

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**GABRIEL MENDONÇA DE SOUZA**

**RIO DE JANEIRO**  
**2018/2**

**GABRIEL MENDONÇA DE SOUZA**

**UMA ANÁLISE DA ADPF N° 54:  
A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS GESTANTES FRENTE  
AOS RISCOS DA EUGENIA MODERNA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dr.<sup>a</sup> Ana Paula Barbosa-Fohrmann.

**RIO DE JANEIRO**

**2018/2**

## CIP - Catalogação na Publicação

M719a Mendonça de Souza, Gabriel  
Uma Análise da ADPF nº 54: A Necessidade de  
Proteção dos Direitos das Gestantes Frente aos  
Riscos da Eugenia Moderna. / Gabriel Mendonça de  
Souza. -- Rio de Janeiro, 2018.  
64 f.

Orientadora: Ana Paula Barbosa-Fohrmann.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. ADPF nº 54. 2. Anencefalia. 3. Aborto. 4.  
Eugenia. 5. Dignidade Humana. I. Barbosa-Fohrmann,  
Ana Paula, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

---

**GABRIEL MENDONÇA DE SOUZA**

**UMA ANÁLISE DA ADPF Nº 54:  
A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS GESTANTES FRENTE  
AOS RISCOS DA EUGENIA MODERNA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dr.<sup>a</sup> Ana Paula Barbosa-Fohrmann.

Data de Aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

## RESUMO

SOUZA, Gabriel Mendonça. Uma Análise da ADPF nº 54: A Necessidade de Proteção dos Direitos das Gestantes Frente aos Riscos da Eugenia Moderna. 2018. 64 f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2018.

A ADPF nº 54, que versou sobre a possibilidade de interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencéfalo, foi julgada, em 2012, pelo Supremo Tribunal Federal, tornando-se um dos julgamentos mais emblemáticos da história de nossa Suprema Corte, por tratar, em verdade, do alcance normativo dos conceitos de vida e pessoa, carregando consigo consideráveis inferências no ordenamento jurídico pátrio e na sociedade como um todo. Neste sentido, é imperioso analisar a referida decisão, a fim de contrapor a necessidade de proteção dos direitos fundamentais das gestantes aos riscos da eugenia moderna, uma vez que a anencefalia não esgota o número de patologias em que as chances de sobrevivência extrauterina são nulas ou muito pequenas, ao passo em que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres vêm sendo, enfim, afirmados, nas últimas décadas.

Palavras-chave: ADPF nº 54; Anencefalia; Aborto; Eugenia; Dignidade Humana.

## **ABSTRACT**

SOUZA, Gabriel Mendonça. An Analysis of ADPF n° 54: The Need to Protect the Rights of Pregnant Women Versus the Risks of Modern Eugenics Practice. 2018. 64 pp. Monograph (Bachelor of Law) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2018.

ADPF n° 54, which deals with the possibility of interrupting the pregnancy of an anencephalic fetus, was judged in 2012 by the Brazilian Supreme Court, becoming one of the most emblematic judgments in its history, because it deals with the normative scope of the concepts of life and person, carrying with it considerable inferences in the legal order of the country and in society as a whole. It is therefore important to analyze this decision in order to counteract the need to protect the fundamental rights of pregnant women to the risks of modern eugenics practice, because anencephaly does not deplete the number of pathologies in which the chances of extrauterine survival are nil or small while the sexual and reproductive rights of women have been finally guaranteed in the last few decades.

Key-Words: ADPF n° 54; Anencephaly; Abortion; Eugenics; Human Dignity.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A ADPF Nº 54.....	12
2. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	14
2.1. Da Liminar.....	14
2.2. Do Pleito Principal.....	16
2.2.1. Os Limites entre a Interrupção Terapêutica da Gravidez e o Aborto.....	16
2.2.2. A Ponderação entre os Direitos da Gestante e os Direitos do Feto Anencéfalo.....	19
2.2.3. O Risco de Eugenia.....	21
3. VIDA HUMANA OU PESSOA HUMANA?.....	23
3.1. A Personalidade.....	25
3.1.1. O Início da Personalidade.....	25
3.1.2. O Fim da Personalidade.....	30
3.2. A Proteção da Vida na Esfera Penal.....	31
3.3. A Viabilidade Extrauterina.....	36
4. A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO.....	38
5. A EUGENIA.....	42
5.1. A Velha Eugenia.....	42
5.2. A Nova Eugenia.....	43
5.3. O Aborto do Anencéfalo é Eugênico?.....	45
6. O LEGADO DA ADPF Nº 54?.....	49
6.1. ADI Nº 5.581.....	49
6.2. HC 124.306.....	52
6.3. ADPF Nº 442.....	54
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

## INTRODUÇÃO

A presente monografia se propõe a examinar a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, de 2012, acerca da autorização da interrupção terapêutica voluntária induzida da gravidez de um feto anencéfalo, contrapondo a necessidade de proteção dos direitos fundamentais das gestantes aos riscos da eugenia moderna.

A anencefalia é uma má-formação congênita, que se caracteriza pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante o primeiro mês da formação embrionária. O anencéfalo não possui atividade cortical, não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade –, mas apresenta batimento cardíaco e respiração autônomos. Trata-se de uma vida meramente vegetativa<sup>1</sup>.

As causas da doença ainda não foram precisamente delimitadas pela literatura médica, contudo, de acordo com o Conselho Federal de Medicina (CFM), o uso diário de cinco miligramas de ácido fólico, por pelo menos dois meses antes da gestação, reduz pela metade os riscos de anencefalia<sup>2</sup>.

O diagnóstico pré-natal da anencefalia pode ser realizado entre a 10<sup>a</sup> e a 12<sup>a</sup> semanas de gestação, com elevado grau de certeza, uma vez que o reconhecimento da má-formação num exame de ultrassonografia é imediato, visto que: não há ossos frontal, parietal e occipital; a face do feto é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes; o cérebro remanescente encontra-se exposto; e o tronco cerebral é deformado<sup>3</sup>.

Indubitavelmente, a ADPF nº 54 foi um dos julgamentos mais emblemáticos da história de nossa Suprema Corte, pois tangencia a definição do alcance normativo dos conceitos de vida

---

<sup>1</sup> Todas as considerações científicas presentes neste parágrafo foram extraídas da manifestação dos doutores Heverton Neves Pettersen e Thomaz Rafael Gollop, no segundo dia de audiência pública da ADPF nº 54. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de abril de 2013. DJ, 12 de abril de 2012.

<sup>2</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, **Resolução nº 1.989**, de 14 de maio de 2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. Diário Oficial da União, Seção I. Brasília. 2012..

<sup>3</sup> PINOTTI, 2004.

e de pessoa, carregando consigo consideráveis inferências no ordenamento jurídico e na sociedade como um todo.

A escolha deste tema se deu justamente em razão de sua relevância jurídica e social. Cuida-se, sobretudo, da interpretação e aplicação de princípios e direitos fundamentais – a citar: princípio da dignidade humana; direito à vida; à autodeterminação; à liberdade reprodutiva; à saúde; à integridade física, psíquica e moral; à proteção à infância e à maternidade; à privacidade; à intimidade; e ao planejamento familiar – em um contexto consideravelmente emblemático.

A contribuição jurídica do tema consiste no aprofundamento dos estudos de Direitos Humanos, em especial os direitos das mulheres e das pessoas com deficiência; bem como os estudos de Direito Constitucional – aplicação de direitos fundamentais e controle de constitucionalidade –, Direito Penal – tipificação penal de crimes contra a vida –, e Direito Civil – início/fim da personalidade jurídica e proteção dos interesses do nascituro –.

A importância social se deve ao fato de que o assunto em tela provocou inúmeras discussões éticas e morais, em diversos setores da sociedade civil. Ele abrange questões extremamente sensíveis, como a liberdade sexual e reprodutiva das mulheres, a criminalização do aborto e a eugenia.

Ademais, segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos com anencefalia, ficando atrás apenas do Chile, México e Paraguai, com a incidência de aproximadamente um a cada mil nascimentos<sup>4</sup>.

O objetivo geral deste trabalho consiste em analisar os fundamentos da referida decisão do Supremo Tribunal Federal, no tocante ao dever constitucional de proteger a mulher gestante, investigando se a decisão daria margem para a interrupção terapêutica da gestação de fetos

---

<sup>4</sup> Dados confirmados na audiência pública da ADPF nº 54 e citados no voto do ministro Marco Aurélio de Mello. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de abril de 2013. DJ, 12 de abril de 2012.

acometidos por outras patologias em que as chances de sobrevivência extrauterina são nulas ou muito pequenas<sup>5</sup>, e de que forma isso se relaciona com a eugenia moderna.

Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, analítico, através de uma pesquisa jurisprudencial, legislativa e doutrinária, que permitiu um aprofundamento nas teorias que nortearam a ADPF nº 54, e, posteriormente, a reflexão sobre o eventual precedente que foi aberto a partir dela.

O trabalho se atentou aos argumentos que embasaram as peças processuais e os votos dos ministros no acórdão da referida ação, além do que foi discutido nas audiências públicas que precederam o julgamento, a fim de problematizar suas implicações.

Para tanto, primeiramente foram assistidos os vídeos disponíveis no canal oficial do Supremo Tribunal Federal no Youtube<sup>6</sup> que registraram os quatro dias de audiência pública e o julgamento. Após, foi feita a leitura dos votos dos ministros constantes no acórdão<sup>7</sup> publicado no site do Supremo Tribunal Federal, e o seu fichamento.

A posterior pesquisa legislativa permitiu a análise da compatibilidade da decisão da Corte com a legislação pátria e com os tratados internacionais de que o Brasil é signatário. A pesquisa doutrinária elucidou o pensamento de doutrinadores nacionais e estrangeiros expoentes nos assuntos aqui discutidos.

Nesta toada, o primeiro capítulo deste trabalho apresenta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), em 2004, e acompanha sua trajetória até o julgamento.

---

<sup>5</sup> A Organização Mundial de Saúde arrolou dezenas de patologias congênitas que tem consequências semelhantes as da anencefalia, tais como: acardia, agenesia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, osteogênese imperfeita letal e trissomia dos cromossomos 13, 15 e 18.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10)**. Capítulo XVII - Malformações Congênitas, Deformidades e Anomalias Cromossômicas. Genebra, 1999.

<sup>6</sup> O canal oficial do Supremo Tribunal Federal encontra-se disponível em: <<http://www.youtube.com/user/STF>>.

<sup>7</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de abril de 2013. DJ, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>.

O segundo capítulo discorre sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal, no pedido liminar e no julgamento do pleito principal. Na análise da decisão principal, contrapõe os votos dos ministros, levando em consideração três aspectos principais: (i) os limites entre a interrupção terapêutica da gravidez e o aborto; (ii) a ponderação entre os direitos da gestante e do feto anencéfalo; e (iii) o risco de eugenia.

O terceiro capítulo investiga a distinção entre vida humana e pessoa humana, aferindo qual seria, portanto, a classificação do feto anencéfalo e do anencéfalo que sobrevive ao parto. Para isso, desenvolve o conceito de personalidade e tenta identificar o seu início e fim nas leis federais e nas resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) que versam sobre o tema, além do entendimento doutrinário. O capítulo se atenta, ainda, à proteção da vida na esfera penal, discorrendo sobre o tipo penal aborto. Por fim, desenvolve o conceito de viabilidade extrauterina, que possui implicações para o feto tanto na esfera cível quanto na esfera penal.

O quarto capítulo versa sobre a ponderação entre os interesses do nascituro e os direitos fundamentais das gestantes. A discussão é ampliada para além da situação do feto anencéfalo, enfrentando os principais argumentos sustentados para justificar a descriminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação.

No quinto capítulo, examina-se a questão da eugenia. Para tanto, são feitas considerações sobre a velha eugenia (imediatamente associada ao nazismo de Hitler) e a nova eugenia. Esta última é analisada sob as perspectivas da engenharia genética e do controle da sociedade atual sobre o desenvolvimento embrionário, que resulta, em casos mais extremos, no aborto eugênico. Ao final, investiga se o aborto do anencéfalo é eugênico, e se o anencéfalo é pessoa com deficiência, nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova York), de 2006.

O sexto e último capítulo tenta inferir se é possível pensarmos num legado da ADPF nº 54. Neste sentido, apresenta ações que foram propostas no Supremo Tribunal Federal, após o julgamento da ação paradigma, envolvendo questões que tangenciam aquelas abordadas no presente trabalho. São tecidos comentários sobre as seguintes ações: ADI Nº 5.581, HC 124.306 e ADPF Nº 442.

Por fim, serão apresentadas as considerações finais, fruto da pesquisa realizada ao longo dos últimos meses.

## 1. A ADPF N° 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é a ação constitucional prevista no art. 102, § 1º da CRFB/88 e regulamentada pela Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. A ação também é cabível quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

A ADPF n° 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), em 2004, postulando a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e vinculante, da interpretação<sup>8</sup> segundo a qual a interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado, é conduta tipificada nos artigos 124, 126, e 128, incisos I e II, do Decreto-Lei n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940, o Código Penal<sup>9</sup>, que dispõem sobre o crime de aborto.

Cabe mencionar que, à época da propositura da ação, alguns projetos de lei acerca do tema tramitavam sem sucesso no Congresso Nacional, com destaque para o PL n° 4403/2004,

---

<sup>8</sup> Interpretação conforme a Constituição é a atividade interpretativa – que pode ser lida como princípio hermenêutico, princípio de controle de constitucionalidade, princípio de conservação de normas ou técnica de decisão – empregada como mecanismo de correção ou adequação do texto legal, para conformá-lo às disposições constitucionais. A atividade encontra limite no próprio texto legal interpretado – e não na suposta vontade do legislador –, ao qual não se pode atribuir sentido que não se coadune razoavelmente com ele, no intuito de harmonizá-lo com a Constituição da República – pois, neste caso, é necessário declarar inconstitucionalidade da lei –. (ANDRADE, 2008, p. 20-21).

<sup>9</sup>Código Penal:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 128 - 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, Código Penal. **Decreto-Lei n° 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 31 dez. 1940.

de autoria da Deputada Jandira Feghali, que objetivava acrescentar no artigo 128 do Código Penal mais uma possibilidade de exclusão da antijuridicidade da prática de aborto, caso houvesse evidência clínica de que o nascituro apresenta grave e incurável anomalia que implicasse na impossibilidade de vida extra-uterina<sup>10</sup>.

A petição inicial da ADPF nº 54 indicou como preceitos violados aqueles consagrados nos artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana –; 5º, II – princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –; 6º, *caput*, e 196 – direito à saúde –, todos da CRFB/88<sup>11</sup>.

Foi apontado como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal, que vinha sendo aplicado por juízes e tribunais, em detrimento dos preceitos consagrados na Constituição da República, no sentido de proibir a antecipação terapêutica do parto nos casos de gravidezes de fetos anencéfalos<sup>12</sup>.

Alegou a parte autora que a anencefalia é uma patologia que torna inviável a vida extrauterina. Sustentou que, no ordenamento jurídico brasileiro, a morte é caracterizada pelo término da função cerebral, e, como o anencéfalo não tem atividade cerebral, não haveria vida em sentido técnico ou jurídico<sup>13</sup>.

Em razão disso, buscou demonstrar que a antecipação terapêutica do parto não consubstanciaria aborto, já que este envolve necessariamente a vida extrauterina em potencial. Desta forma, não seria a interrupção da gravidez a dar causa ao óbito do feto, mas sim a própria anencefalia<sup>14</sup>.

Argumentou que a restrição à liberdade de escolha e autonomia da vontade da gestante não se justificaria. Em verdade, obrigar a gestante a carregar em seu ventre um feto inviável

---

<sup>10</sup> FEGHALI, Jandira. **Projeto de Lei nº 4403**, 2004.

<sup>11</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão. Brasília, 29 de abril de 2013. DJ, 12 de abril de 2012.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

atentaria contra sua dignidade humana, devido aos inegáveis danos à sua integridade psíquica e física, por se tratar de uma gravidez de alto risco, e que tal prática se assemelharia à tortura<sup>15</sup>.

Sustentou, ao fim, que a criminalização da interrupção da gestação, por si só, para além da situação de inviabilidade extrauterina do anencéfalo, atenta contra um conjunto de direitos fundamentais da mulher – direitos sexuais e reprodutivos, igualdade, liberdade e autonomia –, pois a constringe a seguir com uma gravidez que não deseja. Apresentou, ainda, argumentos para defender que a criminalização do aborto representa um problema de saúde pública<sup>16</sup>.

Em razão da importância do tema, o julgamento da ADPF nº 54 contou com a participação de diversas autoridades e especialistas em desenvolvimento fetal, que foram ouvidos nos quatro dias da audiência pública que o precedeu – ocorridos em 26/08/2008, 28/08/2008, 04/09/2008 e 16/09/2008 –. Esta foi a primeira vez na história do Supremo Tribunal Federal que uma audiência pública foi convocada<sup>17</sup>.

Figuraram como *amicus curiae* as seguintes entidades: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil; Católicas pelo Direito de Decidir; Associação Nacional Pró-vida e Pró-família; Associação de Desenvolvimento da Família; Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia; Sociedade Brasileira de Genética Clínica; Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; Conselho Federal de Medicina; Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos; Escola de Gente; Igreja Universal; Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero; e o deputado federal José Aristodemo Pinotti (médico com especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia, ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP).

## **2. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

### **2.1. Da Liminar**

---

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Apesar de as sessões terem sido realizadas após a audiência pública da ADI nº 3.510, a audiência pública da ADPF nº 54 foi convocada primeiro.

A ação foi instruída com um pedido liminar, pelo qual visava-se suspender o andamento e os efeitos das decisões judiciais que pretendiam aplicar ou que tivessem aplicado os dispositivos do Código Penal confrontados, no caso da gestação de fetos anencéfalos, originando, por consequência, o direito constitucional da gestante de submeter-se ao procedimento, e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que fosse atestado por laudo médico a ocorrência da referida anomalia fetal.

O *fumus boni iuris* foi atribuído à ostensiva violação dos preceitos fundamentais elencados na inicial, em razão da interpretação das normas penais que vinha sendo dada ao caso. Já o *periculum in mora* foi atribuído à existência de inúmeras demandas, tramitando nos juízos de todo país, de gestantes pleiteando a autorização judicial para submeter-se à antecipação terapêutica do parto na rede so SUS, com risco de tornarem-se sem efeito as eventuais decisões favoráveis ao direito de interromper a gravidez, por conta da demora dos processos.

A liminar foi concedida *ad referendum*, no dia 01/07/2004, pelo relator da ação, ministro Marco Aurélio de Mello, nos seguintes termos:

[...] Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é ínsito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. **Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.**<sup>18</sup>

Em sessão plenária, no dia 20/10/2004, a primeira parte da liminar, referente ao sobrestamento dos processos em curso, foi referendada pela Corte, restando vencido o ministro

---

<sup>18</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Liminar. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão. Brasília, 29 de abril de 2013. DJ, 12 de abril de 2012. [sem grifo no original].

Cezar Peluso; e a segunda parte da liminar, referente ao reconhecimento do direito subjetivo das gestantes de submeter-se à interrupção da gravidez, foi revogada, restando vencidos os ministros Marco Aurélio de Mello, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

## **2.2. Do Pleito Principal**

Em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal, por 8 votos a 2, opinou pela procedência da ADPF nº 54. Votaram favoravelmente ao pleito os ministros Marco Aurélio de Mello, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Carlos Ayres, Britto, Celso de Mello, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa; e negativamente os ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski. O ministro Dias Toffoli declarou-se impedido e se absteve do voto, já que atuou no processo quando era advogado-geral da União.

Esta decisão não descriminalizou o aborto, tampouco criou uma exceção aos dispositivos supracitados do Código Penal, contudo, estabeleceu que, pela leitura do Código Penal à luz da Constituição da República, a interrupção terapêutica da gravidez de um feto anencéfalo não deve ser considerada prática abortiva, permitindo que as gestantes nesta situação tenham o direito subjetivo de escolher seguir ou não com a gravidez, sem a necessidade de autorização judicial ou qualquer permissão específica por parte do Estado.

### **2.2.1. Os Limites entre a Interrupção Terapêutica da Gravidez e o Aborto**

Ao analisar o suposto direito à vida do feto anencéfalo, o ministro Marco Aurélio de Mello afirmou que aborto é crime contra a vida, sendo a “vida em potencial” o objeto de tutela do Estado. No caso do anencéfalo, não existiria vida possível. Em sua concepção, o feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células e tecidos vivos, e juridicamente morto, não gozando, portanto, de proteção estatal<sup>19</sup>.

Tomando por base o conceito jurídico de morte cerebral, previsto na Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, Lei de Transplante de Órgãos<sup>20</sup>, o ministro concluiu ser impróprio falar

---

<sup>19</sup> Cf. Nota de Rodapé 7.

<sup>20</sup> BRASIL, **Lei nº 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 fev. 1997.

em direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo, já que este trataria-se de um natimorto. Em seu entendimento, a anencefalia, quando devidamente identificada, resulta em morte em 100% dos casos, quer seja antes do parto ou no breve período de sobrevivência que o sucede. Sendo assim, a interrupção da gestação do feto anencéfalo não configuraria o aborto, revelando-se uma conduta atípica<sup>21</sup>.

Acompanhando o relator, a ministra Rosa Weber também destacou em seu voto que a Lei nº 9.434/97 determina como morte a chamada morte encefálica, ou seja, quando não há mais atividade cerebral no indivíduo. Deste modo, o simples funcionamento orgânico do indivíduo não importaria ao direito enquanto “vida”, mas, sim, a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem um mínimo de interação social<sup>22</sup>.

Funções orgânicas e atos reflexos não interessam ao Direito como objeto de proteção daquilo que se designa por vida na linguagem jurídica. Isso não quer dizer que o organismo em funcionamento não possa ser objeto de proteção, seja para um fim utilitário (o transplante de órgãos), seja como respeito à família e à sociedade, no sentido de preservação dos sentimentos familiares sobre a memória e a integridade do corpo do ente querido ou a segurança jurídica para a sociedade de que a percepção sobre a morte será respeitada e o corpo permanecerá protegido como forma de respeito aos mortos (o que se dá com a proibição do vilipêndio a cadáver, por exemplo). Mas essa proteção não é de forma alguma absoluta.<sup>23</sup>

Em razão disso, a ministra considerou que a interrupção da gravidez em caso de anencefalia deve ser excluída do âmbito de abrangência do conceito de aborto<sup>24</sup>.

De forma contrária, o ministro Cezar Peluso, então presidente do Supremo Tribunal Federal, caracterizou a vida como o processo compreendido na sucessão contínua de mudanças de acordo com uma diretriz unitária de desenvolvimento autônomo. A vida seria um movimento, cujo princípio causal está no próprio movimento<sup>25</sup>.

Sustenta o ministro que o anencéfalo só morre porque estava vivo:

Todos os fetos anencéfalos – a menos que, como tais, já estejam mortos, como parecem sugerir-lhes os partidários do abortamento – são inequivocamente dotados dessa capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe é imanente.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Cf. Nota de Rodapé 7.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Ibidem.

Em virtude disso, preocupou-se em diferenciar a morte encefálica da anencefalia. A primeira seria diagnosticada para fins de transplante, representando a interrupção definitiva e irreversível do ciclo vital; enquanto a segunda integraria, ainda que brevemente, o processo contínuo e progressivo a que chamamos vida<sup>27</sup>.

Ainda de acordo com o ministro Peluso, para que se possa ter por configurado o aborto como crime, bastaria eliminar a vida, independente da especulação de sua viabilidade extrauterina, sendo certo que o aborto provocado do feto anencéfalo é uma conduta vedada de modo frontal pela ordem jurídica. O ministro defendeu que a ação de eliminação intencional de vida intrauterina, embora acometida por anencefalia, corresponde ao tipo penal do aborto, e que não há “malabarismo hermenêutico” ou “ginástica de dialética” capaz de conduzir à conclusão diversa<sup>28</sup>.

Neste mesmo sentido, o ministro Ricardo Lewandowski compreendeu a situação ora analisada como prática abortiva. Em seu voto dissidente, sinalizou que o Congresso Nacional poderia ter alterado a legislação penal para incluir os anencéfalos nos casos em que o aborto não é criminalizado, mas não o fez, não cabendo ao Supremo Tribunal Federal atuar como legislador positivo. Segundo o ministro, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, preferiram manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, apesar do instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras<sup>29</sup>.

Numa posição intermediária, o ministro Gilmar Mendes sustentou que a interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencéfalo é uma hipótese de aborto, é um fato típico, visto que o mesmo pode nascer com vida, com autonomia cardíaca e respiratória, sendo evidente a proteção jurídica conferida ao nascituro. Contudo, esta situação estaria compreendida numa causa de excludente de ilicitude, devido ao fato de que a gestação é comprovadamente perigosa à saúde física e psíquica da gestante<sup>30</sup>.

No entendimento do ministro, há casos em que o direito à vida do nascituro pode não ter primazia em relação à escolha da gestante em abortar, como no caso da gravidez proveniente

---

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Ibidem.

de estupro, no qual é aceitável que a mãe não deseje gerar o fruto de uma relação sexual não consensual – ainda que o feto seja saudável –, por conta do sofrimento psicológico que isto acarreta. A essa situação se incluiria, também, a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos, que não estava prevista no Código Penal de 1940 devido à insuficiência da tecnologia então disponível para identificá-la<sup>31</sup>.

Apresentadas as três possibilidades de interpretação do fato “interrupção terapêutica da gravidez” – (i) aborto atípico; (ii) aborto típico e antijurídico; (iii) aborto típico e lícito –, é preciso salientar que a maioria da Corte opinou por sua atipicidade (ministros Marco Aurélio de Mello, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Carmén Lúcia, Ayres Britto e Celso de Mello).

O principal argumento utilizado foi que o anencéfalo seria um natimorto cerebral, portanto, sem potencialidade de vida extrauterina. A potencialidade de vida do feto seria o bem juridicamente tutelado no Código Penal ao criminalizar o aborto, de modo que, estando o feto já morto no ventre materno, o crime não estaria configurado.

Esta consideração é muito relevante, pois a atipicidade do fato concentra o foco exclusivamente na figura do feto anencéfalo – que não teria potencialidade de vida – e não na figura da gestante. Todavia, considerar a interrupção terapêutica da gravidez um aborto típico e lícito pressupõe uma contraposição entre os interesses do nascituro e os direitos fundamentais da gestante. Neste último caso, os direitos da gestante, quer seja por inexigibilidade de conduta diversa ou por estado de necessidade, se sobreporiam aos interesses do nascituro

### **2.2.2. A Ponderação entre os Direitos da Gestante e os Direitos do Feto Anencéfalo**

A ponderação entre os direitos da gestante e os direitos do feto anencéfalo, apesar de não constituir a causa de decidir de nenhum voto, foi enfrentada por alguns ministros, mesmo que por amor ao debate.

O ministro Marco Aurélio Mello destacou que os direitos e garantias individuais previstos na nossa Carta Maior possuem como destinatário o indivíduo-pessoa, que não é caso do feto

---

<sup>31</sup> Ibidem.

anencéfalo. Em seu entendimento, a incolumidade física do feto anencéfalo não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. Para o ministro, ainda que se considerasse o direito à vida do anencéfalo, no momento da ponderação este seria afastado, em face da dignidade da pessoa humana, da liberdade no campo sexual, da autonomia, da privacidade, da saúde, e da integridade física, psicológica e moral da gestante<sup>32</sup>.

O ministro afirmou que a decisão do Supremo Tribunal Federal não é uma imposição à antecipação do parto do feto anencéfalo, mas sim uma forma de assegurar a cada mulher o direito de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade, já que o caso é de absoluta inviabilidade de vida extrauterina<sup>33</sup>.

Neste mesmo sentido, o ministro Celso de Mello pontuou que:

O Supremo Tribunal Federal (...) está a reconhecer que a mulher, apoiada em razões diretamente fundadas em seus direitos reprodutivos e protegida pela eficácia incontestável dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade, tem o direito insuprimível de optar pela antecipação terapêutica de parto, nos casos de comprovada malformação fetal por anencefalia, ou, então, legitimada por razões que decorrem de sua autonomia privada, o direito de manifestar a sua vontade individual pelo prosseguimento do processo fisiológico de gestação.<sup>34</sup>

Para o ministro Joaquim Barbosa, o Direito deve permitir a escolha da gestante, respeitando o princípio da intimidade e da autonomia privada da mulher. Ressaltou o ministro que os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, sendo papel da Corte garantir seu legítimo exercício. Em seu entendimento, seria um contrassenso garantir a liberdade sexual da mulher no caso do aborto sentimental, autorizado quando a gravidez é resultado de estupro, e vedá-la nos casos de má-formação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existiria um real conflito de bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica<sup>35</sup>.

No entendimento do ministro Ayres Britto, a gestante que quiser assumir sua gravidez até o final, mesmo sabendo que carrega um feto anencéfalo, pode fazê-lo, visto que não há proibição. Todavia, levar às últimas consequências o martírio desta gestação, impondo uma

---

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Ibidem

<sup>35</sup> Ibidem

vontade que não é a da gestante, corresponderia à tortura e tratamento cruel, atentando contra sua dignidade<sup>36</sup>.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, afirmou que não se pode tutelar o direito de praticar o aborto dos fetos anencéfalos com base no princípio da dignidade humana da mãe, visto que o nascituro também deve ser protegido por essa cláusula constitucional. Ele destacou que o desenvolvimento da vida passa necessariamente pelo estágio fetal<sup>37</sup>.

O ministro Cezar Peluso, dentre os que fizeram a ponderação, foi o único que opinou pela prevalência dos direitos do anencéfalo, por considerar a vida – intrauterina ou extrauterina – um valor absoluto. Em seu entendimento, o sofrimento da mãe derivaria de um acaso genético, uma condição inerente aos seres humanos, não sendo, portanto, tortura, que advém da imposição de um sofrimento injusto e intencional<sup>38</sup>.

Para o ministro, é necessário preservar a dignidade da vida intrauterina, independentemente das eventuais deformidades que o feto possa apresentar, posto que o feto é um sujeito de direitos. O ministro entendeu que, embora não tenha ainda personalidade civil, o nascituro é, anencéfalo ou não, investido pelo ordenamento jurídico na garantia expressa de resguardo de seus interesses, dentre os quais a proteção da vida<sup>39</sup>.

O debate aqui evidenciado faz surgir a necessidade de investigação sobre o momento em que os seres humanos passam a ter seus bens – existenciais e patrimoniais – juridicamente tutelados. De igual forma, é preciso constatar quais são as condições para se tornar sujeito de direitos, os quais podem ser sacrificados ou promovidos em detrimento dos direitos de outrem, a depender do caso concreto. Só assim é possível entender a relação existente entre o feto – anencéfalo ou não – e a gestante.

### **2.2.3. O Risco de Eugenia**

---

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> Ibidem.

Em relação ao ponto da eugenia, o relator Marco Aurélio Mello pontuou que o anencéfalo é um natimorto, logo, não se pode cogitar o aborto eugênico. O aborto eugênico pressupõe a possibilidade de vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. O ministro cita como exemplo deste tipo de aborto o que é feito em casos de lábio leporino, ausência de membros, sexo dúbio, síndrome de *down*, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular, inversões viscerais; ou seja, deficiências que não obstam à existência fora do útero<sup>40</sup>.

De igual forma, a ministra Cármen Lúcia afirmou que o propósito da ADPF nº 54 não é introduzir no Brasil a possibilidade de aborto, menos ainda se for em virtude de qualquer deformação – o aborto eugênico –, mas sim tratar da questão da anencefalia, tomando por parâmetro à potencialidade ou não de vida do feto<sup>41</sup>.

Pontua a ministra:

Os que se opõem à interrupção da gravidez do feto portador de anencefalia, ao argumento de que decisão nesse sentido abriria portas ao aborto fora das previsões legais existentes, teimam em ignorar não se tratar de um feto com deficiências físicas ou mentais: o feto anencéfalo é, até o estágio atual da medicina, irremediavelmente inviável para a vida extra-uterina, sem exceção na literatura médica.<sup>42</sup>

Em contrapartida, o ministro Ricardo Lewandowski, na parte dispositiva de seu voto, explicou que opinou pela improcedência do pedido porque a autora estava requerendo ao Supremo Tribunal Federal que elaborasse uma norma abstrata autorizadora do aborto eugênico nos casos de suposta anencefalia fetal<sup>43</sup>.

Em seu entendimento, sem uma lei devidamente aprovada pelo Parlamento, precedida de amplo debate público, retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos “em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas”.<sup>44</sup>

De forma semelhante manifestou-se o ministro Cezar Peluso:

---

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Ibidem.

A curta potencialidade ou perspectiva de vida em plenitude, com desenvolvimento perfeito segundo os padrões da experiência ordinária, não figura, sob nenhum aspecto, razão válida para obstar-lhe à continuidade. A ausência dessa perfeição ou potência, embora tenda a acarretar a morte nas primeiras semanas, meses ou anos de vida, não é empecilho ético nem jurídico ao curso natural da gestação, pois a dignidade imanente à condição de ser humano não se degrada nem decompõe só porque seu cérebro apresenta formação incompleta. Faz muito, a civilização sepultou a prática ominosa de sacrificar, segregar ou abandonar crianças recém-nascidas deficientes ou de aspecto repulsivo, como as disformes, aleijadas, surdas, albinas ou leprosas, só porque eram consideradas ineptas para a vida e improdutivas do ponto de vista econômico e social.<sup>45</sup>

O ministro destacou que o simples e decisivo fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à espécie humana garante-lhe, em nossa ordem jurídica, apesar da deficiência ou mutilação – apresentada, segundo ele, “para induzir horror e atrair adesão irrefletida à proposta de extermínio, sob as vestes de monstrosidade” –, que não lhe seja roubada a inata dignidade humana, nem que ele seja transformado em coisa ou objeto material sem valor ao juízo do Direito e da Constituição da República<sup>46</sup>.

A eugenia é um tema extremamente sensível, porque nos remete a períodos obscuros da história da humanidade, em que a discriminação, baseada numa ideia de superioridade, resultou no extermínio em massa de determinados grupos tidos por inferiores, incluindo as pessoas com deficiência.

O contraponto dos votos revela a linha tênue que existe entre legitimar (i) a interrupção do desenvolvimento de um ser vivo incompatível com a vida humana juridicamente tutelada ou (ii) a morte de uma pessoa humana por apresentar características que fogem dos “padrões de normalidade” da espécie.

### **3. VIDA HUMANA OU PESSOA HUMANA?**

A vida humana e, conseqüentemente, a morte não constituem criações artificiais da ciência jurídica. Tratam-se de uma realidade pré-jurídica, de que o Direito se apropria para regular as situações que lhe são particulares. O Direito não pode negar a realidade perceptível fora do mundo jurídico. Não é possível pensar o ser humano como entidade que só mereça

---

<sup>45</sup> Ibidem.

<sup>46</sup> Ibidem.

qualificação de ser vivo quando atender os requisitos impostos pelo Direito, contudo, são estes requisitos que ditarão a tutela jurídico-normativa das diferentes fases da nossa vida.

O conceito de pessoa justifica – mas não encerra – o estatuto ético e jurídico da vida humana. É um conceito, por óbvio, divergente sob as perspectivas moral, religiosa, filosófica, biológica e jurídica. Ainda que este trabalho se preocupe em analisar os aspectos da vida e da personalidade que são **juridicamente** relevantes, ele se vale da contribuição de outras ciências para traçar distinções importantes.

O filósofo alemão Michael Quante defende que a principal característica que difere seres humanos das outras criaturas vivas é o nosso esforço para levar uma vida pessoal. Em sua concepção, o objetivo fundamental dos seres humanos é ter a própria personalidade, desenvolver o próprio caráter e a própria individualidade<sup>47</sup>.

Segundo Quante, o começo da vida de um organismo humano se dá a partir do momento em que o processo de vida individual começa a se auto-regular. Isto normalmente ocorre no estágio de quatro a oito células – entre o segundo e o quarto dia após a fertilização do óvulo –, quando se tem o início da atividade do genoma individual deste organismo. A partir deste estágio, há uma integração ativa do próprio organismo, ao passo que as etapas anteriores do desenvolvimento humano eram dirigidas pelo RNA materno<sup>48</sup>.

Para fins de uma conceituação necessária ao desenvolvimento deste trabalho, o termo “embrião” será utilizado para designar produto do desenvolvimento celular de um óvulo fecundado por um espermatozoide até oito semanas após a fertilização; e o termo “feto” denominará o produto desse desenvolvimento celular a partir da oitava semana de gravidez até o nascimento ou aborto<sup>49</sup>.

Nossas células, tecidos e órgãos são, sim, vida humana, mesmo que em um momento anterior à constituição de um organismo humano ou independentemente deste. Da mesma forma, o embrião e o feto são inegavelmente vida humana. Todavia, unidades humanas – não autônomas – e até mesmo organismos humanos – autônomos – são entes que não se confundem

---

<sup>47</sup> QUANTE, 2017, p. 1-4.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>49</sup> ZEGERS-HOCHSCHILD *et al*, 2009, p. 1521.

com pessoas humanas. Aqui, consideraremos como pessoas humanas os organismos humanos que detêm personalidade.

### **3.1. A Personalidade**

Personalidade é um termo que possui dois sentidos principais: um primeiro, do qual decorre a possibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações (personalidade civil); e um segundo, associado à expressão do ser humano, um valor ético emanado do princípio da dignidade da pessoa humana, que reconhece o ser humano na complexidade de sua existência<sup>50</sup>.

A personalidade é um atributo da pessoa humana, desde que vive e enquanto vive, e é justamente este intervalo entre a vida e a morte que vem provocando inúmeras discussões, no direito e nos demais campos, já que tais limites não são tão absolutos.

#### **3.1.1. O Início da Personalidade**

Acerca do início da personalidade, os doutrinadores brasileiros se dividem em três principais teorias: teoria natalista, teoria concepcionista e teoria da personalidade condicional. Permeando estas teorias, encontra-se a figura do nascituro, que é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno<sup>5152</sup>.

De acordo com a teoria natalista, o início da personalidade jurídica se dá com o nascimento com vida. Esta corrente advoga que o nascituro não é ainda uma pessoa, logo, os direitos que lhe são reconhecidos permanecem em estado potencial, até o momento em que o feto é separado do corpo de sua mãe e realiza a primeira troca ox carbônica no meio ambiente<sup>53</sup>.

Os defensores desta teoria partem de uma interpretação literal do artigo 2º do Código Civil de 2002, que dispõe: “A personalidade civil da pessoa natural começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

---

<sup>50</sup> TEPEDINO, 2013, p. 20-21.

<sup>51</sup> RODRIGUES, 2001, p. 36.

<sup>52</sup> Natimorto é o feto que não nasce com vida (AMARAL, 2000, p. 211).

<sup>53</sup> PEREIRA, 2016, p. 187.

A teoria da personalidade condicional sustenta que a personalidade é verificada desde a concepção – momento em que o óvulo e o espermatozoide se fundem –, com uma condição resolutiva de o feto nascer com vida<sup>54</sup>. Os direitos do nascituro estão sujeitos a esta condição, ou seja, são direitos eventuais.

Já a teoria concepcionista preconiza que há personalidade desde o momento da concepção, a despeito do nascimento com vida, portanto, o nascituro já é uma pessoa humana. Sendo assim, o nascituro é titular tanto de direitos patrimoniais, que derivam de sua personalidade jurídica material, quanto de direitos da personalidade, que derivam de sua personalidade jurídica formal<sup>55</sup>.

Dentre os direitos patrimoniais do nascituro acima referidos, podemos citar a capacidade para suceder – art. 1.798 do Código Civil<sup>56</sup> – e para receber doações – art. 542 do Código Civil<sup>57</sup> –. Em relação aos direitos da personalidade, seguramente o mais importante é o direito à vida, pois é preciso garantir primeiro o direito de o nascituro nascer, para que suas expectativas de direitos sejam asseguradas<sup>58</sup>.

De acordo com Gagliano e Pamplona, o nascituro já é titular do direito à vida e à proteção pré-natal<sup>59</sup>. Os autores pontuam:

Independentemente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o fato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intra-uterina se não se autorizasse a proteção do nascituro – direito à vida – para que justamente pudesse usufruir tais direitos. Qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos.<sup>60</sup>

---

<sup>54</sup> TEPEDINO, 2013, p. 22.

<sup>55</sup> TARTUCE, 2017, 115-118.

<sup>56</sup> Código Civil:

Art. 1.798 - Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. BRASIL, Código Civil. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

<sup>57</sup> Código Civil:

Art. 542 - A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal. BRASIL, Código Civil. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

<sup>58</sup> TARTUCE, 2017, 115-118.

<sup>59</sup> GAGLIANO e PAMPLONA, 2016, p. 93-94.

<sup>60</sup> Ibidem.

Esta mesma conclusão poderia ser retirada da leitura do artigo 7º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>61</sup>, que estabelece: “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”.

E, ainda mais significativamente, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), o Pacto de San José da Costa Rica<sup>62</sup>, o qual esclarece em seu artigo 1.2. que “Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.” e dispõe no artigo 4.1. que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, *em geral*, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Não obstante, a teoria natalista é a que congrega a maioria dos doutrinadores, no Brasil. Sendo assim, considera-se que o nascituro se torna pessoa e adquire direitos e deveres no momento em que este nasce com vida. Ele deve atender, portanto, às seguintes condições: **nascimento** – separação do ventre materno – e **vida** – cujo marco civil é a entrada de ar nos pulmões com a primeira respiração<sup>63</sup>.

Independente da opção – tanto do Código Civil de 1916 quanto do Código Civil de 2002 – de conferir personalidade apenas aqueles indivíduos nascidos com vida extrauterina, ou seja, os **nascidos com vida**, há de se reconhecer a necessidade de o Direito Civil conferir proteção ao nascituro<sup>64</sup>.

A proteção jurídica do nascituro deve levar consideração as situações existenciais envolvidas no processo de formação de uma nova pessoa, assim como os bens jurídicos, em especial aqueles de caráter não patrimonial, que o envolvem desde antes do nascimento. Desta forma, é superada a dicotomia entre pessoa e coisa, pois, mesmo que o feto não nasça com vida, sua natureza jurídica não pode ser considerada a dos bens móveis e corpóreos<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 jul. 1990. [sem grifo no original].

<sup>62</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 22 de novembro de 1969. [sem grifo no original].

<sup>63</sup> TEPEDINO, 2013, p. 22.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 24-25.

Outra questão importante acerca da personalidade é que ela não depende da consciência ou da vontade do indivíduo. Tanto é assim que uma pessoa adulta, normal e saudável, que, por uma contingência, passa a apresentar uma deficiência mental profunda, como demência avançada, ou aqueles que se encontram em estado vegetativo permanente, indubitavelmente preservam a sua personalidade e a titularidade de seus direitos.

Caio Mario esclarece que a pessoa com deficiência mental ou que possua qualquer enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa. Por essa razão, ela é dotada de personalidade, atributo inseparável do ser humano dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico<sup>66</sup>.

Além disso, diferentemente do que ocorre em outros sistemas, na legislação brasileira – constitucional ou infraconstitucional – é prescindível que haja viabilidade ou forma humana para ser considerado pessoa<sup>67</sup>.

A forma humana era uma exigência do antigo Direito espanhol e português para a atribuição da personalidade. Atualmente, não se justifica que a personalidade seja negada aos seres de forma não-humana, os quais possuem a designação genérica de “monstros”, pois se o Direito conserva a personalidade ao que perde a forma humana por conta de algum acidente, não há razão para que se negue a personalidade daquele que é malformado desde o nascimento<sup>68</sup>.

Já a viabilidade era um requisito presente no antigo Direito francês e italiano, que consiste na aptidão fisiológica para viver<sup>69</sup>, qualidade que não teriam os seres a que faltam órgãos essenciais, como os acéfalos e os acardíacos.

Apesar de não haver fundamentação legal, a viabilidade extrauterina foi uma construção jurisprudencial, que justificou a decisão do Supremo tribunal Federal na ADPF nº 54, ao

---

<sup>66</sup> PEREIRA, 2016, p. 183.

<sup>67</sup> Neste sentido, cf. GAGLIANO e PAMPLONA, 2016, p. 90; e SANTOS, 1972, p. 248.

<sup>68</sup> PEREIRA, 2016, p. 187-188.

<sup>69</sup> Ibidem.

permitir a interrupção terapêutica da gravidez do feto anencéfalo por considerá-lo um natimorto cerebral, portanto, inviável.

A presente monografia, por sua vez, advoga que o feto anencéfalo é um nascituro, o qual, apesar de sua atividade cerebral limitada, devido ao desenvolvimento encefálico incompleto, se torna pessoa no exato momento em que se inicia o funcionamento de seu sistema cardiorrespiratório fora do útero materno, à luz da legislação civil pátria.

O doutrinador alemão Jörg Neuner esclarece que recém-nascidos com anencefalia não são completamente desprovidos de cérebro, e o tronco encefálico pode, inclusive, estar tão avançado do ponto de vista funcional que, além do batimento cardíaco e respiração próprios, é possível que eles apresentem reações comportamentais como engolir, bocejar, chupar o polegar e até mesmo manifestações de dor<sup>70</sup>.

Deste modo, pontua o autor que, na Alemanha, sequer se questiona se a existência humana pressupõe um cérebro, mas, no máximo, acerca do *quantum* necessário. Por conta das enormes dificuldades de delimitação e do elevado potencial de discriminação, o legislador alemão equipara, do ponto de vista jurídico, todos os nascimentos com vida, e atribui capacidade jurídica completa às crianças com anencefalia e a outros recém-nascidos com prognósticos sem perspectiva de cura<sup>71</sup>.

A expectativa de vida extrauterina do anencéfalo é, de fato, muito baixa, mas essa possibilidade existe e não pode ser ignorada. A despeito disso, ainda que só haja vida intrauterina para o anencéfalo, é devida a proteção de seus direitos e interesses, enquanto nascituro.

É possível que o feto anencéfalo nunca chegue a exercer a personalidade que o torna apto a ser titular de direitos e obrigações na esfera civil – nas hipóteses em que ele não nasce com vida –, contudo em nenhum momento o anencéfalo é separado do aspecto da personalidade que deriva da dignidade e compreende a complexidade de nossos valores existenciais, e o próprio direito à existência, em si.

---

<sup>70</sup> NEUNER, 2012, P. 19.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

### 3.1.2. O Fim da Personalidade

A morte é o processo gradual que culmina com a cessação de toda e qualquer atividade vital do indivíduo<sup>72</sup>. De acordo com o artigo 6º do Código Civil de 2002, “a existência da pessoa natural termina com a morte”.

No Brasil, não temos uma definição legal para o momento da morte. Todavia, para fins de disposição corporal *post mortem* – e tão somente para estes fins –, a Lei nº 9.434<sup>73</sup>, de 04 de fevereiro de 1997, determina que a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano só pode acontecer após o diagnóstico de morte cerebral do indivíduo.

Maria Helena Diniz pontua que:

A noção comum de morte tem sido a ocorrência de parada cardíaca prolongada e a ausência de respiração, ou seja, a cessação total e permanente das funções vitais, mas, para efeito de transplante, tem a lei considerado a morte encefálica, mesmo que os demais órgãos estejam em pleno funcionamento, ainda que ativados por drogas.<sup>74</sup>

Cabe destacar, inclusive, que a Portaria do Ministério da Saúde nº 487, de 2 de março de 2007, prevê em seu art. 1º que “a retirada de órgãos e tecidos de neonato anencéfalo, para fins de transplante ou tratamento, deve ser precedida do diagnóstico de parada cardiorrespiratória irreversível”<sup>75</sup>.

O momento da morte vem sendo considerado, nas últimas décadas, sob três concepções: morte cardiovascular, morte cerebral total e morte das funções superiores do cérebro<sup>76</sup>. A partir disso, surgem cinco cenários possíveis:

(i) Todas as funções cerebrais, incluindo as funções cardiovasculares, falharam irrevogavelmente – morte de acordo com as 3 concepções.

(ii) Todas as funções cerebrais falharam irrevogavelmente, mas as funções cardiovasculares e respiratórias são mantidas com a ajuda de aparelhos – morte de acordo com as concepções da morte cerebral total e da morte das funções superiores do cérebro.

---

<sup>72</sup> TEPEDINO, 2013, p. 26.

<sup>73</sup> Cf. Nota de Rodapé 20.

<sup>74</sup> DINIZ, 2001, p. 266-267.

<sup>75</sup> BRASIL, Ministério da Saúde, **Portaria nº 487**, de 2 de março de 2007. Dispõe sobre a remoção de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 03 mar. 2007.

<sup>76</sup> QUANTE, 2017, p. 79-80.

(iii) Apenas as funções do neocórtex falharam irrevogavelmente; o tronco cerebral ainda está funcionando, a respiração e a atividade cardíaca são espontâneas – morte de acordo com a concepção da morte das funções superiores do cérebro.

(iv) Algumas funções do neocórtex falharam irrevogavelmente – morte de acordo com algumas concepções da morte das funções superiores do cérebro.

(v) Falha total e irreversível do tronco encefálico com manutenção das funções do neocórtex; as funções cardiovasculares e respiratórias são mantidas com a ajuda de aparelhos – possível morte de acordo com o conceito de morte do tronco cerebral (condição chamada de *total locked-in syndrome*), que é válido na Grã-Bretanha.<sup>77</sup>

O anencéfalo é considerado vivo conforme as concepções da morte cardiovascular e da morte cerebral total; e é considerado morto conforme a concepção da morte das funções superiores do cérebro, apenas.

O marco legal da morte cerebral – morte encefálica – é válido, no Brasil, para fins de transplante, mas morte cerebral e anencefalia são conceitos distintos. O anencéfalo pode ter autonomia cardíaca e respiratória, ao passo que, na morte cerebral, a pessoa permanece viva com a ajuda de aparelhos<sup>78</sup>.

A condição do anencéfalo o aproxima dos pacientes em estado de coma profundo ou estado vegetativo, não da pessoa com morte cerebral. Portanto, da mesma forma que a eutanásia<sup>79</sup> é uma prática vedada pelo nosso ordenamento jurídico, o aborto do anencéfalo pautado exclusivamente na limitação – e não inexistência – de sua atividade cerebral também deveria sê-lo.

O interesse do anencéfalo de ter a sua vida como um bem juridicamente protegido, do qual faz jus ainda nascituro, só cessa com a sua morte definitiva, quer seja antes ou depois da separação do ventre materno.

### **3.2. A Proteção da Vida na Esfera Penal**

---

<sup>77</sup> Ibidem. [tradução minha].

<sup>78</sup> Cf. Nota de Rodapé 1.

<sup>79</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre o tema da eutanásia e suas relações com o aborto, Cf. DWORKIN (2009).

Indubitavelmente, a vida humana experimenta diferentes graus de proteção jurídica ao longo de seu desenvolvimento. Prova disso é que a pena prevista à gestante pela prática do crime de aborto, nos termos do art. 124 do Código Penal, é de 1 a 3 anos de detenção, ao passo que a pena prevista para o crime de homicídio simples, de acordo com o art. 121 do Código Penal, é de 6 a 20 anos de reclusão. Contudo, a análise proposta, neste momento, é quanto ao início e à extensão da tutela penal do Estado à vida.

De acordo com Rogério Greco, para fins de proteção por meio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação – implantação do óvulo já fecundado no útero materno –, que ocorre cerca de 14 dias após a fecundação. A partir deste ponto e até o início do parto, o comportamento dirigido finalisticamente no sentido de interromper a gravidez será considerado aborto<sup>80</sup>.

Nélson Hungria, contudo, representando a doutrina mais tradicional, pontua:

O Código, ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez antes do seu termo normal, há crime de aborto. Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a **concepção** até o início do parto, isto é, o rompimento da membrana amniótica), provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto.<sup>81</sup>

O aborto pode ser espontâneo, quando o próprio organismo materno se encarrega de expulsar o produto da concepção, ou provocado, sendo este último criminalizado no Título I – crimes contra a pessoa –, Capítulo I – crimes contra a vida –, do Código Penal.

O art. 124 do Código tipifica o aborto que é provocado pela gestante – auto-aborto – ou quando ela consente que o façam<sup>82</sup>. O art. 125 tipifica o aborto provocado por terceiro sem o

---

<sup>80</sup> GRECO, 2017, p. 172.

<sup>81</sup> HUNGRIA, 2017, p. 281. [sem grifo no original].

<sup>82</sup> Código Penal:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

BRASIL, Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 31 dez. 1940.

consentimento da gestante<sup>83</sup>. E, por fim, o art. 126 tipifica aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante<sup>84</sup>.

O sujeito passivo do crime de aborto será sempre o produto da concepção – em suas várias etapas de desenvolvimento –, podendo ser incluída a gestante, na hipótese prevista no artigo 125 do Código Penal<sup>85</sup>.

O bem juridicamente protegido nos três tipos penais incriminadores supracitados é a **vida humana em desenvolvimento**, e o objeto material do delito pode ser o óvulo fecundado – aborto ovular, cometido até os dois primeiros meses da gravidez –, o embrião – aborto embrionário, cometido no terceiro ou quarto mês de gravidez – ou o feto – aborto fetal, cometido a partir do quinto mês de gravidez –<sup>86</sup>.

Como sinaliza Néelson Hungria, para a caracterização do aborto não é necessário que o feto seja viável ou possua capacidade de desenvolvimento que o conduza à maturação:

Para a existência do aborto, **não é necessária a prova da vitalidade do feto**. Conforme adverte Hafter, pouco importa se o feto era ou não vital, desde que o objeto da proteção penal é, aqui, antes de tudo, **a vida do feto**, a vida humana em germe [...]. Averiguado o estado fisiológico da gestação em curso, isto é, **provado que o feto estava vivo**, e não era um produto patológico (como no caso de gravidez extrauterina), **não há indagar da sua vitalidade biológica ou capacidade de atingir a maturação**. Do mesmo modo, é indiferente o grau de maturidade do feto: em qualquer fase da vida intrauterina, a eliminação desta é aborto.<sup>87</sup>

A lei penal autoriza a prática do aborto em duas situações, previstas no art. 128, I e II do Código Penal. O inciso I trata do aborto necessário, que é o praticado pelo médico quando não

---

<sup>83</sup>Código Penal:

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

BRASIL, Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 31 dez. 1940.

<sup>84</sup>Código Penal:

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

BRASIL, Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 31 dez. 1940.

<sup>85</sup> GRECO, 2017, p. 176.

<sup>86</sup> GRECO, 2017, p. 177.

<sup>87</sup> HUNGRIA, 2017, p. 293. [sem grifo no original].

há outro meio de salvar a vida da gestante. Já o inciso II permite que o médico realize o aborto se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando for incapaz.

No primeiro caso, entende-se que o aborto foi cometido em um estado de necessidade. Esta é uma hipótese de exclusão de ilicitude, nos termos do art. 23, I, e art. 24 do Código Penal, deixando de ser antijurídico o fato<sup>88</sup>.

No segundo caso, trata-se da hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, já que não se pode exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da gravidez que a rememora de um momento tão traumático. Desta forma, caso haja aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável<sup>89</sup>.

No caso do feto anencéfalo, conforme elucidado na análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 54<sup>90</sup>, a interrupção terapêutica da gravidez não foi considerada aborto, porque não se reconheceu a aptidão do anencéfalo para viver. Em virtude da ausência de uma potencialidade de vida extrauterina, o fato foi considerado atípico.

De acordo com a doutrina penalista, para ser considerado crime, um fato deve ser (i) típico, (ii) ilícito e (iii) culpável. Todavia, a análise do preenchimento destes dois últimos requisitos pressupõe uma ponderação dos interesses envolvidos – do feto e da gestante, no caso –, enquanto do primeiro requisito não.

É necessário que o feto esteja vivo para que haja o aborto, deixando esse de ser crime, a depender do caso, quando for desconsiderada a sua ilicitude – estado de necessidade – ou quando for desconsiderada a sua culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa –.

Contudo, o argumento da atipicidade, pelo qual a interrupção da gravidez de um anencéfalo não é considerada aborto, acaba por categoricamente negar-lhe a vida. Desta forma,

---

<sup>88</sup> Neste sentido, cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal – Parte especial (arts. 121 a 160, CP)**, p. 124; MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal, v. 2**, p. 213; e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal, v. 2**, p. 23.

<sup>89</sup> GRECO, 2017, p. 187.

<sup>90</sup> Cf. Capítulo 2.1.1. do presente trabalho.

ainda que sem alteração do texto do Código Penal, à contramão da melhor doutrina, a decisão do Supremo Tribunal Federal criou mais uma exceção à tutela jurídica da vida.

O problema maior reside no fato de que os ministros não definiram com exatidão o que os requisitos da viabilidade e potenciabilidade de vida extrauterina significam, e o que justifica a exclusão de sua abrangência aos anencéfalos, dando margem para a insegurança jurídica.

A dedução mais lógica da leitura dos votos da ADPF nº 54, no que pode ser entendido como uma maioria da Corte, é de que o feto anencéfalo é inviável por ser considerado um natimorto cerebral. No entanto, essa conclusão é fruto de uma equivocada analogia com a Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, Lei de Transplante de Órgãos, analogia esta que foi refutada no capítulo anterior.

Para além da interrupção terapêutica voluntária induzida da gravidez, imaginemos o caso da gestante que decide dar continuidade a gestação do feto anencéfalo e é vítima de um aborto – outro termo seria inapropriado – sem o seu consentimento. Este fato seria, também, atípico?

Ou ainda a situação do anencéfalo que deixa de ser feto, ou seja, que se separa do ventre materno, realiza a primeira troca oxcarbônica com o meio ambiente e se torna pessoa. Por mais breve que seja este instante, que varia de poucos segundos a algumas semanas, a depender de diversos fatores<sup>91</sup>, poderia o médico utilizar um instrumento cirúrgico e tirar-lhe a vida sem isso caracterizar o crime de homicídio? Seria um crime impossível, nos termos do art. 17 do Código Penal<sup>92</sup>? Não estaria este recém nascido, na verdade, contrariando as expectativas de sua inviabilidade e, portanto, vivo?

A nível de direito comparado, o doutrinador alemão Jörg Neuner esclarece que:

---

<sup>91</sup> BOLTSHAUSER *et al* (2006) revelam em seu estudo que: de 211 gravidezes de fetos com anencefalia, cento e cinquenta e três (72%) nasceram com vida. Destas, 103 morreram dentro de 24 horas e 6 sobreviveram por 6 dias ou mais (máximo de 28 dias).

HIGGINS *et al* (2010), em outro estudo, demonstram que: de 26 fetos, 6 morreram dentro do útero, 9 durante o parto, e em 11 houve a morte no estágio neo-natal, com um tempo de sobrevivência entre 10 minutos e 8 dias.

<sup>92</sup> Código Penal:

Crime impossível

Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

BRASIL, Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 31 dez. 1940.

Em contrapartida, de acordo com a doutrina dominante na Alemanha, um anencéfalo pode ser objeto material de um aborto proibido, assim como, v. g., um embrião portador de trissomia regular do cromossomo 16, cujo nascimento com vida está de antemão descartado. A atividade cerebral é vista como irrelevante para a questão de se o embrião merece proteção já pelo fato de o cérebro não poder se desenvolver antes do trigésimo segundo dia posterior à concepção, sendo o feto, por outro lado, já protegido desde a nidação. Vindo uma criança anencéfala com vida ao mundo, intervém, além disso, a proteção jurídico-penal da vida.<sup>93</sup>

Na Alemanha, um aborto não é ilegal quando há risco de grave prejuízo ao estado de saúde corporal ou psíquico da grávida, conforme o parágrafo 128, alínea a, 2, do Código Penal Alemão, o que é frequentemente utilizado como argumento no caso de anencefalia fetal<sup>94</sup>.

Esta foi a alternativa apresentada pelo ministro Gilmar Mendes, que entendeu a interrupção terapêutica da gravidez do anencéfalo como um aborto típico porém lícito<sup>95</sup>. Este é o argumento que volta a atenção para a ponderação de interesses do feto e da gestante, o que parece-me a forma mais apropriada para, como requisitado na petição inicial da ADPF nº 54, dar uma interpretação conforme a Constituição ao caso.

### **3.3. A Viabilidade Extrauterina**

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), aborto é a interrupção de uma gravidez antes que o feto atinja viabilidade, isto é, antes que o feto se torne capaz de uma vida extrauterina independente. A viabilidade é geralmente definida em termos de duração da gravidez e/ou peso e tamanho do feto. Apesar de a caracterização da viabilidade variar em diferentes países, considera-se tradicionalmente um feto viável a partir de vinte e oito semanas de gestação, que corresponde ao peso fetal de aproximadamente 1.000 gramas<sup>96</sup>.

O Brasil não tem uma definição legal para a viabilidade extrauterina, mas antes da ADPF nº 54, o Supremo Tribunal Federal se deparou com o tema no julgamento da ADI nº 3.510<sup>97</sup>. Nesta ação, a Procuradoria-Geral da República questionava a constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, a Lei de Biossegurança, que autorizava a

---

<sup>93</sup> NEUNER, 2012, p. 16.

<sup>94</sup> Ibidem.

<sup>95</sup> Cf. Capítulo 2.1.1. do presente trabalho.

<sup>96</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, **Aborto Espontâneo e Induzido**, Reporte Técnico nº 461. Genebra, 1970, p. 6.

<sup>97</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF**. Arguente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 17 de abril de 2007. DJ, 23 de abril de 2007.

pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas e descartadas de clínicas de reprodução assistida.

A Corte julgou a ação improcedente, autorizando as referidas pesquisas, por entender que o embrião fecundado *in vitro* não recebia o estatuto constitucional de pessoa, por ser embrião, e era incapaz de um desenvolvimento independente que o levaria a se tornar uma pessoa<sup>98</sup>, já que não estava implantado no útero materno, sendo, portanto, inviável.

O maior precedente estrangeiro na questão da viabilidade extrauterina é o fatídico caso *Roe v. Wade*<sup>99</sup>, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana, em 1973, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que criminalizava a prática do aborto, a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante. Nesta ação foi estabelecido que a viabilidade se dá a partir de vinte e oito semanas.

Como, nos EUA, a legislação sobre o aborto varia de estado para estado, a Suprema Corte definiu os parâmetros que deveriam ser necessariamente observados: (i) no primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser livre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico; (ii) no segundo trimestre, o aborto continuaria sendo permitido, mas o estado poderia regulamentar o exercício deste direito, visando exclusivamente proteger a saúde da gestante; (iii) no terceiro trimestre – e somente a partir deste, por ser período no qual já existiria viabilidade da vida fetal extra-uterina –, os estados poderiam proibir a realização do aborto, com o objetivo de proteger a vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para preservação da vida ou da saúde da mãe<sup>100</sup>.

Na ausência de uma definição clara sobre a caracterização da viabilidade extrauterina, no Brasil, e em observância às previsões da Organização Mundial de Saúde (OMS) e ao precedente norte-americano, é possível defender que o feto anencéfalo torna-se viável a partir da vigésima

---

<sup>98</sup> O voto do ministro Cezar Peluso na ADPF nº 54 dedicou um capítulo para explicar a distinção entre esta ação e a ADI nº 3.510. De acordo com o ministro, a pesquisa com células-tronco embrionárias foi autorizada porque tinha-se, ali, a figura do embrião excedente, que não foi e nunca seria implantado no útero, logo, não tinha a capacidade de movimento autógeno que é tutelada pelo ordenamento jurídico. Isto seria completamente diferente do caso dos fetos anencéfalos, os quais possuem esta capacidade de se desenvolver.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de abril de 2013. DJ, 12 de abril de 2012.

<sup>99</sup> UNITED STATES, Supreme Court. **Roe v. Wade**, 410 US 113. Washington, D.C., 22 jan. 1973.

<sup>100</sup> SARMENTO, 2005, p. 6-7.

oitava semana da gestação. A expectativa de vida extrauterina do anencéfalo é baixa, porém, repise-se, não é nula.

Antes deste prazo, o anencéfalo não tem condições de sobreviver no mundo externo, mas, a partir dele, sim. A anencefalia não é uma má-formação incompatível com a vida, apesar de comprometer gravemente o desenvolvimento cerebral do feto, porque a morte se dá após a cessação de todas as atividades vitais do indivíduo.

Não obstante, como defendido no Capítulo 3.1.1. do presente trabalho, a viabilidade extrauterina não é um requisito para que o nascituro tenha seus interesses resguardados pelo ordenamento jurídico. De igual forma, concluiu-se no Capítulo 3.2 que ainda que se pense no feto anencéfalo como inviável, este não é requisito para que um feto seja sujeito passivo do crime de aborto.

Levemos em consideração que o feto saudável, antes da vigésima oitava semana de gestação, também é inviável, também é incapaz de desenvolver-se fora do útero materno. Ainda assim, preserva os seus interesses – existenciais e patrimoniais – de nascituro. Ademais, havendo um aborto, este seria criminalizado, de acordo com a (questionável) ordem vigente.

#### **4. A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO**

Ainda que a presente monografia considere o a vida do anencéfalo um bem juridicamente tutelado, posto que é vida humana em desenvolvimento, o direito à vida não é um direito absoluto. Na situação da gravidez, existe uma necessidade de sopesamento entre os interesses do feto e os direitos fundamentais da mãe.

É bem verdade que nenhum direito possui caráter absoluto em nosso ordenamento jurídico. A Constituição da República, a título de exemplo, excepciona o direito à vida, em seu artigo 5º, inciso XLVII, “a”, ao admitir a pena de morte em caso de guerra declarada. E em relação ao aborto, como já destacado, o artigo 128, incisos I e II, do Código Penal prevê as excludentes de ilicitude para ta abreviação da vida do feto, quando a gravidez representa um risco de morte à gestante ou quando a gravidez resulta de estupro.

De igual forma, os valores e princípios basilares do nosso ordenamento, como o princípio da dignidade humana – que, no caso em tela, pode ser evocado tanto em relação ao feto quanto em relação à mãe – precisam ser ponderados. Como destaca Robert Alexy, não existem princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais<sup>101</sup>.

No caso de uma gravidez, a mulher já tem seus direitos todos consolidados, ao passo que o embrião ou o feto que carrega em seu ventre têm direitos em potencial<sup>102</sup>. Essa mensuração é importante, pois dela deriva a prevalência dos direitos da mãe, ainda que seja inegavelmente devida a proteção do nascituro.

O autor Daniel Sarmento, em um artigo que investiga a constitucionalidade da legalização do aborto, faz a seguinte consideração:

A tese que aqui se defenderá é a de que a vida humana intra-uterina também é protegida pela Constituição, mas com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido. Sustentar-se-á, por outro lado, que a proteção conferida à vida do nascituro não é uniforme durante toda a gestação. Pelo contrário, esta tutela vai aumentando progressivamente na medida em que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extrauterina. O tempo de gestação é, portanto, um fator de extrema relevância na mensuração do nível de proteção constitucional atribuído à vida pré-natal.<sup>103</sup>

Ao comentarem sobre a Constituição de Portugal, que é indubitavelmente uma das inspirações para a CRFB/88, os autores Canotilho e Moreira pontuam:

A Constituição não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas. Protege igualmente a própria vida humana, independentemente dos seus titulares, como valor ou bem objectivo (...) Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa (...). É seguro, porém, que (a) o regime de protecção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); (b) a protecção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento; (c) os meios de protecção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de protecção da vida intra-uterina.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (Trad. Virgílio Afonso da Silva). 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>102</sup> Sobre o tema, Singer (2002, p. 163) faz a seguinte analogia “o Príncipe Charles é rei da Inglaterra em potencial, mas, no momento, não tem os direitos de um rei”.

<sup>103</sup> SARMENTO, 2005, p. 29.

<sup>104</sup> CANOTILHO e MOREIRA, 1985, p. 175.

Vida humana e pessoa humana não são sinônimos<sup>105</sup>. O embrião e o feto – anencéfalo ou não – pertencem à espécie *homo sapiens*, sendo, portanto, humanos. Todavia, é preciso considerar que eles ainda não são pessoas, apenas pessoas em potencial<sup>106</sup>.

O nascituro, como vida humana, e como pessoa futura, merece já a proteção da Constituição, contudo, não no mesmo grau de proteção que se confere à pessoa. Isto porque ele se encontra somente a caminho de se tornar uma pessoa, e a estreita relação com o corpo da mãe faz surgir colisões de interesses que terão de ser resolvidas através de ponderações<sup>107</sup>.

O Brasil é signatário de diversas Convenções de Direitos Humanos que obrigam o Estados a adotar as medidas apropriadas para assegurar às mulheres seus direitos reprodutivos e sexuais, bem como prevenir que tenham sua saúde e integridade física e psíquica prejudicadas. Dentre estes tratados, podemos citar: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

Os direitos sexuais reprodutivos, de acordo com o Ministério da Saúde, consistem no direito das pessoas decidirem, de forma livre e responsável, se querem ou não ter filhos, quantos filhos desejam ter e em que momento de suas vidas; no direito a informações, meios, métodos e técnicas para ter ou não ter filhos; e no direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, imposição e violência<sup>108</sup>.

Ao manter uma gravidez contra a sua vontade, a mulher experimenta alterações corporais indesejadas e tem sua estrutura psicológica seriamente afetada. Além disso, esta imposição estatal compromete sua estabilidade financeira, suas atividades acadêmicas e profissionais, e seu planejamento de vida como um todo, que tem que se adequar ao recém-nascido.

---

<sup>105</sup> Cf. Capítulo 3.1. do presente trabalho.

<sup>106</sup> De acordo com ROCHA (2004, p. 22), é necessário distinguir “ser humano” de “pessoa humana”. Em seu entendimento, o embrião é inegavelmente ser humano, ser vivo, mas ainda não é pessoa, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana.

<sup>107</sup> SARMENTO, 2005, p. 31-33.

<sup>108</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Direitos Sexuais, Direitos Reprodutivos e Métodos Anticoncepcionais**. Brasília, 2009, p. 4.

A medida também é atentatória contra a autonomia e liberdade individual da gestante, que desdobram de sua dignidade humana. Não cabe ao Estado ou a qualquer instituição interferir no espaço de decisão da mulher em assuntos que dizem respeito à sua forma de melhor viver, e que têm impacto direto sobre o seu próprio corpo.

Contudo, a proteção dos direitos fundamentais das gestantes não deve alcançar um ponto tal que inviabilize a proteção dos direitos em potencial do nascituro. É necessário a definição de um marco, a partir do qual o aborto se torna ilícito.

Em virtude disso, a maioria dos países democráticos passou a adotar a interpretação de que a interrupção voluntária da gestação não deve ser penalmente punida durante o primeiro trimestre da gestação, período em que o córtex cerebral do feto ainda não foi formado – o que impossibilita que o feto tenha consciência e sinta dor – e não há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno<sup>109</sup>. Esta lógica confere proporcionalidade à criminalização do aborto.

O argumento aqui defendido é de que a possibilidade de interrupção da gravidez do feto anencéfalo deve ser justificado por um motivo que diverge do que decidiu a maioria do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 54, qual seja: ao anencéfalo, enquanto feto – independente do desenvolvimento incompleto de seu tronco encefálico, que é capaz de abreviar a vida, mas não a impossibilita –, não é imputado o estatuto de pessoa constitucional, de modo que seus interesses como nascituro são sobrepostos pelos direitos das gestantes, a quem deve conferir a decisão de continuar ou não com a gravidez.

A ausência de córtex cerebral equaliza o anencéfalo com o feto saudável antes do primeiro trimestre da gestação. O aborto, em ambos os casos, demonstra-se como a abreviação da vida humana em desenvolvimento, mas que seria justificável por acontecer em um período que antecede a viabilidade extrauterina – alcançada a partir de 28 semanas<sup>110</sup>–, e no qual é impossível imputar dor ou sofrimento ao nascituro. Desta forma, os riscos de eugenia são seguramente afastados.

---

<sup>109</sup> Cf. voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus nº 124.306. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Voto-Vista do Min. Luís Roberto Barroso. **Habeas Corpus nº 124.306**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016.

<sup>110</sup> Cf. Capítulo 3.3. do presente trabalho.

## 5. A EUGENIA

O termo eugenia, que significa “bem-nascido”, refere-se ao movimento iniciado no século XIX que tinha o intuito de aprimorar a raça humana, através de uma seleção de determinadas características hereditárias.

Contudo, a história da humanidade sempre foi marcada por diversas práticas eugênicas, desde os espartanos que assassinavam as crianças nascidas com deformidades, por não considerá-las aptas para a guerra, alcançando o seu ápice no holocausto nazista, e chegando às discussões atuais sobre manipulação genética e controle sobre o desenvolvimento embrionário – que mais interessa a este trabalho –.

### 5.1. A Velha Eugenia

O antropólogo e estatístico britânico Francis Galton, primo do naturalista Charles Darwin, foi quem criou, em 1883, o conceito de eugenia, que seria a produção de uma raça altamente talentosa de seres humanos por meio de casamentos criteriosos durante diversas gerações consecutivas<sup>111</sup>.

A ideia de aprimoramento da raça humana rapidamente alcançou aos EUA, de modo que, em 1910, foi inaugurado o Eugenic Records Office, em Cold Spring Harbor, Long Island, cuja missão era investigar prisões, hospitais, asilos para pobres e sanatórios, para coletar dados genéticos, no intuito de evitar a reprodução dos “geneticamente desqualificados”<sup>112</sup>.

Revela o filósofo norte-americano Michael Sandel:

Defensores da eugenia faziam *lobby* para criar leis que impedissem a reprodução de pessoas com genes indesejáveis, e em 1907 o estado de Indiana adotou a primeira lei de esterilização compulsória para pacientes mentais, prisioneiros e miseráveis. Vinte e nove estados americanos acabaram adotando leis de esterilização compulsória e mais de 60 mil americanos “geneticamente defeituosos” foram esterilizados.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> GALTON, 1869, p.1.

<sup>112</sup> SANDEL, 2018, p. 78.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 79.

Todavia, foi no nazismo alemão que a eugenia viveu seu apogeu. Sob o domínio de Adolf Hitler, a eugenia, na Alemanha, foi além da esterilização e passou ao genocídio de grupos minoritários, incluindo as pessoas com deficiência.

Destaca-se um trecho do *Mein Kampf*:<sup>114</sup>

A exigência de que os deficientes sejam impedidos de propagar uma prole de deficientes como eles é uma exigência da mais clara razão e, se sistematicamente executada, representa o mais humano dos atos da humanidade. Poupará milhões de desafortunados de sofrimento desnecessário e conseqüentemente levará a uma melhoria da saúde como um todo.<sup>115</sup>

A aqui chamada “velha eugenia” sempre foi associada a uma medida estatal **coercitiva**, que almejava o aprimoramento da espécie humana através da seleção dos melhores genes – e conseqüente eliminação daqueles genes considerados ruins –. Ocorre que a eugenia pode ser censurável a despeito da coerção do Estado, a despeito da existência de políticas eugênicas financiadas pelo governo.

É o que este trabalho passa a discutir.

## 5.2. A Nova Eugenia

O avanço da ciência nas últimas décadas revolucionou a medicina reprodutiva, a engenharia genética e o nosso conhecimento sobre o desenvolvimento embrionário. Uma nova espécie de eugenia acompanha este processo, agora pautada na autonomia dos cidadãos, capazes de fazer determinadas escolhas antecipadas acerca de sua prole.

A chamada “eugenia de livre mercado” ou “eugenia liberal” representa uma das vertentes desta nova eugenia. Ela consiste no uso das novas técnicas de engenharia genética para projetar “crianças perfeitas”, que estariam mais aptas para alcançar suas realizações pessoais e profissionais – ou, na verdade, as realizações de seus pais projetistas –<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> “Minha Luta”, em português, é o título do livro de dois volumes escrito por Hitler, que se tornou o guia ideológico do nazismo.

<sup>115</sup> HITLER, Adolf; citado por SANDEL (2018, p. 80).

<sup>116</sup> SANDEL, 2018, p. 82 -93.

De fato, a biotecnologia se desenvolveu ao ponto de minimizar ou até mesmo retirar determinadas incertezas inerentes à reprodução humana<sup>117</sup>, permitindo-nos projetar traços genéticos que queremos em nossos filhos, tais como sexo, altura, cor da pele e cor dos olhos.

Contudo, revela Sandel, a sombra da velha eugenia paira sobre todos os debates da atualidade acerca da engenharia e melhoramento genéticos. É possível interpretar estas práticas como uma eugenia privatizada<sup>118</sup>.

Embora a eugenia liberal seja uma doutrina menos perigosa do que a antiga eugenia, ela é também menos idealista. Apesar de toda a sua tolice e ignorância, o movimento eugenista do século XX nasceu da aspiração por aprimorar a humanidade, ou promover o bem-estar coletivo de sociedades inteiras. A eugenia liberal se exime de tais ambições coletivas. Não é um movimento de reforma social, mas uma forma de pais privilegiados terem o tipo de filho que desejam e armá-los para o sucesso numa sociedade competitiva.<sup>119</sup>

O filósofo alemão Jürgen Habermas, na obra *The Future of Human Nature*, preconiza que a eugenia liberal – a prática de intervir no genoma de um embrião a critério de seus pais – é temerária por gerar pessoas geneticamente programadas, que não podem considerar a si mesmas como as únicas autoras de sua própria história de vida<sup>120</sup>.

Segundo o autor, só é possível pensarmos em autonomia e liberdade se respeitarmos a contingência do início da vida, que é algo que não está sob nosso controle:

We experience our own freedom with reference to something which, by its very nature, is not at our disposal. The person, irrespective of her finiteness, knows herself to be the irreducible origin of her own actions and aspirations. But in order to know this, is it really necessary for this person to be able to ascribe her own origin to a beginning which eludes human disposal, to a beginning, that is, which is sure not to prejudice her freedom only if it may be seen as something – like God or nature – that is not at the disposal of some other person? Birth as well, being a natural fact, meets the conceptual requirement of constituting a beginning we cannot control.<sup>121</sup>

Sandel, por seu turno, sustenta que por mais que pensemos que projetar nossos filhos para o sucesso por meio da bioengenharia é um exercício de liberdade numa sociedade competitiva,

---

<sup>117</sup> O Diagnóstico Genético Pré-Implantacional (DGP) é um exemplo trazido por SANDEL (2018, p. 32) destes procedimentos revolucionários. Neste procedimento, diversos óvulos são fertilizados em uma placa de Petri e, quando atingem determinado estágio de desenvolvimento, os embriões são testados. Aqueles não desejados são descartados.

<sup>118</sup> SANDEL, 2018, p. 81.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 89.

<sup>120</sup> HABERMAS, 2003, p. 79.

<sup>121</sup> Ibidem, p. 59.

na verdade, modificar nossa natureza para nos encaixar no mundo – e não o contrário – é a forma mais profunda de enfraquecimento da autonomia<sup>122</sup>.

Em seu entendimento, “em vez de empregar nossos novos conhecimentos genéticos para endireitar a ‘madeira torta da humanidade’, deveríamos fazer o possível para criar arranjos políticos e sociais mais tolerantes com as dádivas e limitações dos seres humanos imperfeitos”<sup>123</sup>.

De fato, inúmeros dilemas éticos e morais acompanham estas novas possibilidades da ciência moderna. Há sérios riscos na manipulação das características humanas em razão de preferências e conveniências, e inegáveis consequências para as gerações futuras.

A nova eugenia, contudo, vai além desta engenharia genética de livre mercado, que é um dos retratos da nossa obsessão pela perfeição. Este trabalho volta sua atenção para o uso do aparato científico para identificar, ainda no embrião ou feto<sup>124</sup>, doenças cromossômicas e má-formações, o que, em alguns países, legitima o aborto eugênico.

### **5.3. O Aborto do Anencéfalo é Eugênico?**

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em um reporte sobre abortos espontâneos e induzidos, revela que o aborto eugênico é o tipo de aborto induzido que ocorre em alguns países quando o comprometimento antecipado – físico ou mental – dos fetos para nascer é considerado uma razão válida para interromper a gravidez<sup>125</sup>.

A chamada indicação eugênica estava originalmente preocupada com a transmissão hereditária de doenças mentais, deficiências mentais e deficiências físicas severas. Desde os anos 1940, no entanto, o conceito foi expandido para incluir danos intrauterinos no feto

---

<sup>122</sup> SANDEL, 2018, p. 106-107.

<sup>123</sup> Ibidem.

<sup>124</sup> ASCH (1999, p. 1649) apresenta em seu artigo alguns testes pré-natais utilizados para detectar as condições do feto, tais como a ultrassonografia, a análise da alfafetoproteína no sangue materno, a biópsia do viló corial e a amniocentese.

<sup>125</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, **Aborto Espontâneo e Induzido**, Reporte Técnico nº 461. Genebra, 1970, p. 30-31.

causados por agentes ambientais, tais como drogas – a talidomida, por exemplo –, radiação e infecções virais – especialmente a rubéola –<sup>126</sup>.

Décadas atrás, o comprometimento fetal, tanto genético quanto ambiental, só poderia ser avaliado com base na probabilidade, e esse fato levou à eliminação errônea de fetos saudáveis por meio do aborto induzido. Durante os últimos anos, contudo, tornou-se possível identificar pelo menos alguns tipos dos assim chamados “defeitos fetais”, como a síndrome de Down – por meio das técnicas de amniocentese e cultura de células – e a anencefalia – por meio da técnica do ultrassom –, em um estágio suficientemente precoce da gestação, para permitir a interrupção da gravidez antes que o feto seja capaz de vida extrauterina<sup>127</sup>.

Daniel Sarmiento<sup>128</sup> enumera alguns países que permitem o aborto eugênico: França (nas primeiras doze semanas de gestação, quando existir forte probabilidade de que o feto venha a sofrer uma doença particularmente grave e incurável); Itália (nos primeiros noventa dias, em casos de má-formação fetal; e, a qualquer tempo, quando se verificarem processos patológicos, incluindo anomalias fetais, que gerem grave perigo à saúde física ou psíquica da mulher); Portugal (em caso de má-formação ou doença incurável do feto); e Espanha (nas primeiras vinte e duas semanas, em caso de má-formação fetal).

A anencefalia é umas das principais anomalias fetais a figurar neste tipo de aborto. Ainda que o Supremo Tribunal Federal não tenha considerado a interrupção terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos como aborto eugênico, por não entendê-la como o tipo penal aborto, é forçoso concluir que a prática, neste caso, perde o seu caráter eugênico.

O aborto dos anencéfalos foi, como demonstrado, utilizado como um dos exemplos da Organização Mundial da Saúde (OMS) para caracterizar o aborto eugênico, no qual a gravidez é interrompida antes que o feto alcance o tempo de maturação e o peso que o tornem viáveis<sup>129</sup> para sobreviver fora do útero, por conta de um grave comprometimento físico ou mental.

---

<sup>126</sup> Ibidem.

<sup>127</sup> Ibidem.

<sup>128</sup> SARMENTO, 2005, p. 8 -19.

<sup>129</sup> Cf. Capítulo 3.3 do presente trabalho, o qual defende que é possível pensar em viabilidade no feto anencéfalo.

Não se trata aqui da velha eugenia, associada à coerção estatal para práticas de extermínio, mas a interrupção terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos é, sim, um exercício da nova eugenia. Não é por outro motivo, senão pela má-formação congênita do feto anencéfalo, que a abreviação de sua vida foi permitida.

Todavia, é preciso salientar que, apesar de eugênico, o aborto – de acordo com a hipótese defendida neste trabalho – do feto anencéfalo não representa uma discriminação contra as pessoas com deficiência, o que é vedado de forma incisiva no nosso ordenamento jurídico. Isto porque a anencefalia não é uma deficiência.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, cujo texto final foi aprovado em dezembro de 2006, na Sede da Organização das Nações Unidas (N.Y), foi ratificada pelo Brasil na forma do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, observando o art. 5º, § 3º da CRFB/88, portanto, com *status* de emenda constitucional.

O art. 1º da aludida convenção define pessoas com deficiência como aquelas que têm **impedimentos de longo prazo** de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas **barreiras**, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em razão do *status* de emenda constitucional, o Brasil assumiu o compromisso de harmonizar todo o seu ordenamento jurídico e direcionar políticas públicas a fim de que as metas estipuladas pela Convenção alcancem a plenitude de seus efeitos.

Neste sentido, foi elaborada a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

O conceito de pessoa com deficiência, previsto no art. 2º da lei, reproduz a disposição da Convenção de Nova York, dando ênfase nas dificuldades enfrentadas por estas pessoas na sua interação com o meio, afastando, assim, a interpretação de que a a deficiência é uma condição intrínseca da pessoa.

Alessandra Moraes de Sousa explica que o modelo médico de deficiência enfatiza que as particularidades do indivíduo, tidas como faltas e limitações, são doenças que requerem tratamento. A deficiência é tratada como uma categoria natural, uma característica inerente ao indivíduo, que o torna inadequado para o mundo. Por conta disso, a pessoa não tem poder de escolha, e as decisões concernentes a sua vida são substituídas pela vontade de terceiros<sup>130</sup>.

Já no modelo social, continua a autora, a deficiência é caracterizada como um resultado da relação do indivíduo com um ambiente que não acomoda sua diferença, que é vista, aqui, como uma característica que sinaliza a diversidade humana<sup>131</sup>.

Com a nova disposição legislativa, o modelo médico de deficiência foi superado pelo modelo social, num entendimento de que a deficiência é consequência da interação dos impedimentos de longo prazo com determinadas barreiras<sup>132</sup> – urbanísticas, arquitetônicas, comunicacionais, informacionais, tecnológicas, atitudinais, entre outras –, interação esta que prejudica a atuação das pessoas com deficiência como legítimos atores sociais, comprometendo o pleno gozo de seus direitos.

A anencefalia é uma doença congênita letal que antecipa sobremaneira a expectativa de vida do anencéfalo e o priva de qualquer interação com o meio externo. Portanto, não deve ser confundida com uma deficiência, que pressupõe um agir social sem autonomia e independência, um agir social limitado por barreiras opostas ao indivíduo.

---

<sup>130</sup> SOUSA *In*: BARBOSA-FORHMAN (Coord.), 2018, p. 269-275.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> Lei 13.146:

art.3º - Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

(...)

IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;

b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;

c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;

d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;

e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;

f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias.

BRASIL, **Lei nº 13.146**, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 07 jul. 2015.

Não é possível nascer pessoa com deficiência, porque a pessoa se torna deficiente. A deficiência surge quando o meio limita a autonomia da pessoa para a prática das atividades mais comuns, como se deslocar no espaço público, estudar, trabalhar, fazer compras, enfim, gerir sua vida de maneira livre e independente. Só é possível nascer com um impedimento, e este é o caso do restrito grupo de anencéfalos que se separam do ventre materno.

## **6. O LEGADO DA ADPF N° 54?**

Este projeto tem como um de seus escopos investigar se a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n° 54 abriu um precedente para a interrupção terapêutica da gravidez – ou aborto – de fetos acometidos por outras patologias em que as chances de sobrevivência extrauterina são nulas ou muito pequenas.

Esta decisão icônica também nos permite refletir, por via reflexa, sobre a extensão da proteção jurídica nos extremos da vida – nascimento e morte –, e a ponderação entre os direitos das gestantes e os interesses dos nascituros, que pode significar, inclusive, a descriminalização do aborto, mesmo tratando-se de um feto saudável.

Por essa razão, analisar-se-á a ADI N° 5.581, o HC 124.306 e a ADPF N° 442, ações propostas na Suprema Corte após o julgamento da ADPF n° 54, que versam sobre os assuntos supramencionados.

### **6.1. ADI N° 5.581**

A Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) protocolou, em agosto de 2016, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5581, cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com requerimento liminar, questionando dispositivos da Lei 13.301, de 27 de junho de 2016, que trata da adoção de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus da dengue, chikungunya e zika<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5.581/DF**. Arguente: Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP. Relatora: Ministra Cármen Lúcia.

Alegou a parte autora existirem violações aos seguintes preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, da CRFB/88 –; livre desenvolvimento da personalidade, liberdade, e integridades física e psicológica – art. 5º, *caput*, CRFB/88 –; direito à informação – art. 5º, XIV, da CRFB/88 –; proteção à infância e à maternidade – art. 6º, da CRFB/88 –; direito à saúde e à prevenção de doenças – arts. 6º, 196 e 198, II, da CRFB/88 –; direito à seguridade social – art. 203, da CRFB/88 –; direito ao planejamento familiar e liberdade reprodutiva – art. 226, §7º, da CRFB/88 –; e direito à proteção das pessoas com deficiência – art. 227, *caput*, §1º, II, da CRFB/88<sup>134</sup>.

Indicou como atos do Poder Público atacados: a omissão na garantia de acesso à informação sobre o estado atual do conhecimento médico sobre a epidemia do vírus zika, sobre incertezas e riscos de infecção, e sobre formas de prevenção; a omissão na garantia de acesso a cuidados de planejamento familiar, incluindo o acesso a métodos contraceptivos reversíveis de longa duração e ao repelente do mosquito vetor; a omissão no acesso aos serviços de saúde para atendimento integral de todas as crianças com deficiência associada à síndrome congênita do vírus zika, em centros especializados localizados em até 50 km de sua residência; a omissão na concessão do benefício de Tratamento Fora de Domicílio, assim como na obtenção dos diagnósticos clínicos realizados para confirmar a contaminação com o zika; e a omissão sobre a possibilidade expressa e literal de interrupção da gravidez nas políticas de saúde do Estado brasileiro para mulheres grávidas infectada pelo vírus zika<sup>135</sup>.

Dentre os pedidos realizados pela ANADEP na ADI, postulou-se a descriminalização do aborto nos casos de contaminação de mulheres pela síndrome congênita do zika, enquanto caso de estado de necessidade, tratando-se de uma hipótese suprallegal de excludente de ilicitude. Alegou-se o perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de zika, agravado pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor<sup>136</sup>.

Um dos pedidos da eventual ADPF é a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, declarando-se a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação da mulher que comprovadamente tiver sido infectada

---

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

<sup>136</sup> *Ibidem*.

pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126, do Código Penal<sup>137</sup>.

Sucessivamente, postulou-se a declaração da interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal, julgando constitucional a interrupção da gestação de mulher que comprovadamente tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica – art. 128 do Código Penal – ou de justificação genérica – arts. 23, I e 24 do Código Penal –, as quais configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez. Por consequência, caberia a sustação dos inquéritos policiais, das prisões em flagrante e dos processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver diagnóstico clínico ou laboratorial de infecção da gestante pelo vírus zika.

Afirmou a parte autora que a síndrome congênita do vírus zika, em algumas gestações, causa a inviabilidade do prosseguimento da gravidez devido à morte do embrião ou do feto. Entendeu que, nessas situações, a possibilidade de interrupção da gravidez amoldaria-se perfeitamente ao precedente firmado na ADPF nº 54<sup>138</sup>.

Ponderou que esta síndrome pode, em outras situações, apesar de não produzir a morte do embrião, do feto ou do recém-nascido, causar danos neurológicos e impedimentos corporais permanentes e severos. Afirmou que ainda não são conhecidos pela literatura médica e científica todos os efeitos nocivos causados por essa infecção, porém, já se sabe que muitas crianças terão capacidades de desenvolvimento livre e autônomo substancialmente diminuídas, sendo dependentes de cuidados permanentes e tratamentos médicos contínuos para os mais sutis progressos<sup>139</sup>.

A ação está sob relatoria da ministra Cármen Lúcia e, desde o dia 24/08/2016, os autos encontram-se conclusos à relatora, aguardando julgamento.

O Supremo Tribunal Federal se depara agora com a responsabilidade de julgar a autorização do aborto numa hipótese de incontestável viabilidade extrauterina, tendo em vista

---

<sup>137</sup> Ibidem.

<sup>138</sup> Ibidem.

<sup>139</sup> Ibidem.

que o pedido da ação se estende ao aborto daqueles fetos que, após o nascimento, sofreriam com complicações decorrentes da síndrome congênita do vírus zika.

Ao mesmo tempo, a Corte enfrentará a questão do aborto eugênico, já que a principal complicação fetal associada ao vírus zika é a microcefalia – má-formação congênita caracterizada pelo crescimento anômalo do cérebro dentro da caixa craniana –.

Apesar de ter sido mencionada na petição inicial, a decisão da ADPF nº 54 dificilmente poderá ser utilizada como precedente, visto que esta tratou especificamente da interrupção terapêutica da gravidez em casos de anencefalia, a qual foi considerada fato atípico e não-eugênico, por desconsiderar a aptidão do anencéfalo para viver.

A situação seria diferente caso o Supremo Tribunal Federal, como propõe este trabalho, tivesse enfrentado a questão após a devida ponderação entre os interesses do nascituro – cuja vida é um bem juridicamente tutelado, mas não um direito consagrado – e os direitos fundamentais das gestantes – dignidade, liberdade, autonomia, privacidade, igualdade, direitos sexuais e reprodutivos, e integridade física e psíquica – que são violados.

Nesta hipótese, a interrupção terapêutica da gravidez seria um fato típico, mas que pode ser considerado lícito ou não culpável, a depender da interpretação dada ao caso, não configurando, assim, um crime.

## **6.2. HC 124.306**

Em novembro de 2016, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal afastou a prisão preventiva de dois denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática dos crimes de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha, previstos nos artigos 126 e 288 do Código Penal.

De acordo com o voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, que alcançou a maioria, além de não estarem presentes os requisitos que autorizam a prisão cautelar, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação é incompatível com diversos

direitos fundamentais das mulheres, ainda que o bem jurídico protegido seja evidentemente relevante<sup>140</sup>.

Em relação à violação à autonomia da mulher, o ministro pontuou que a autonomia corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana, que expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Este espaço legítimo de privacidade é assegurado a todo indivíduo, dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos, sem interferência do Estado e da sociedade. E, em relação à mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez<sup>141</sup>.

No que diz respeito ao direito à integridade física e psíquica, que protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança, o ministro entendeu que a integridade física das mulheres é abalada com a proibição da interrupção da gravidez, porque o seu corpo sofre as transformações, riscos e consequências da gestação, que se tornam um tormento no caso de uma gravidez indesejada. De igual forma, a mulher sofre pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser, não porque assim deseja, mas por uma determinação do Direito Penal<sup>142</sup>.

O ministro sinalizou que a criminalização do aborto neste período viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos, que incluem o direito de toda mulher de decidir se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva<sup>143</sup>.

No tocante à igualdade das mulheres, concluiu que a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nesta situação, já que homens não engravidam. Além disso, há um impacto da criminalização do aborto sobre as mulheres pobres, uma vez que o tratamento dado pela lei penal brasileira impede que estas mulheres, que não têm acesso a

---

<sup>140</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Voto-Vista do Min. Luís Roberto Barroso. **Habeas Corpus nº 124.306**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016.

<sup>141</sup> Ibidem.

<sup>142</sup> Ibidem.

<sup>143</sup> Ibidem.

médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis, o que resulta em casos de automutilação, lesões graves e óbitos<sup>144</sup>.

Concluiu-se que a tipificação penal do aborto no primeiro trimestre da gestação viola o princípio da proporcionalidade, pois constitui uma medida inadequada para proteger o bem jurídico que pretende tutelar – vida do nascituro –, já que não produz impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impede que sejam feitos de modo seguro; desnecessária, pois é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; e desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais – problemas de saúde pública e mortes – superiores aos seus benefícios<sup>145</sup>.

A decisão da ADPF nº 54 foi citada no voto do ministro Luís Roberto Barroso para ilustrar a necessidade de releitura do Código Penal de 1940, já defasado, tendo em vista os novos valores e preceitos constitucionais trazidos pela Constituição de 1988<sup>146</sup>.

Esta decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal foi num caso concreto e sem repercussão geral, mas que representa uma possível mudança de perspectiva da Corte para enfrentar a questão. Esta nova perspectiva leva em consideração o exame de proporcionalidade da criminalização do aborto.

### **6.3. ADPF Nº 442**

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs, em março de 2017, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, alegando a existência de controvérsia constitucional relevante acerca da recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que instituem a criminalização do aborto, pela ordem normativa constitucional vigente<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> Ibidem.

<sup>145</sup> Ibidem.

<sup>146</sup> Ibidem.

<sup>147</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442/DF**. Arguente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Rosa Weber.

A parte autora defendeu que não foram recepcionados parcialmente pela atual Constituição da República os dispositivos legais impugnados, apontando como parâmetros normativos de controle constitucional o art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, *caput* e incisos I, III; art. 6º, *caput*; art. 196; e art. 226, § 7º, todos da CRFB/88<sup>148</sup>.

Indicou como preceitos fundamentais afrontados: a dignidade da pessoa humana; a cidadania; a não discriminação; a inviolabilidade da vida; a liberdade; a igualdade; a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante; a saúde; o planejamento familiar das mulheres; e os direitos sexuais e reprodutivos, decorrentes dos direitos à liberdade e igualdade<sup>149</sup>.

Para justificar a tese jurídica da não recepção parcial, defendeu a aplicação e o desenvolvimento da interpretação que teria sido dada pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADI nº 3510, da ADPF nº 54 e do HC nº 124.306, com a impossibilidade de se imputar o estatuto de pessoa constitucional ao embrião ou feto<sup>150</sup>.

Afirmou que a estes entes supramencionados – embrião e feto – foi reconhecido apenas o valor intrínseco de pertencimento à espécie humana e, por conseguinte, a incidência de uma proteção legislativa gradual na gestação, que encontra limites no respeito à dignidade da pessoa humana, à cidadania, à promoção de não discriminação e aos direitos fundamentais das mulheres<sup>151</sup>.

Com fundamento no direito constitucional comparado e nas perspectivas legislativas e jurisdicionais, alegou a configuração do marco normativo da interrupção da gestação nas primeiras 12 semanas no âmbito internacional, de modo a demonstrar a validade da tese jurídica da descriminalização do aborto nessa hipótese, haja vista sua adoção em inúmeras sociedades democráticas contemporâneas. Neste sentido, sustentou a legitimidade da jurisdição constitucional para deliberar e resolver a referida controvérsia<sup>152</sup>.

---

<sup>148</sup> Ibidem.

<sup>149</sup> Ibidem.

<sup>150</sup> Ibidem.

<sup>151</sup> Ibidem.

<sup>152</sup> Ibidem.

Assim, pugnou pela procedência da ação, a fim de que fosse declarada a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, pela ordem constitucional vigente, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com sua autonomia, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento<sup>153</sup>.

A ação, sob relatoria da ministra Rosa Weber, aguarda julgamento.

Esta é a oportunidade do Supremo Tribunal enfrentar a questão da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, com definitividade. Diferente do que aconteceu HC nº 124.306, em que a Corte conheceu a questão constitucional de forma incidental, agora trata-se do controle abstrato de constitucionalidade, com efeito vinculante e repercussão geral.

A fundamentação da petição inicial da ADPF Nº 442 se coaduna com o que foi entendido pela nossa Suprema Corte na ADPF nº 54, pois advoga a atipicidade do fato. Todavia, enquanto a primeira sustenta a atipicidade, de forma genérica, no primeiro trimestre da gestação, a segunda se concentra na alegada falta de vida juridicamente tutelada do anencéfalo.

## **CONCLUSÃO**

Ao final da pesquisa, conclui-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54 acertou em permitir a interrupção terapêutica da gravidez em casos de comprovada anencefalia fetal, contudo, ela foi pautada em argumentos impróprios, senão vejamos:

A decisão vai de encontro à disposição do art. 2º Código Civil, que, segundo a melhor doutrina, apesar de não atribuir o *status* jurídico de pessoa ao nascituro, assegura a necessidade de proteção do ordenamento jurídico a este ente. O feto anencéfalo é um nascituro, que se torna pessoa no instante que se separa do ventre materno e realiza a primeira troca oxicarbônica com o meio ambiente. Ele não é um natimorto cerebral. A sua condição o aproxima, em verdade, das pessoas em estado de coma profundo ou estado vegetativo.

---

<sup>153</sup> Ibidem.

O argumento da atipicidade do fato, por desconsiderar a potencialidade de vida extrauterina do feto anencéfalo, foi equivocado. O bem jurídico tutelado com a criminalização do aborto é a vida humana em desenvolvimento, que amolda-se perfeitamente à situação do anencéfalo.

É possível considerar o feto anencéfalo viável a partir do prazo de 28 semanas de gestação, marco estabelecido pela Organização Mundial da Saúde e amplamente difundido com o precedente norte-americano do caso *Roe v. Wade*. Além disso, ainda que haja discordância quanto a essa consideração, a viabilidade fetal não é um requisito para que o nascituro tenha seus interesses juridicamente tutelados, tampouco é requisito para que ele seja sujeito passivo do crime de aborto.

Tratar a interrupção terapêutica da gravidez em casos de anencefalia como aborto atípico concentra o foco exclusivamente na figura do feto anencéfalo, e não na figura da gestante. Trata-se, na verdade, de uma autorização estatal naquele caso específico. Por outro lado, se o fato é considerado um aborto típico e lícito ou não culpável – por inexigibilidade de conduta diversa ou por configurar estado de necessidade –, há uma ponderação, com a prevalência dos direitos fundamentais da gestante sobre os interesses do nascituro.

Essa ponderação permite-nos refletir, inclusive, sobre a descriminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação, independentemente da condição do feto. Antes deste período, o feto não desenvolveu o córtex cerebral, não tem consciência e é incapaz de sentir dor. Esta é uma forma de garantir a autonomia, a liberdade, os direitos sexuais e a integridade física e psíquica da mulher, em respeito à dignidade da pessoa humana, sem desconsiderar o dever de proteger os direitos em potencial do nascituro.

A interrupção terapêutica da gravidez – ainda que aborto pareça-me o termo mais apropriado – do feto anencéfalo pode ser considerada uma prática eugênica, uma vez que é justificada pela má-formação fetal, que, segundo o entendimento da maioria do Supremo, o impossibilitaria de ser considerado juridicamente vivo.

Este tipo de aborto é autorizado em diversos países democráticos, sempre acompanhado de inúmeras críticas daqueles que advogam a inviolabilidade absoluta do direito à vida. Ainda

que não seja um retrato da velha eugenia – imposta pelo Estado –, guarda relação com a nova eugenia.

Contudo, é preciso esclarecer que, no caso dos fetos anencéfalos, a prática não configura uma discriminação contra as pessoas com deficiência, visto que, à luz do modelo social da deficiência, previsto na Convenção de Nova York, o anencéfalo não é pessoa com deficiência. A anencefalia é uma má-formação congênita, uma doença fetal, um impedimento, por certo, mas não uma deficiência, que deriva da interação deste impedimento com determinadas barreiras oriundas da vida em sociedade.

No caso de outras doenças em que as chances de sobrevivência extrauterina dos fetos são nulas ou muito pequenas – tais como acardia, agenesia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, osteogênese imperfeita letal e trissomia dos cromossomos 13, 15 e 18 – é difícil pensar que o julgamento da ADPF nº 54 servirá como precedente, pois a interrupção da gravidez, neste caso, foi justificada na situação específica de anencefalia fetal.

A potencialidade de vida extrauterina não foi um termo precisamente delimitado pelo Supremo Tribunal Federal, mas pode ser associado à interpretação de que o anencéfalo não teria vida por ser considerado um morto cerebral. Contudo, as más-formações supracitadas são exemplos de um universo muito maior de patologias que dificultam a vida extrauterina do feto, e nem todas são relacionadas à sua atividade cerebral.

De igual forma, é improvável que a decisão do Supremo na ADPF nº 54 funcione como precedente para o julgamento da ADI nº 5.581, que necessariamente desafia a ponderação entre os direitos fundamentais da gestante e os interesses do nascituro, por considerar o fato uma hipótese supralegal de excludente de ilicitude.

Já a ADPF nº 442 pode ser influenciada pela ADPF nº 54, pois ambas interpretam o fato como atípico. Esta ação, em especial, representa a possibilidade de a Suprema Corte decidir com definitividade – diferente do que ocorreu no HC 124.306 – sobre a descriminalização do aborto, nos casos em que a tipificação penal deste fato revela-se desproporcional. O tema é

extremamente sensível e vem provocado inúmeras discussões nas últimas décadas, no Brasil e no mundo, mas é uma discussão necessária.

A interrupção voluntária da gravidez, após o devido esclarecimento sobre as consequências possíveis, deve ser mais que uma permissão do Estado, e sim a garantia de um direito subjetivo da mulher. Essa é a estratégia que afasta a sombra da eugenia, porque não é pautada em qualquer condição física ou mental do feto, mas na justificada prevalência dos direitos fundamentais das gestantes.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (Trad. Virgílio Afonso da Silva). 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRADE, André Gustavo. **Dimensões da Interpretação Conforme a Constituição**. Biblioteca Virtual do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=d4d29181-ba2a-42f1-83da-fd93a5b86397&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=d4d29181-ba2a-42f1-83da-fd93a5b86397&groupId=10136)>. Acesso em: 12 set. 2018.

ASCH, Adrienn. **Prenatal Diagnosis and Selective Abortion: a Challenge to Practice and Policy**. American Journal of Public Health, v. 89, n. 11, 1999. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1508970/?page=1>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. **O Princípio da Dignidade Humana no Direito Constitucional Alemão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

\_\_\_\_\_. **Autonomia, Reconhecimento e Dignidade: Sujeitos, Interesses e Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Gramma, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOLTSHAUSER *et al.* **Spontaneous Pregnancy Outcome After Prenatal Diagnosis of Anencephaly**, British Journal of Obstetrics and Gynaecology, 113, 2006. Disponível em:

<<https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1471-0528.2006.01014.x>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL, Código Civil. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 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: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)> . Acesso em: 10 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 fev. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm)>. Acesso em: 12 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.146**, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 07 jul. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas, **Direitos Sexuais, Direitos Reprodutivos e Métodos Anticoncepcionais**. Brasília, 2009, p. 4. Disponível em: <[http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/direitos\\_sexuais\\_reprodutivos\\_metodos\\_anticoncepcionais.pdf](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/direitos_sexuais_reprodutivos_metodos_anticoncepcionais.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde, **Portaria nº 487**, de 2 de março de 2007. Dispõe sobre a remoção de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento. Brasília,

2007. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=202704>>. Acesso em: 12 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de abril de 2013. DJ, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 22 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF**. Arguente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 17 de abril de 2007. DJ, 23 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 22 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Voto-Vista do Min. Luís Roberto Barroso. **Habeas Corpus nº 124.306**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2ª ed., vol I., Coimbra: Almedina, 1985.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal, v. 2**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.989**, de 14 de maio de 2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. Diário Oficial da União, Seção I. Brasília. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais** (Trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

FEGHALI, Jandira. **Projeto de Lei nº 4403**, 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=269436>>. Acesso em: 21 out. 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Parte Especial (arts. 121 a 160, CP)**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRANCO, Alberto Silva. Aborto por Indicação Eugênica. In: **Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GALTON, Francis. **Hereditary Genius: An Inquiry into Its Laws and Consequences**. Londres: Macmillan, 1869.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Especial - vol. II**. Niterói: Editora Impetus, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **The Future of Human Nature**. Oxford: Polity Press, 2003. Disponível em: Acesso em: 14 out. 2018.  
<[https://monoskop.org/images/3/36/Habermas\\_J%C3%BCrgen\\_The\\_Future\\_of\\_Human\\_Nature\\_2003.pdf](https://monoskop.org/images/3/36/Habermas_J%C3%BCrgen_The_Future_of_Human_Nature_2003.pdf)>. Acesso em:

HIGGINS *et al.* **The Natural History of Anencephaly**, *Prenatal Diagnosis*, 30, 2010. Disponível em: <<https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/pd.2490>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal - Tomo I - Vol. 1 - 6ª Ed.** Rio de Janeiro: Editora GZ, 2017.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal, v. 2**. São Paulo: Millennium, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin. Na Medida da Pessoa Humana. **Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEUNER, Jörg. Da Capacidade Jurídica das Pessoas Naturais (Trad. Pedro Scherer de Mello). **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 6, nº 21, out./dez. 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 25 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10)**. Capítulo XVII - Malformações Congênitas, Deformidades e Anomalias Cromossômicas. Genebra, 1999. Disponível em: <<http://who.int/classifications/icd/en/>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Aborto Espontâneo e Induzido**, Reporte Técnico nº 461. Genebra, 1970. Disponível em:  
<[http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/38211/WHO\\_TRS\\_461.pdf;jsessionid=65E932480BCD1A34DD034A4859F820F2?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/38211/WHO_TRS_461.pdf;jsessionid=65E932480BCD1A34DD034A4859F820F2?sequence=1)>. Acesso em: 5 jan. 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil - Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil - Vol. I - 29ª Ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PINOTTI, José Aristodemo. **Anencefalia: Opinião**. Disponível em:  
<<http://www.febrasco.org.br/anencefalia2.htm>>. Acesso em: 22 out. 2017.

QUANTE, Michael. **Personal Identity as a Principle of Biomedical Ethics**. Münster: Springer, 2017.

\_\_\_\_\_. Pessoa, Pessoa de Direito e o Status Moral do Indivíduo Humano (Trad. Ana Paula Barbosa-Fohrmann; Natasha Pereira Silva; Leandro Freire de M. Cavalcante). **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 1, nº 1, nov. 2016. Disponível em:  
<<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/3414>>. Acesso em: 22 out. 2017.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Vol. 1**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado. Introdução e Parte Geral – Volume I**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1972.

SANDEL, Michael. **Contra a Perfeição: Ética na Era da Engenharia Genética**, tradução Ana Carolina Mesquita. 3ªed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Mundo Jurídico. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

SINGER, Peter. **Ética Prática**, tradução Jefferson Luiz Camargo. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 1 - Lei de Introdução e Parte Geral . 13ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil na Perspectiva Civil - Constitucional - Parte Geral.** Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

UNITED STATES, Supreme Court. **Roe v. Wade, 410 US 113.** Washington, D.C., 22 jan. 1973. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/108713/roe-v-wade/>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

ZEGERS-HOCHSCHILD, F. *et al.* International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology and the World Health Organization revised glossary of ART terminology. **Fertility and Sterility**, v. 92, n. 5, nov. 2009. Disponível em: <[http://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(09\)03688-7/pdf](http://www.fertstert.org/article/S0015-0282(09)03688-7/pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2018.