, quanto às alegações de sofrimento ponderado à gestante como sendo condição análoga à de tortura:

Não cabe alegação de tortura ao caso, pois a situação não pode ser legalmente evitada, já que esbarra em vedação legal, de criminalização do aborto sem excludente, e constitucional, como o direito à vida e à dignidade do feto. Não cabe alegação de sofrimento psíquico da gestante. O sofrimento em si não degrada a dignidade humana, é elemento inerente à vida humana. É pretensão utópica o ser humano não ter sofrimento. O ordenamento apenas repudia os hábitos injustos que o causem. Não há, no caso de anencefalia, nenhum culpado como no estupro. A causa é o acaso genético. Interromper gravidez de feto anencéfalo é atitude egocêntrica, pois é prática cômoda que se vale a gestante para se livrar de sofrimento ao invés de zelar por vida alheia.<sup>101</sup>

Quando do encerramento de seu voto, Peluso - seguindo a ideia de Lewandowski -, mencionou a impossibilidade do Supremo Tribunal Federal em exercer a função legislativa, vez que o aborto de fetos anencéfalos não é uma conduta enquadrada no dispositivo penal que excepciona a prática abortiva nos casos específicos do art. 128, I e II do Código Penal, pois “se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização legislativa, mediante

<sup>100</sup> MARCHIORI, C. **Análise da ADPF 54: Mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente.** Monografia (Bacharelado em Direito) –Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. São Paulo, 103 f 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/NBOOK%20X360/Desktop/MONOGRAFIA/REPOSIT%C3%93RIO%205%20-%20com%20a%20decis%C3%A3o%20dos%20ministros.pdf> Acesso em: 26 de abril de 2018

<sup>101</sup> MARCHIORI, C. **Análise da ADPF 54: Mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente.** Monografia (Bacharelado em Direito) –Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. São Paulo, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/NBOOK%20X360/Desktop/MONOGRAFIA/REPOSIT%C3%93RIO%205%20-%20com%20a%20decis%C3%A3o%20dos%20ministros.pdf> Acesso em: 26 de abril de 2018>

atos lícitos de pressão”<sup>102</sup>. Em outras palavras, não compete ao STF a possibilidade de incluir a modalidade de aborto de anencéfalo ao referido dispositivo penal. “É o Congresso Nacional que não quer assumir essa responsabilidade, e tem motivos para fazê-lo”<sup>103</sup> Assim, votou pela total improcedência do pedido arguido pela ADPF nº 54/2005.

### 3.2 Incoformidade da Procedência do Pedido com o Princípio da Dignidade Humana, o Direito Fundamental à Vida e à Proteção Integral

O Princípio da Dignidade Humana, está consagrado na Constituição Federal de 1988 e caracteriza um dos cinco fundamentos que compõem o Estado Democrático de Direito<sup>104</sup>. Está previsto no art. 1º, III, da CF, ‘*in verbis*’:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.<sup>105</sup>

Esse princípio caracteriza um dos fundamentos que compõem o Estado Democrático de Direito, compreende uma centralidade primordial no que se refere aos direitos humanos, adentrando os direitos fundamentais inerentes a todo ser humano, e abrange também, os direitos fundamentais atribuídos às crianças.<sup>106</sup>

Toledo<sup>107</sup> destaca o conceito de Dignidade humana como “um valor subordinante, que nunca cede me face dos valores subordinados”. Para a autora, não existe a decadência da dignidade humana para o homem. Ou seja, a dignidade

<sup>102</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp)> Acesso em: 26 abr. 2018

<sup>103</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp)> Acesso em: 26 abr. 2018

<sup>104</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 79

<sup>105</sup> BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 25 abr. 2018

<sup>106</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 23

<sup>107</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 91

humana é um princípio constitucional com caráter de superioridade face aos demais princípios. Assim, tem-se que:

Em suma, posta, destarte, a premissa de que a proteção dos direitos humanos, entre eles os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, constitui valor supremo da Constituição Federal, positivado em norma princípio, que orienta valorativamente a interpretação de todo o ordenamento, cumpre passar à análise da conformação qu os direitos fundamentais de crianças e adolescentes receberam do Constituinte. <sup>108</sup>

Com isso, infere-se que o Princípio da Dignidade Humana é tido por um valor supremo e absoluto, inerente a todos os seres humanos, garantindo que lhes sejam prestadas todas as garantias constitucionais. Se inerente à todos os seres humanos, também estão abrangidas as crianças e o nascituro, vez que sujeitos de direitos.

Dentro da Dignidade Humana se incluem os direitos fundamentais e o direito à vida. Analisando a decisão do STF proferida da ADPF nº 54/2005, sob o enfoque constitucional da Dignidade Humana, podemos constatar uma evidente violação ao direito fundamental à vida do nascituro anencéfalo.

Com base nos argumentos negativos extraídos da referida ADPF, apesar de sua má-formação congênita, o feto anencéfalo tem potencialidade para desempenhar funções vitais, eis que possui substrato neural<sup>109</sup>. Dessa forma, estaria protegido pelos diversos dispositivos que atribuem proteção ao nascituro e resguardam os seus direitos desde a concepção, não havendo espaço para violação de sua vida conforme o fundamento da Dignidade Humana.

Além do mais, conforme o pronunciamento do Min. Ricardo Lewandowski e do ex-Min. César Peluso, o que se deveria preconizar primordialmente, era o direito à vida, vez que sua essência é substancial e é o bem jurídico de mais supremo valor para a Constituição. Permitir a interrupção da gestação do anencéfalo, é uma afronta real ao Princípio da Dignidade Humana.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p.103

<sup>109</sup> BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 25 abr. 2018

<sup>110</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp)> Acesso em: 26 abr. 2018

Pondera-se que o direito à vida foi preconizado no decorrer do presente trabalho como sendo um direito fundamental detentor de característica superior em relação a todos os demais direitos fundamentais. Assim, para que o nascituro possa usufruir das demais garantias constitucionais a ele ressalvadas, é preciso primordialmente, que lhe seja resguardado o direito à vida.<sup>111</sup>

Diante disso, tendo por base a peça inicial da ADPF 54/2005, sabemos que um dos fundamentos aos quais se embasou a parte requerente, foi o de que o anencéfalo não tem potencial de vida e que, caso sobrevivesse ao nascimento, seria por um tempo mínimo, havendo de ser resguardado a gestante, o direito pela interrupção de sua gestação, sem que tal conduta fosse tipificada como crime.<sup>112</sup>

Ocorre que, para o direito brasileiro, é completamente irrelevante o tempo que o feto poderá sobreviver após o nascimento para que lhe seja resguardado o seu direito fundamental à vida. Nessa linha, Moreira<sup>113</sup> destaca:

A questão dos direitos do nascituro deve ser posta e resolvida com total abstração da circunstância de haver razão, por mais forte que se revele, para presumir que ele virá a morrer poucos dias, poucas horas, poucos minutos ou poucos segundos – ou até uma fração de segundo – após o nascimento. Esse dado é absolutamente irrelevante, para o nascituro não menos para que o neonato. Nem um nem outro necessita ser viável para ter direitos – sem exceção, à evidência, do direito à vida.

Portanto, infere-se que o potencial de vida, ainda que mínimo, do anencéfalo, não caracteriza um fator relevante para que lhe seja negado o direito à vida. A mera potencialidade para desenvoltura intrauterina, já o faz um ser detentor de direitos, devendo ser respeitado o seu direito à vida. Assim, expõe o autor sobre a questão:

O que acaba de ser dito importa muito no que tange aos fetos anencéfalos. Em geral, nas discussões sobre o tema, parte-se da premissa de que tais seres não são aptos a viver senão pouco tempo após o parto. Não vem ao caso entrar em pormenores sobre a duração, maior ou menor, se sua vida extrauterina, aliás insuscetível de ser prognosticada com exatidão. [...] o dado temporal não influi na

<sup>111</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 289

<sup>112</sup> BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição Inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp)> Acesso em: 26 abr. 2018

<sup>113</sup> MOREIRA BARBOSA, J.C., **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006. p. 149



configuração jurídica da espécie, o que nos dispensa insistir na questão.<sup>114</sup>

Seguindo essa perspectiva, não há sentido algum em definir o direito à vida como “o direito de permanecer vivo por determinado lapso de tempo”,<sup>115</sup> essa condição não possui qualquer compatibilidade com a realidade humana. O direito à vida deve ser absoluto ao ser humano desde a sua concepção até o momento de sua morte natural.

No que se refere à personalidade jurídica, encontramos a seguinte disposição no art. 11, do Código Civil:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, **os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis**, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária <sup>116</sup>

O direito à vida, além de estar inserido no rol dos direitos fundamentais, para José Moreira<sup>117</sup>, também faz parte dos direitos da personalidade de que trata o art. 11 do CC. Quanto às garantias do nascituro, o início de sua personalidade jurídica, contar-se-á quando de seu nascimento com vida, havendo uma expectativa de direito quanto à personalidade, mas não quanto ao direito à vida, este último é garantido desde a sua concepção. Assim sendo, se integra os direitos da personalidade, lhes são atribuídas também as suas características quanto à irrenunciabilidade e limitação voluntária ao seu exercício.

A procedência da ADPF nº 54/2005, ao julgar procedente a descriminalização do aborto de feto anencéfalo, atenta frontalmente contra o direito à vida. Ao feto anencéfalo deveriam ter sido ponderados os direitos fundamentais no tocante ao seu direito à vida. Haja vista que, para a CF, o bem jurídico mais importante e tutelado por ela é a vida, esta deveria ser ponderada ante ao

<sup>114</sup> MOREIRA BARBOSA, J.C., **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006. p.150

<sup>115</sup> MOREIRA BARBOSA, J.C., **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006. p. 150

<sup>116</sup> BRASIL. 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: 16 abr. 2018

<sup>117</sup> MOREIRA BARBOSA, J.C., **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006. p. 151

questionamento de sua interrupção quando o produto da concepção se tratar de um anencéfalo.

Além disso, o aborto de feto anencéfalo compreende a modalidade de aborto eugênico, cujo conceito o fizemos no primeiro capítulo e, que, por sua vez, de modo genérico, é a interrupção da gestação de feto portador de qualquer anomalia genética. Sendo que, tal modalidade tem expressa vedação no ordenamento jurídico. Assim sendo, a permissão do aborto de feto anencéfalo deveria ser ato inconstitucional, pois fere o direito à vida, tendo em vista que a Constituição atribui valor intrínseco à vida e o direito à vida.

Quanto à proteção Integral, observa-se a centralidade desse Paradigma, é o reconhecimento da criança como um sujeito de direitos em relação ao mundo adulto<sup>118</sup>. Essa proteção integral está inserida do Estatuto da Criança e do adolescente, sendo que, “esse ordenamento legal substitui o caráter assistencialista corretivo e repressivo das ações sócioeducativas introduzindo uma concepção de proteção integral direcionada às crianças e aos adolescentes. Reconhece e reitera os dispositivos constitucionais em relação à condição de sujeitos de direitos das crianças e dos adolescentes, a sua condição peculiar de desenvolvimento e à necessidade de serem considerados prioridade absoluta na agenda das políticas públicas”<sup>119</sup>

A partir de tais considerações, infere-se que o reconhecimento da criança como um sujeito de direitos e detentor de uma proteção integral em todos os demais aspectos, dada a sua vulnerabilidade, entende-se que todos os direitos a ela inerentes, estão sob um sistema de proteção especial. Assim sendo, sempre que se buscar analisar um direito inerente à criança, é necessário que se atribua uma prioridade à sua ponderação em relação aos adultos.

Dessa forma, tendo em vista que o Paradigma da Proteção Integral teve início a partir da Convenção das Nações Unidas, e que essa última reconheceu o nascituro como criança, é razoável afirmar que todas as garantias constitucionais e legais garantidas às crianças no Estatuto da Criança e do Adolescente, também se aplicarão ao nascituro.

---

<sup>118</sup> MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 50

<sup>119</sup> ANDRADE, L. B. P. **Educação infantil**: discurso, legislação e práticas institucionais [online]. São Paulo: Unesp; Cultura Acadêmica, 2010. p. 93. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>

A pretensão da CNTS na ADFP nº54/2005 era a de obter a possibilidade do exercício do aborto eugênico quando o diagnóstico da anomalia fetal fosse anencefalia. O Supremo Tribunal Federal, proferiu decisão na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sob o fundamento principal de que “apenas se caracteriza como sujeito passivo do crime de aborto, o feto com capacidade para ser pessoa”.<sup>120</sup>

Quando da análise de tal decisão, é possível auferir que o seu teor está em desconformidade com a Proteção Integral ao nascituro, haja vista que por se reconhecer o mesmo como um sujeito de direitos, tem-se em primeiro lugar a preconização dos seus direitos fundamentais, primordialmente, o seu direito à vida.

O argumento de que o crime de aborto não se aplica ao feto anencéfalo porque este não tem capacidade para ser pessoa, se contrapõe à proteção jurídica garantida à criança e compreendida sua extensão ao nascituro. Dizer que o nascituro anencéfalo não é uma pessoa, contraria preceitos legais, que dispõem que o início da personalidade do homem, se inicia desde a sua concepção. Assim, tem-se que:

A personalidade civil do homem começa a partir da concepção, ao argumento de que tendo o nascituro direitos, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeito de direitos, ou seja, só a pessoa tem personalidade jurídica.<sup>121</sup>

Infere-se que essa aceção advém da teoria concepcionista, que, conforme conceituada no primeiro capítulo, defende o início da personalidade jurídica do nascituro desde a concepção. Se a personalidade é inerente ao nascituro desde a concepção, significa que ele é uma pessoa. Nesse sentido, afirma Semião:

Falar em direitos do nascituro é reconhecer-lhe qualidade de ‘pessoa’, porque, juridicamente, todo titular de direito é pessoa. ‘Pessoa’, em linguagem jurídica, é exatamente o sujeito ou o titular de qualquer direito.

Dito que o nascituro tem direitos, estar-se-á afirmando que ele é sujeito de direitos e, portanto, pessoa.

<sup>120</sup> GAZZOLA, Luciana de Paula Lima; MELO, Frederico Henrique Corrêa de. Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 23, n. 3, p. 495-504, dec. 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422015000300495&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422015000300495&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 27 abr. 2018.

<sup>121</sup> SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 35

Afirmar que o feto anencéfalo não pode figurar no polo passivo no crime de aborto, está em desacorde com o ordenamento. O feto anencéfalo é um sujeito de direitos, dada a sua equiparação à criança. Se é sujeito de direitos, é também pessoa, possuindo personalidade jurídica desde a concepção e lhes sendo garantido o direito à vida sob o enfoque do sistema especial de proteção.

Vimos que o direito à vida é indisponível. Dessa forma, não cabe nem ao titular do direito a opção por sua disposição. Se é incabível ao próprio detentor, o enquadramento de terceiros à regra é indiscutivelmente vedada também. Assim, se não cabe à gestante decidir sobre interromper sua própria vida, caberia muito menos o direito de dispor sobre a vida do feto voluntariamente.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho realizou uma análise reflexiva, na perspectiva da proteção integral da criança, acerca da decisão proferida pelo STF, na ADPF nº 54/2005, que permitiu a possibilidade de a gestante optar por interromper a vida do feto quando este for diagnosticado com anencefalia, sem prejuízo da sanção penal cabível ao crime de aborto.

Observou-se que o Paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral, sedimentado na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, formatou uma nova visão de mundo quanto ao atendimento a ser dispensado às crianças, diante da elevação das mesmas ao patamar de sujeito de direitos, em fase peculiar de desenvolvimento, o que requer proteção por parte da família, da sociedade e do Estado. Esse Instrumento normativo internacional, subscrito pelo Estado brasileiro, reconheceu os direitos fundamentais da criança, tais como: o direito à vida, a saúde, à dignidade, à liberdade, à educação, à convivência familiar e outros, de modo que ela tenha um desenvolvimento físico e psicológico saudável.

O Paradigma da Proteção Integral foi contemplado pela normatização interna, por meio da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e outros.

A referida Convenção conceituou criança como todo ser humano entre zero e dezoito anos incompletos, não tendo apontado algum critério etário mínimo para o conceito de criança. Nesse sentido, é possível sustentar que o conceito abarcou o nascituro. Sendo assim, pode-se dizer que o nascituro também é um sujeito de direitos que, dada a sua vulnerabilidade, também necessita de uma proteção especial dos seus direitos, primordialmente, o seu direito à vida, eis que a vida é a base para seja possível o gozo de todos os demais direitos fundamentais.

Sobre essa questão, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece o nascituro como pessoa, conferindo proteção aos seus direitos desde a sua concepção, a exemplo do Código Civil. A Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto da Primeira Infância, seguindo a orientação da Convenção, do mesmo modo, não apontam um marco etário mínimo para se reconhecer a criança, o que leva à conclusão de que o aporte normativo de proteção à criança envolve também o nascituro.

Quanto à referenciada decisão do STF, é claramente perceptível a sua

incoerência quando colocada diante dos dispositivos que conferem proteção à criança, a exemplo do art. 2º do CC, das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e do art. 227 da CF, entre outros, que reconhecem a personalidade jurídica do nascituro, razão pela qual protegem o seu direito à vida.

Verificou-se por meio do presente estudo que o Código Penal admite duas exceções ao aborto, quais sejam, em casos de estupro e risco de vida, sendo que as demais modalidades são expressamente vedadas e puníveis criminalmente. Nesse sentido, a prática abortiva compreendida na modalidade eugênica, por sua vez, aquela em que se interrompe a gestação, cujo produto da concepção possui uma deformidade física ou mental, é vedada pelo ordenamento jurídico, inclusive no aspecto moral, vez que induz a uma compreensão subjetiva de ‘extermínio’ humano, ou ‘limpeza’ social de indivíduos especiais.

Portanto, permitir a interrupção da vida de um nascituro anencéfalo pela gravidade de sua anomalia genética, viola frontalmente os direitos fundamentais e a dignidade humana que lhes são assegurados pela normativa nacional e internacional, vez que a vida possui valor intrínseco e é o bem jurídico de supremo valor em nossa Carta Magna.

Assim, conclui-se que a flexibilização do judiciário quanto à interrupção da gestação do feto anencéfalo, pode abranger outras anomalias genéticas, com respaldo no mencionado precedente jurisprudencial do STF. Para além disso, essa flexibilização da interrupção da gravidez possibilita a amplitude de permissões nesse sentido e, conseqüentemente, o aumento gradativo e a aceitação social sobre a questão do aborto, o que sinaliza para uma ponderação em menor grau do direito à vida e à proteção integral das crianças ainda em fase fetal sadias, mas também aos que possuem má formação, considerando, sobretudo, que também são seres humanos e sujeitos de direito.

Finalmente, acredita-se que a presente pesquisa alcançou o seu objetivo no sentido de contribuir para uma reflexão sobre tema marcado pela complexidade, pois envolve aspectos relacionados à vida, à religião, à cultura, etc, o que, por si só, sinaliza que muita discussão em diversas perspectivas está por vir.

## REFERÊNCIAS

MARCUZZO, Simone. **Sistema Nervoso**. Disponível em: <[http://professor.ufrgs.br/simonemarcuzzo/files/aula\\_neuro\\_embriologia.pdf](http://professor.ufrgs.br/simonemarcuzzo/files/aula_neuro_embriologia.pdf)> Acesso em: 20 abr. 2018

ANDRADE, L. B. P. **Educação infantil**: discurso, legislação e práticas institucionais [online]. São Paulo: Unesp; Cultura Acadêmica, 2010. p. 93. Disponível em: <http://books.scielo.org>

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Mini Código Penal anotado**. De acordo com as Leis nº 12.650, 12.653 e 12.654/12. São Paulo: 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 6 mar. 2018

BARBOSA, J. C. M. **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos apud MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

BRASIL. Associação Médica Brasileira – AMB. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.989/12**. Disponível em: <[http://www.poderesaude.com.br/novosite/images/stories/4\\_-\\_Publicacao\\_-\\_SIM\\_-\\_14.05.2012.pdf](http://www.poderesaude.com.br/novosite/images/stories/4_-_Publicacao_-_SIM_-_14.05.2012.pdf)> Acesso em: 11 fev. 2018

BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp)> Acesso em: 10 fev. 2018

BRASIL. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)> Acesso em: 19 abr. 2018

BRASIL. **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: 19 abr. 2018

BRASIL. **Lei nº 13.257**, de 8 de março de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm)> Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Manifestação ADPF 54/2005**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>> Acesso em: 14 abr. 2018

BRASIL.**Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 25 abr. 2018

COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1. 2005

FRYDMAN, René. O Espectro do Eugenismo. In: \_\_\_\_\_. **Deus, a Medicina e o Embrião**. Lisboa: Piaget, 2001.



GAZZOLA, Luciana de Paula Lima; MELO, Frederico Henrique Corrêa de. Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 23, n. 3, p. 495-504, dec. 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422015000300495&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422015000300495&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 27 abr. 2018.

JAQUIER, Monika. **Perguntas mais freqüentes sobre anencefalia**. Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php>> Acesso em: 18 abr. 2018.

MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MARCHIORI, C. **Análise da ADPF 54: Mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. São Paulo, 2012. Disponível em: <<file:///C:/Users/NBOOK%20X360/Desktop/MONOGRAFIA/REPOSIT%C3%93RIO%2005%20-%20com%20a%20decis%C3%A3o%20dos%20ministros.pdf>> Acesso em: 26 abr. 2018

MATTOS, Karina Gomes de. Os direitos do nascituro. **Revista IOB de direito de família**, Porto Alegre, v. 9, n. 47, jul. 1998. (Nota: Continuação de Revista brasileira de direito de família. Porto).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**: arts. 121 a 234 do CP. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MÔNACO, G. F. C. **O décimo quinto aniversário da convenção sobre os direitos da criança – contributo para o aprofundamento e implementação do direito**

**internacional dos direitos humanos.** Revista dos Tribunais. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais Ltda. ano 94. v. 831, 2005.

BARBOSA, J.C. M., **O direito do nascituro à vida.** Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, fev. Mar. 2006.

MORON, Antonio Fernandes. **Medicina fetal na prática obstétrica.** São Paulo: Santos, 2003.

REZENDE, Jorge, 1998 apud SANTOS, 2013. **ADPF nº 54 à luz do biodireito: interrupção da gestação do feto anencéfalo.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24228/adpf-n-54-a-luz-do-biodireito-interruptao-da-gestacao-do-feto-anencefalo/3>> Acesso em: 13 abr. 2018.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOI, A. A cabeça e o cérebro do feto. *In*: RUMACK, C.M.; WILSON, S.R; CHARBONEAU, J.W. **Tratado de ultrassonografia diagnóstica.** 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

WIKIPEDIA. **Eugenia.** 2010. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Eugenia>> Acesso em 6 abr. 2018

WIKIPEDIA. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Argui%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_descumprimento\\_de\\_preceito\\_fundamental](https://pt.wikipedia.org/wiki/Argui%C3%A7%C3%A3o_de_descumprimento_de_preceito_fundamental)> Acesso em: 10 fev. 2018

WILLIAMS, Lippincott (2000) apud Santos (2013). **ADPF nº 54 à luz do biodireito: interrupção da gestação do feto anencéfalo.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24228/adpf-n-54-a-luz-do-biodireito-interruptao-da-gestacao-do-feto-anencefalo/3>> Acesso em: 13 abr. 2018

<[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp)> Acesso em: 10 fev. 2018

BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em: <[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp)> Acesso em: 10 fev. 2018

BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005.** Disponível em:<[Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp)> Acesso em: 26 abr. 2018

BRASIL. Ministério Público Federal. **Manifestação ADPF 54/2005.** Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>> Acesso em 14 abr. 2018

<sup>1</sup>CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **Direito da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência.** São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>1</sup>KERSUL, Cintia de Souza. **Aborto eugênico e o direito fundamental à vida.** Âmbito Jurídico, Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17194&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17194&revista_caderno=9)> Acesso em: 6 abr. 2018.

