



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Luciane de Fátima Broering

A (in)visibilidade dos direitos do nascituro na legislação brasileira

Florianópolis

2024

Luciane de Fátima Broering

A (in)visibilidade dos direitos do nascituro na legislação brasileira

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Josiane Rose Petry Veronese, Dra.

Coorientadora: Amanda Avansini Arruda Coelho

Florianópolis

2024

Broering, Luciane de Fátima

A (in)visibilidade dos direitos do nascituro na legislação brasileira / Luciane de Fátima Broering ; orientador, Josiane Rose Petry Veronese, coorientador, Amanda Avansini Arruda Coelho, 2024.

77 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2024.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Nascituro. 3. Aborto. 4. Direito à vida. 5. Dignidade Humana. I. Veronese, Josiane Rose Petry. II. Coelho, Amanda Avansini Arruda. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Coordenação de TCC**

Luciane de Fátima Broering

A (in)visibilidade dos direitos do nascituro na legislação brasileira

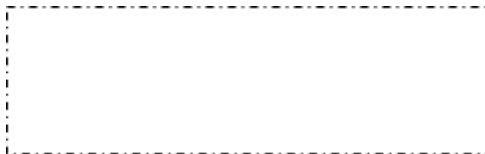
Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de bacharela e aprovado em sua forma final pelo Curso de graduação em Direito.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2024.



Coordenação do Curso

Banca examinadora



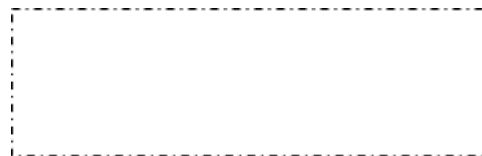
Prof^a. Josiane Rose Petry Veronese, Dra.

Orientadora



Amanda Avansini Arruda Coelho

Coorientadora



Geraldo Marcell Azevedo

UFSC - PPGD



Karina Melo Vieira

UFSC - PPGD

Florianópolis, 2024.

Dedico este trabalho a todos os nascituros cujas vidas foram ceifadas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus que amou tanto o mundo que nos deu seu Filho unigênito, que se encarnou e veio até nós na fragilidade de um bebê.

À Maria, pelo seu “sim” à vinda de Jesus, o Deus menino.

Ao meu Anjo da Guarda, fiel protetor.

Aos meus pais, por terem me dado a vida e por jamais medirem esforços para o meu bem.

À minha avó, por ser meu exemplo de fé.

Aos meus irmãos, pela amizade verdadeira e pelo cuidado comigo desde a infância.

Ao meu namorado, pelo apoio, amor e compreensão.

À professora Josiane, minha orientadora, pelos ensinamentos e por ter me dado a oportunidade de escrever sobre um assunto tão especial.

À mestranda Amanda, minha coorientadora, pela generosidade em me ajudar.

Aos amigos e colegas que tive durante cada etapa da minha vida.

“Antes de formar você no ventre de sua mãe, eu o conheci; antes que você fosse dado à luz, eu o consagrei, para fazer de você profeta das nações.” (Bíblia, Jeremias, 1:5, p.1010)

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar o reconhecimento e a proteção dos direitos dos nascituros pela legislação brasileira. Para isso, adota-se a metodologia dedutiva, com a divisão do estudo em três objetivos específicos. O primeiro visa identificar a natureza jurídica do nascituro, evidenciando que, de acordo com o Código Civil e normas supralegais, como o Pacto de San José da Costa Rica, ele é considerado sujeito de direitos desde a concepção. Na segunda parte, o trabalho examina os direitos reconhecidos ao nascituro, como os direitos à vida, à saúde, à dignidade e à proteção integral, com base na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. A terceira seção discute as ameaças a esses direitos, especialmente no contexto das discussões sobre a descriminalização do aborto, analisando as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 442 e 1141, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, que podem impactar a proteção da vida do nascituro. Ao final, conclui-se que, embora os direitos do nascituro sejam reconhecidos pelo ordenamento jurídico, eles estão vulneráveis a interpretações jurídicas que enfraquecem sua proteção. A pesquisa enfatiza a importância de garantir a integralidade desses direitos, assegurando a dignidade e o direito à vida desde a concepção.

Palavras-chave: nascituro; direitos do nascituro; criança intrauterina; personalidade jurídica; direito à vida; dignidade humana; aborto.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the recognition and protection of the rights of the unborn under Brazilian law. To this end, a deductive methodology is used, dividing the study into three specific objectives. The first seeks to identify the legal nature of the unborn, highlighting that, according to the Civil Code and supralegal norms such as the Pact of San José of Costa Rica, they are considered subjects of rights from conception. The second part examines the rights recognized for the unborn, such as the rights to life, health, dignity, and integral protection, based on the Federal Constitution of 1988 and the Statute of the Child and Adolescent. The third section discusses the threats to these rights, particularly in the context of discussions about the decriminalization of abortion, analyzing the Claims of Non-Compliance with Fundamental Precepts numbers 442 and 1141, currently under consideration by the Supreme Federal Court, which may impact the protection of the unborn's life. In conclusion, it is stated that, although the rights of the unborn are recognized by the legal system, they remain vulnerable to legal interpretations that weaken their protection. The research emphasizes the importance of ensuring the integrity of these rights, safeguarding dignity and the right to life from conception.

Keywords: unborn; rights of the unborn; intrauterine child; legal personality; right to life; human dignity; abortion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 OS FUNDAMENTOS DO DIREITO DO NASCITURO SEGUNDO A TEORIA CONCEPCIONISTA NO CÓDIGO CIVIL	12
2.1 O DIREITO DE NASCER SOB A ÉGIDE DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA	16
2.2 O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS EM DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS	20
3 A DIGNIDADE HUMANA E A INVOLABILIDADE DA VIDA: O QUE DIZ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	28
3.1 A GARANTIA FUNDAMENTAL DA SAÚDE E DA PROTEÇÃO À INFÂNCIA E À MATERNIDADE: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM DEFESA DA VIDA DESDE O ESTÁGIO INTRAUTERINO	37
3.2 O POSICIONAMENTO DA BIOÉTICA SOBRE A INVOLABILIDADE DA VIDA HUMANA	40
4 A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS	44
4.1 OS IMPACTOS VIOLADORES DA ADPF 442 AO DIREITO DA CRIANÇA	54
4.2 ADPF 1141: UM ATENTADO À DIGNIDADE HUMANA E AO COMBATE À TORTURA	62
5 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo analisar o tratamento jurídico conferido aos nascituros no ordenamento jurídico brasileiro e busca compreender se seus direitos são reconhecidos e protegidos pela legislação nacional. Para tanto, a pesquisa seguirá a metodologia dedutiva e será feita uma divisão em três objetivos específicos que orientam as seções do trabalho.

Na primeira seção, investigar-se-á a natureza jurídica do nascituro, destacando a personalidade jurídica atribuída a ele desde a concepção, conforme disposto no Código Civil Brasileiro e corroborado por normas supralegais, como o Pacto de San José da Costa Rica. Na segunda seção, serão explorados os direitos assegurados ao nascituro, com foco nos direitos à dignidade, à vida e à saúde, reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela bioética. Por fim, a terceira seção abordará as ameaças a esses direitos, com destaque para as discussões judiciais sobre a descriminalização do aborto e suas implicações para a proteção da vida do nascituro.

Ao longo do trabalho, buscar-se-á demonstrar que, apesar de reconhecidos pelo ordenamento jurídico, os direitos do nascituro são frequentemente ameaçados por interpretações jurídicas e decisões judiciais que almejam relativizar a sua proteção. A análise visa, portanto, reforçar a necessidade de uma proteção integral ao nascituro, desde a concepção, como sujeito de direitos.

2 OS FUNDAMENTOS DO DIREITO DO NASCITURO SEGUNDO A TEORIA CONCEPCIONISTA NO CÓDIGO CIVIL

Compreender a exatidão, a precisão e a nitidez dos conceitos é fundamental para formular regras jurídicas e raciocinar a partir delas, conforme asseverado por Pontes de Miranda (1954). É papel do jurista aprofundar-se sobre os materiais legislativos, jurisprudenciais e doutrinários para poder compreender e interpretar plenamente o sentido e o propósito do Direito. Sendo assim, ao abordar os fundamentos dos direitos do nascituro é necessário, antes de tudo, conceituar “nascituro”.

Nascituro deriva do latim *nasciturus* e significa “que ou aquele que há de nascer” de acordo com o Michaelis, tradicional dicionário de língua portuguesa, conceito idêntico ao dado por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1986), autor do Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Os juristas, por sua vez, também conceituam o vocábulo: R. Limongi França descreve nascituro como a “pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno” (França *apud* Chinellato, 2000, p. 7), já Pontes de Miranda o descreve como “o concebido”, antes do nascimento (Miranda, 1954).

Convém, assim, traçar o conceito de concepção, para compreender o que seria “o concebido”. A concepção é o “ato de conceber ou gerar um ser vivo; fecundação”, de acordo com o dicionário Michaelis. A fecundação, por sua vez, é descrita pelo Ministério da Saúde (Brasil, 2024) como o momento em que o gameta masculino (espermatozoide) se encontra com o gameta feminino (óvulo), fecundando-o e dando origem a uma nova vida, através da gravidez.

Extrai-se dos conceitos mencionados certa hegemonia, que converge para denominar nascituro todo novo ser humano que já tenha sido concebido (gerado) no ventre materno, mas ainda não tenha nascido. Nesta pesquisa, adotar-se-á essa definição todas as vezes que o termo “nascituro” for utilizado.

Feita a conceituação do termo “nascituro”, é necessário avaliar sua natureza perante o Direito, isto é, entender como o nascituro é classificado no campo jurídico. Surge, assim, uma pergunta a ser respondida: nascituro é pessoa, ou seja, possui personalidade jurídica?

Ao definir a personalidade, Pontes de Miranda (1954) afirma que ser pessoa é ter a possibilidade de ser sujeito de direito, o que, por sua vez, significa estar na posição de titular de um direito, independente de esse direito ser ou não subjetivado. Nesse sentido, defende que “Para se ser pessoa, não é preciso que seja possível ter *quaisquer* direitos; basta que possa ter *um* direito” (Miranda, 1954, p. 153).

Washington de Barros Monteiro (2011), por sua vez, conceitua pessoa como o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações, considerando a pessoa como sinônimo de sujeito de direito. Defende o autor que o direito se estabelece exclusivamente entre pessoas, não sendo possível firmá-lo, portanto, perante coisas ou bens.

O Código Civil (CC) define, em seus arts. 1º e 2º que:

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Ao afirmar que toda *pessoa* é capaz de direitos e deveres, o ordenamento confirma o que Miranda e Monteiro defendem: que a pessoa é todo aquele que possui direito. Tratando-se dos nascituros, o referido *codex* afirma em seu art. 2º, que, em que pese a personalidade civil comece com a vida, os direitos do nascituro são resguardados desde a concepção. Se *pessoa* é todo aquele que é capaz de (ter) direitos e o nascituro possui direitos já na concepção, o Código Civil estaria em (aparente) contradição ao condicionar o início da personalidade civil ao nascimento ao mesmo tempo em que assegura direitos ao nascituro, que ainda não nasceu. Isso porque, como já se viu, se possui direito, é porque possui personalidade.

Para dirimir a controvérsia sobre a personalidade civil dos nascituros, surgiram diversas correntes doutrinárias, dentre as quais podem se destacar três principais teorias (Chinellato, 2000): personalidade condicional, natalista e concepcionista.

Pontes de Miranda e Washington de Barros Monteiro, adeptos à teoria da personalidade condicional, afirmam que o nascituro possui sua personalidade condicionada ao nascimento com vida, sendo o nascimento condição suspensiva da personalidade. Se nasce com vida, é consumada a condição suspensiva e ele passa a ser pessoa: “o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida” (Monteiro, 2011, p. 76). No caso de morte anterior ao parto, a eficácia do ato jurídico

não se consuma: “Se o concebido nasce morto, foi ineficaz [...]” (Miranda, 1954, p. 166).

Ocorre que os autores supracitados entram em conflito com suas próprias teses ao filiar-se à corrente da personalidade condicionada. Isso porque, eles próprios reconhecem que o ordenamento confere aos nascituros alguns direitos, apesar de não possuírem personalidade. Ao mesmo tempo, reforçam a ideia de que não é possível existir direito sem que exista a pessoa sujeita a esse direito. Caio Mário da Silva Pereira critica exatamente esta problemática da teoria condicional “ ‘o direito condicional’ não deixa, por ser condicional, de ter sujeito” (Pereira, 2017, p. 185).

Caio Mário da Silva Pereira (2017) por sua vez, é adepto à teoria natalista e defende que o nascituro não possui personalidade até o momento do nascimento, tampouco direitos, pois para isso seria necessário ser pessoa. O que ocorreria, em verdade, seria a existência de “direitos meramente potenciais, para cuja constituição dever-se-á aguardar o fato do nascimento e a aquisição da personalidade” (Pereira, 2017, p. 187). No entanto, Pereira afirma que a aptidão genérica para adquirir direitos - a personalidade - é reconhecida a todo ser humano, sendo isso uma conquista civilizacional, que independe da consciência ou da vontade do indivíduo. O próprio autor reconhece, ainda, a inexatidão da doutrina da personalidade jurídica do nascituro.

Por fim, a teoria concepcionista, que tem entre suas expoentes no Brasil as juristas Maria Helena Diniz e Silmara J. A. Chinellato, é aquela que defende a personalidade jurídica do nascituro desde a concepção, considerando-o como pessoa já no ventre materno.

Maria Helena Diniz classifica a personalidade em formal - ligada aos direitos da personalidade - e material, abrangendo os direitos patrimoniais e obrigacionais. Segundo a autora, o nascituro é dotado de personalidade jurídica formal desde a concepção e passa a alcançar a personalidade material após o nascimento com vida (Diniz, 2013). Ao conceituar os direitos da personalidade, afirma que eles são “necessários e inexpropriáveis, pois, por serem inatos, adquiridos no instante da concepção, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito à qualidade humana” (Diniz, 2013, p. 136).

Chinellato argumenta de maneira semelhante, embora não separe a personalidade em duas classificações. A autora defende que a personalidade

jurídica do nascituro não é condicionada ao nascimento com vida, pois os direitos da personalidade são adquiridos por ele no momento da concepção e gozam da característica da intransmissibilidade (Chinellato, 2000). Segundo ela, apenas "certos efeitos dos direitos patrimoniais materiais ficam *resolutivamente* condicionados ao nascimento sem vida", como receber herança e doação (Chinellato, 2000, p. 198).

Além dos direitos inerentes à personalidade, como o direito à vida, à integridade, à imagem, Chinellato também cita outros direitos que são assegurados ao nascituro independentemente do nascimento com vida, como o direito a alimentos, o estado de filho, o direito à curatela e a representação, todos assegurados pelo Código Civil (Chinellato, 1988).

Buscando responder à pergunta inicial acerca da personalidade jurídica do nascituro, com base em todas as informações anteriormente citadas, entende-se que a teoria que melhor soluciona a problemática é a concepcionista. Isso porque, é a corrente doutrinária que aplica a hermenêutica jurídica, mecanismo que tem por objeto "o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis do direito, para determinar o sentido e o alcance das expressões de direito" (Carlos Maximiliano *apud* Lobo, 2019, p. 125), a partir da interpretação sistêmica, que visa a harmonia entre as normas, levando-se em consideração o sistema jurídico por completo e não somente a norma isolada.

Enéas Costa Garcia entende que não há como negar a personalidade do nascituro, pois não compete à lei determinar a existência da pessoa:

Independente da teoria utilizada para responder ao questionamento do momento de aquisição da personalidade jurídica, é certo dizer que o nascituro, ontologicamente é pessoa. Por isso a lei não poderia dizer que antes do nascimento não há pessoa, pois não compete à lei determinar a existência da pessoa (Garcia, 2007, p. 96)

André Franco Montoro, também adepto à corrente concepcionista, elabora síntese interpretando de forma sistêmica os direitos do nascituro, demonstrando que o ordenamento jurídico brasileiro como um todo converge para reconhecer ao nascituro a personalidade:

Ora, se o Código fala em 'direitos' do nascituro, é porque lhe reconhece a personalidade, pois, como vimos, todo titular de direitos é pessoa. 'Se os nascituros não são pessoas', pergunta Teixeira de Freitas, (Esboço do Código Civil, Rio, 1860, art. 121) 'qual o motivo das leis penais e de polícia, que protegem sua vida preparatória? Qual o motivo de punir-se o aborto?' E acrescenta: 'Não concebo que haja ente com suscetibilidade de adquirir

direitos, sem que seja pessoa. Se se atribuem direitos às pessoas, por nascer; se os nascituros são representados, dando-se-lhes o Curador, que se tem chamado Curador ao ventre; é forçoso concluir que já existem, e que são pessoas; pois o nada não se representa. Se os nascituros deixam de ser pessoas pela impossibilidade de obrar, também não seriam pessoas os menores impúberes, ao menos até certa idade'. [...] A afirmação de que estamos em presença de simples 'expectativas de direitos' não resiste a um exame sério. O direito à vida ou o direito de representação, por exemplo, existem na sua plenitude desde o início da gestação. E bastaria ao nascituro ser titular de um único direito para que não lhe pudesse ser negada a qualidade de pessoa. (Montoro, 2000, p. 494-496)

Portanto, analisando os direitos do nascituro previstos no Código Civil à luz da teoria concepcionista e da análise sistêmica do ordenamento jurídico, constata-se que o nascituro possui personalidade jurídica. Isso porque, ele é titular de direitos desde a concepção, conforme art. 2º do CC, e ser pessoa é justamente ser capaz de direitos, conforme art. 1º do CC. Logo, uma vez que o nascituro possui direitos, necessariamente está presente a personalidade.

Ainda, nota-se que a doutrina concepcionista é a que melhor se adequa às garantias trazidas pela Doutrina da Proteção Integral, pelo Marco Legal da Primeira Infância e pelo Pacto de San José da Costa Rica, que confirmam que o nascituro é pessoa e detentor de direitos, conforme será visto a seguir.

2.1 O DIREITO DE NASCER SOB A ÉGIDE DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA

A criança e o adolescente, abarcado nessa definição também o nascituro, há muito tempo são colocados em posição subalterna em relação aos demais membros da sociedade e têm seus direitos ignorados.

Em busca das raízes desse problema, é possível constatar que a civilização de Roma considerava a criança como propriedade, sujeita ao pátrio poder, hoje denominado poder familiar, por meio do qual o pai exercia o "*jus vitae et necis*, que compreendia o direito de expor o filho ou de matá-lo, o de transferi-lo a outrem *in causa Mancipi* e o de entregá-lo como indenização *noxae deditio*" (Mendes, 2006, p.13). A prole, portanto, pertencia ao genitor, tal como fosse um objeto, podendo ele decidir sobre sua vida e morte.

No Brasil, a tendência romana de coisificar as crianças ainda persistia nos Códigos de Menores. Apesar de terem sido criados para assegurar certa proteção aos infantes os quais estivessem "em situação irregular", os referidos códigos

colocavam a criança e o adolescente em posição subalterna: eram chamados de *menores*. A criança não era considerada sujeito de direitos, mas como mero objeto das atividades policiais e das políticas sociais (Tibério, 2014).

A fim de superar a lógica menorista e assegurar os direitos previstos pela Constituição Federal (Brasil, 1988), foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990), cuja preocupação foi reconhecer à criança e ao adolescente a titularidade de direitos fundamentais e a condição de sujeito de direito, em paridade aos demais membros da sociedade (Lima e Veronese, 2012).

O que antes era motivo para reduzir a criança e o adolescente a uma denominação que lhes resumia ao título de “menor”, fomentando a sua inferiorização, tornou-se a causa de lhes atribuída especial proteção no Estatuto: sua especial condição de *pessoa em desenvolvimento*. Maya Eigenmann afirma que o cérebro humano só termina de se desenvolver por volta dos 25 anos, no entanto, é notável que quanto menor é a idade de uma pessoa, maior é sua fragilidade e dependência (Eigenmann, 2022). Sendo assim, o fato das faculdades físicas e intelectuais das crianças estarem ainda em formação foi atestado como um fator que demanda um amparo legislativo maior.

É nesse contexto de reconhecimento da condição peculiar de desenvolvimento da criança e do adolescente que se reforça, através do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990), a *Doutrina da Proteção Integral*, diretiva que é, primeiro, constitucional, visto que o artigo 227 da Constituição Federal resume os ideais protetivos da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Consagrada já no primeiro artigo do Estatuto, a proteção integral é o mandamento que orienta as ações de cuidado aos infantoadolescentes, cuja salvaguarda é responsabilidade não apenas da família, mas também do Estado e da sociedade. A inclusão de todos esses segmentos foi necessária para que “ninguém ficasse isento de qualquer responsabilidade, uma vez que a doutrina da proteção integral apresentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente exige a participação de todos” (Mendes, 2006, p. 35).

Antônio Carlos Gomes da Costa, um dos redatores do Estatuto da Criança e do Adolescente comenta que a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento “implica, primeiramente, o reconhecimento de que a criança e o adolescente não conhecem inteiramente os seus direitos, não têm condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno” (Costa *apud* Mendes, 2006 p. 59).

É fundamental destacar que o Estatuto da Criança e do Adolescente protege também o nascituro. Em seu art. 2º, considera como criança toda pessoa com até 12 anos de idade, deixando de estipular uma idade inicial para essa classificação. Além disso, como já visto nos parágrafos anteriores, a criança é caracterizada pelo Estatuto como ser humano em desenvolvimento, cujo início se dá no útero materno. Sendo assim, o nascituro é também criança e goza, na condição de criança intrauterina, dos direitos e garantias conferidos às crianças e aos adolescentes já nascidos. É isso que conclui Silmara J. A. Chinellato, ao analisar os dispositivos do referido estatuto: “Tendo em vista que o nascituro é um ser humano, é plenamente defensável poder ser incluído no conceito de criança do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo interpretação sistemática do ordenamento jurídico.” (Chinellato, 2000, p. 222).

A criança intrauterina é ainda mais vulnerável se comparada à criança já nascida. Por precisar de um ambiente adequado à formação e maturação de seu organismo, o nascituro habita o útero materno durante o período aproximado de 9 meses, tempo no qual fica totalmente sujeito às ações e comportamentos maternos. Por esse motivo, a rejeição e o descuido da mãe podem ser fatais e assinar a sentença de morte da criança, ceifando-a do direito ao nascimento.

Em atenção a todas as circunstâncias frágeis que envolvem o nascimento de uma criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente trata o direito de nascer sob a égide da doutrina da proteção integral. O acompanhamento saudável da gestação por meio do pré-natal, da nutrição gestacional e do parto são exemplos de garantias trazidas pelo estatuto para propiciar a plena formação do infante. É por preservar a proteção integral que a Lei n. 8.069/1990 (Brasil) garante ao nascituro não apenas o direito de nascer, mas o direito a um nascimento digno, prescrevendo em seu artigo 7º que é necessária a “efetivação de políticas sociais públicas que permitam o *nascimento* e o desenvolvimento *sadio e harmonioso*”.

Silma Mendes Berti (2009), ao analisar o direito à saúde da criança intrauterina, cita alguns exemplos de direitos que derivados do artigo supramencionado, que asseguram o bem nascer:

O nascituro tem, portanto, direito ao fornecimento de todos os medicamentos necessários à preservação de sua saúde, à boa evolução da gravidez e à realização de todos os tratamentos que possam resguardar sua saúde, inclusive cirurgias a céu aberto que se mostrem necessárias e não possam ser adiadas para momento posterior ao nascimento. [...] direito a

que as demais pessoas, particularmente sua mãe, abstenham-se de praticar qualquer ato danoso à sua saúde ou adotem qualquer conduta que possa prejudicar-lhe o desenvolvimento. (Berti, 2009, p. 202-203).

Tendo em vista a vulnerabilidade acentuada das crianças em tenra idade, a fim de propiciar sua proteção integral de maneira mais satisfatória, em 2016 foi sancionada a Lei nº 13.257, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância.

O Marco Legal da Primeira Infância reconhece a importância dos 6 primeiros anos de vida dos infantes, período denominado como “primeira infância”, atribuindo-lhe atenção especial. Isso porque, apoia-se em descobertas científicas que demonstram que “as habilidades sociais, afetivas e cognitivas das crianças dependem dos primeiros 1000 dias de vida e desenvolvem-se até os seis anos, principalmente” (Ribeiro e Veronese, 2019, p. 36), sendo este período o mais estratégico para o seu desenvolvimento.

Novamente, a criança intrauterina não é deixada de fora e é também tutelada pelo Marco Legal da Primeira Infância, que não traz um marco inicial da proteção, apenas que “considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos” (Brasil, 2017). Foi por meio do marco que foram feitas alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990) para incluir a proteção à criança gestada por meio do acompanhamento pré-natal, nutrição gestacional, entre outras medidas.

Também o Plano Nacional pela Primeira Infância (PNPI), elaborado pela Rede Nacional Primeira Infância em 2010 e atualizado em 2020, menciona a inclusão do nascituro nas diretrizes de atenção à primeira infância, buscando sua proteção desde a concepção:

A inclusão da criança, da concepção aos seis anos de idade, nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) (2020-2030) é uma demonstração política da consciência mundial e nacional de que o atendimento integral dos direitos da criança na primeira infância é estratégico (p. 22).
[...]

8. Objetivos e metas específicos

Na área de acesso à cultura

Garantir o acesso à cultura a todas as crianças desde a sua *concepção* até os 6 anos e ao seu entorno cuidador; (p. 177) (grifou-se)

Vê-se, portanto, que a Doutrina da Proteção Integral e o Marco Legal da Primeira Infância são mecanismos que buscam superar a mentalidade romana, que enxergava a criança como propriedade, cuja vida estava à mercê do arbítrio paterno, bem como romper a lógica menorista trazida pelos Códigos de Menores, que

reduziam a criança e o adolescente à condição inferior às demais pessoas, contrária à posição de sujeito de direitos.

Os referidos instrumentos legais reconhecem a condição do nascituro como sujeito de direito e salvaguardam seus direitos desde a concepção, conferindo-lhe proteção especial em razão da sua condição de pessoa em desenvolvimento. Enxerga-se, portanto, a criança intrauterina como detentora de direitos, em posição de igualdade aos demais membros do corpo social e cujo cuidado é responsabilidade não apenas da família, mas também do Estado e de toda a sociedade. O grau de desenvolvimento do corpo e da mente deixa de ser causa para menosprezo e passa a motivar um zelo ainda maior para com estes que são mais frágeis e ainda não conseguem viver de maneira autossuficiente.

A proteção integral ao nascituro, consagrada no Brasil pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e reforçada pelo Marco Legal da Primeira Infância, também possui amparo nos tratados internacionais sobre direitos humanos, dentre os quais se inclui o Pacto de San José da Costa Rica, o qual agora examinaremos.

2.2 O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS EM DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

As regras jurídicas não são abstrações elaboradas ao acaso, ao contrário disso, elas são produzidas a partir da consolidação de determinados comportamentos, novos acontecimentos ou demandas da sociedade, os quais ensejam a regulamentação de determinado tema. Pontes de Miranda (1954), ao analisar a ciência do Direito, reconhece que não existe ciência do ideal, apenas do real, das relações naturais do mundo. Portanto, para que se possa compreender uma norma de maneira satisfatória, é necessário analisar o fenômeno histórico que deu causa a sua edição.

Analisar-se-á, assim, alguns marcadores históricos do século XX para que se possa compreender o que tornou necessária a assinatura do Pacto de San José da Costa Rica, em 1969.

No século XX, o mundo foi assolado por duas grandes guerras. A Segunda Guerra, considerada o maior extermínio em massa da história, durou de 1939 a 1945 e foi o mais catastrófico conflito bélico já visto na história da humanidade. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU News, 2021), cerca de 60

milhões de pessoas foram mortas no confronto, sendo 40 milhões de civis e 20 milhões de soldados.

William L. Shirer testemunhou a expansão do Nazismo na Europa e em sua obra “Ascensão e Queda do Terceiro Reich” ressalta que boa parte das medidas tomadas por Adolf Hitler durante a Segunda Guerra ocorreram de forma velada e vieram à tona somente com a descoberta de documentos sigilosos, como diários, arquivos confidenciais do governo alemão, relatórios e correspondências.

Ao narrar a perda dos direitos dos judeus na Alemanha, Shirer (2008) explica que ela ocorreu de maneira gradativa nos anos anteriores à guerra. Primeiramente, os judeus deixaram de ser considerados cidadãos para que, a partir disso, seus outros direitos pudessem ser transgredidos, pois se possuísem cidadania ser-lhe-iam resguardados direitos mínimos. Ao contrário do que poderíamos pensar, a perda da cidadania não ocorreu de maneira totalmente ilegítima, mas deu-se com respaldo jurídico, conforme o autor descreve: “A chamada Lei de Nuremberg, de 15 de setembro de 1935, privava os judeus da cidadania alemã, reduzindo-os à categoria de objetos” (Shirer, 2008, p. 290).

Após a perda da condição de cidadão, não levou muito tempo para que a liberdade de ir e vir dos judeus também fosse suprimida e fossem encaminhados aos campos de concentração. Por serem considerados objetos, não pessoas, especialmente os judeus doentes, com deficiência e idosos, foram usados como cobaias em procedimentos médicos experimentais enquanto estavam nesses locais. A obra “Os Médicos da Morte”, de Philippe Aziz (2015) traz algumas das práticas “As experiências consistiam em abrir um membro são, injetar-lhe então estafilococos e estreptococos virulentos, fechar depois a ferida aberta e aguardar o início da infecção” (Aziz, 2015, p. 630). Viver, portanto, não era mais um direito para o judeu. Na verdade, sua vida era indesejada e descartável.

Por não existir mais o direito à vida, evitava-se ao máximo o nascimento de novos judeus e em caso de gravidez matava-se a criança intrauterina por meio do aborto, independentemente da idade gestacional. Inclusive, alguns médicos alemães davam preferência por fazê-lo o mais tarde possível: “O doutor Thilo tinha uma estranha predileção pelos abortos provocados no fim da gravidez (no sexto ou sétimo mês). Muito poucas mulheres lhes sobreviviam” (Aziz, 2015, p. 425).

O extermínio judaico em massa inicialmente se deu por fuzilamento e cerca de 2 milhões de judeus foram mortos dessa maneira (Enciclopédia do Holocausto,

2022). No entanto, os alemães notaram que o ato era visível à população, o que gerava revolta, bem como traumatizava os soldados, principalmente ao fuzilarem crianças e mulheres que clamavam por piedade. O regime entendeu então que “seria simplesmente impossível eliminar pelo fuzilamento as multidões que se esperava; no que se refere às mulheres e às crianças, aliás, seria demasiado duro para os SS que teriam de as executar” (Aziz, 2015, p. 258). Dessa forma, encontrou-se uma alternativa mais prática, discreta e eficaz para o massacre: o gás, o qual já era utilizado na eutanásia dos judeus considerados alienados, os quais geralmente possuíam deficiência e não serviam para o trabalho forçado.

Depois de serem feitas modificações na forma de aplicação e no gás utilizado, os generais alemães ficaram impressionados com a eficácia do método de extermínio: “o processo é rápido, silencioso, simples de utilizar” (Aziz, 2015, p. 262). Assim, os problemas decorrentes do fuzilamento foram resolvidos, pois a população não sabia o que ocorria nas fazendas usadas para a execução e os soldados não viam diretamente a morte dos judeus e seus gritos, pois eles eram levados para galpões fechados e lá morriam asfixiados pelo gás mortífero.

Com a derrota dos alemães e o término da Segunda Guerra Mundial, os delitos perpetrados durante o conflito foram julgados pelo Tribunal de Nuremberg. Aos oficiais do alto escalão nazista foram imputados quatro crimes: (1) crime de conspiração e/ou complô; (2) crimes contra a paz; (3) crimes de guerra; e (4) crimes contra a humanidade (Enciclopédia do Holocausto, 2024).

Os réus justificaram-se afirmando não terem cometido crime algum, pois atuavam amparados pela lei, que lhes dava respaldo para prática de tais atos, afinal, matar judeus era um “direito” alemão. Também alegaram o estrito cumprimento de ordens de seus superiores hierárquicos, ao ponto que se questionava: “deveria um oficial obediência a alguém mais que ao Führer?” (Shirer, 2008, p. 449). As escusas dos alto oficiais, no entanto, não foram suficientes para eximi-los da culpa pelo assassinato de milhões de judeus. Assim, alguns dos réus foram condenados à forca e outros à prisão (Enciclopédia do Holocausto, S.I).

Ao término da guerra e do julgamento de Nuremberg, o mundo viu-se alarmado pelos crimes cometidos em nome da lei e que se passaram por justiça durante o terceiro Reich. Adolf Hitler subverteu o uso das normas, em uma verdadeira barbárie jurídica, para a partir do próprio Direito, violar direitos. A lição

deixada pelo Holocausto foi de que vida é inviolável e nenhum direito está acima do direito de viver e tampouco pode a lei ser usada como justificativa para matar.

Desse modo, diversas nações ao redor do globo viram a necessidade de se unir para proteger direitos universais, atribuíveis a todo e qualquer ser humano, independentemente de quaisquer critérios. Foi necessário reconhecer formalmente que “o ser humano tem direitos inerentes pelo *simples* fato de ser um *ser humano*, e não apenas aqueles direitos emanados do Estado” (Ramos, 2020, p. 6). Assim, instituiu-se em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Após ter sido firmada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma série de novos tratados internacionais foram assinados por outros países que viram a necessidade de reconhecer o valor ontológico do homem e resguardar os direitos humanos. É justamente nesse contexto que se firma em 1969 o Pacto de São José da Costa Rica, também chamado de Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinado por 25 países latinoamericanos.

Em uma análise dos 50 anos de assinatura do Pacto de San José da Costa Rica, Denise Almeida de Andrade, Monica Sapucaia Machado e Grasielle Borges Vieira de Carvalho, tecem a seguinte reflexão:

O Pacto de São José da Costa Rica faz parte de uma série de tratados e acordos internacionais constituídos para instituir e garantir os direitos humanos no mundo (ocidental). Desde o final da segunda guerra mundial o ocidente se empenha em ampliar o espaço da comunidade internacional na formulação e solidificação de direitos mínimos para todos e todas na intenção de impedir ou mitigar que emerjam ou se fortaleçam horrores como os executados pelo nazifascismo. (Andrade, Machado e Carvalho, 2019, p. 2).

À criança intrauterina são reconhecidos os direitos e garantias fundamentais previstos nos pactos internacionais, uma vez que é ser humano e possui, como qualquer um, valor e dignidade intrínsecos. Em especial, no Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, sua proteção é prevista expressamente desde a concepção.

Assim, tendo já observado os acontecimentos históricos que motivaram a criação dos tratados internacionais sobre direitos humanos e a necessidade de proteger o ser humano integralmente e independentemente de qualquer critério, faz-se mister entender a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e seu papel de defesa do ser humano mais vulnerável: o nascituro.

Assinado em 22 de novembro de 1969, o Pacto de San José da Costa Rica, também denominado Convenção Americana sobre Direitos Humanos, reconhece já em seu preâmbulo aquilo norteia todos os seus 82 artigos, que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana”.

A referida convenção foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1992, por meio do Decreto nº 678. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil foi signatário e que foram aprovados pelo Congresso Nacional em dois turnos, por pelo menos três quintos dos votos, passaram a equivaler às emendas constitucionais.

Ocorre que o Pacto de San José foi aprovado por votação da maioria simples, antes da emenda de 2004. Assim, a questão sobre o caráter dele foi levada ao Supremo Tribunal Federal, o qual, ao julgar o RE 466.343, com repercussão geral (Tema 60), deu aos tratados e às convenções internacionais sobre direitos humanos não incorporados como emenda constitucional a natureza de norma supralegal, ou seja, abaixo da Constituição mas acima das demais normas.

Parte da doutrina defende, ainda, a aplicação do princípio *pro homine*, que consiste na aplicação da norma mais favorável ao homem, independentemente de seu status hierárquico. Portanto, de acordo com tal vertente, se os tratados internacionais sobre direitos humanos trouxerem maior proteção do que a própria constituição, prevalecerão sobre ela, tendo em vista a complementaridade e retroalimentação das normas de defesa do ser humano. Assim nos explica Luiz Flávio Gomes (2008):

Por força do princípio interpretativo *pro homine*, desse modo, cabe enfatizar o seguinte: quando se trata de normas que asseguram um direito, vale a que mais amplia esse direito; quando, ao contrário, estamos diante de restrições ao gozo de um direito, vale a norma que faz menos restrições; em outras palavras, a que assegura de maneira mais eficaz e mais ampla o exercício de um direito. (Gomes, 2008, p. 7)

Independentemente da vertente adotada, fato é que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos está acima de praticamente todas as normas do Brasil, com exceção da Constituição Federal. A força normativa do pacto predomina sobre a legislação ordinária, como Código Civil e Código Penal, pois é uma norma com status supralegal. Em virtude disso, devem ser bem observadas as garantias

por ele traçadas para que compreenda com seriedade os direitos do nascituro na legislação brasileira.

O Pacto de San José traz a definição de pessoa em seu artigo 1, inciso 2, afirmando que “pessoa é todo ser humano”. Por lógica, a criança intrauterina é pessoa, já que é ser humano. Prossegue ainda trazendo em seu artigo 3 o direito à personalidade, inerente a todo ser humano: “Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”.

Conseqüentemente, vê-se que não deveria haver dúvidas acerca da personalidade jurídica do nascituro no ordenamento brasileiro, uma vez que, por ser da espécie humana, é considerado pessoa e lhe é assegurado, como a qualquer outro ser humano, o reconhecimento de sua personalidade jurídica. Ainda que o Código Civil tenha uma redação supostamente dúbia sobre o assunto, o Pacto de San José, norma hierarquicamente superior ao referido *codex*, é claro ao atribuir a personalidade jurídica a todo ser humano de maneira incondicionada, incluindo-se, portanto, o nascituro.

Não bastasse os artigos já pontuados como aplicáveis à criança intrauterina, a convenção fez questão de enfatizar de maneira expressa o respeito ao nascituro e seu direito à vida desde o momento da concepção. Assim prescreve o artigo 4, inciso 1: “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”.

Ocorre que, apesar da clareza da redação do artigo supracitado, alguns mencionam que o termo “em geral” estaria autorizando exceções ao respeito à vida desde a concepção. Ao analisar essa *suposição*, Reinaldo Pereira e Silva (2002) afirma que tal raciocínio está equivocado, uma vez o direito universal e incondicional à vida é a principal diretiva do pacto e não faria sentido ele permitir violações ao que declara ser inviolável, pois:

Se a diretiva primeira é o respeito universal à vida, toda e qualquer ação, ainda que aparente uma exceção ao respeito incondicional à vida, deve-se fundamentar no respeito a ela. Dessa maneira, as exceções que a redação do artigo 4º aparentemente admite nada mais são do que formas extremadas de proteção da vida, a exemplo do estado de necessidade (Silva, R., 2002, p. 252)

Desse modo, é exigido o respeito à vida humana desde a concepção, pois o direito de viver é oponível a todo ser humano, sem exceções e distinções. Além disso, a medida em que o próprio Pacto reconhece a personalidade do nascituro,

não faria sentido estabelecer distinções entre pessoas com base no grau de desenvolvimento corpóreo ou ambiente em que se encontra, atribuindo a algumas pessoas mais direitos do que a outras.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 5, assegura também à criança intrauterina - como a toda pessoa - o direito à integridade física e veda tortura e trato cruel ou degradante. Ainda, o pacto frisa que não existe, em hipótese alguma, nem mesmo em caso de guerra, exceção aos direitos do nascituro anteriormente mencionados, conforme o artigo 27, parágrafo 2, “[...] a disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3º (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 4º (Direito à vida) e 5º (Direito à Integridade Pessoal) [...]”. Portanto, não há razão em dizer que a expressão “em geral” estaria possibilitando a relativização da proteção da vida do nascituro, já que nem mesmo em caso de guerra declarada os estados signatários estão autorizados a suprimir essa garantia, que dirá em condições normais.

Nota-se, portanto, um grande desconhecimento do Pacto de San José da Costa Rica e de seu alcance na legislação brasileira por parte daqueles que aderem às teorias já vistas neste capítulo, que negam à criança intrauterina o gozo de direitos por ainda não ter nascido e defendem que há somente uma mera expectativa de tê-los, obtendo-os caso venha a nascer. Em verdade, a partir do pacto, é rechaçado esse tipo de tese, sendo reconhecido que o nascituro, pessoa por nascer, não é “menos pessoa” que os já nascidos, pois detém idêntico valor e idênticos direitos aos demais seres humanos.

Para além do Pacto de San José da Costa Rica, outros pactos internacionais sobre direitos humanos invocam a defesa do ser humano em estágio intrauterino. Dentre eles está justamente o tratado internacional precursor dos demais, o qual já foi anteriormente mencionado: a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Firmada após as grandes violações do Holocausto, a declaração elenca direitos que devem ser garantidos - não só ao cidadão - mas a todo ser humano.

De maneira semelhante ao Pacto de San José, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi também assinada pelo Brasil e diversos outros países. No seu artigo 6, é previsto o direito do reconhecimento da personalidade jurídica, nos seguintes termos: “Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei” (ONU, 1948). Já em seu artigo 3, defende-se que “Todo ser humano tem direito à vida”. Nota-se, novamente, que os

direitos *humanos* são atribuídos a todo ser *humano*, sem a necessidade de cumprir qualquer critério que para gozo de tais garantias.

Uma vez reconhecida à criança intrauterina, pelas normas ordinárias e pelos tratados internacionais adotados pela legislação brasileira, a condição de pessoa, a personalidade jurídica e os direitos universais inerentes a todo ser humano (vida, integridade física, entre outros), qualquer discurso ou norma que busque diminuir ou condicionar o gozo de tais garantias a algum critério - como, por exemplo, o número de semanas de vida - são flagrantemente violadores dos direitos humanos, ainda que se revistam da justificativa de estarem assegurando outros "direitos". Não se pode relativizar o valor da vida humana, sob pena permitirmos um novo holocausto, dessa vez, ainda mais silencioso.

3 A DIGNIDADE HUMANA E A INVIOABILIDADE DA VIDA: O QUE DIZ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A criança intrauterina, como se demonstrou no capítulo anterior, é protegida perante a legislação civil brasileira e por pactos internacionais. Para além dos regramentos mencionados, também a Constituição Federal de 1988, que dita a orientação do ordenamento jurídico nacional, confere ao nascituro - e a todo ser humano - direitos fundamentais. É sobre essas diretivas constitucionais que esta pesquisa se debruçará a partir de agora.

A dignidade da pessoa humana é um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil, prevista pelo primeiro artigo da Constituição. Além disso, é considerada um princípio fundamental, encontrada no título I do texto constitucional. Antes de se observar sua aplicação aos nascituros, porém, é necessário compreender o significado da própria noção de dignidade.

O termo “dignidade” é analisado por Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988” (2009). O autor afirma que a expressão “dignidade humana” possui raízes muito antigas, presente já no pensamento clássico e no ideário cristão.

A noção de dignidade, para parte da sociedade grega, refletia a posição social do indivíduo, havendo pessoas mais dignas que outras. Assim, segundo Aristóteles (Santos, 2019), apenas os cidadãos poderiam participar da vida política, possuindo eles um nível de dignidade maior por conta da atividade intelectual que exerciam. Recordar-se, inclusive, que os detentores da cidadania detinham direito sobre a vida e sobre a liberdade dos demais, podendo, por exemplo, usá-los como escravos. No entanto, para um outro grupo de gregos, adeptos à filosofia estoica, a dignidade já era vista como uma qualidade inerente a todo ser humano, considerando-os todos iguais em sua natureza. O estoicismo foi posteriormente resgatado pelos romanos, que a partir de Cícero aderiram à ideia de uma dignidade desvinculada de outros requisitos (Santos, 2019).

Com a ascensão do cristianismo, a partir do primeiro século, também foi destacada a noção de dignidade como algo inerente a todo ser humano - e não somente aos cristãos. Isso porque, as religiões cristãs entendem que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, dignificando a natureza humana, conforme se vê em passagens do Antigo e Novo Testamento. São Tomás de Aquino, no século

XIII, chegou a referir-se expressamente ao termo “*dignitas humana*”, conforme mencionado por Sarlet (2009), o mesmo termo que ainda hoje é utilizado.

Cinco séculos depois de São Tomás, Immanuel Kant analisou a noção de dignidade a partir da autonomia ética do ser humano. Segundo Kant, em sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” (Kant, 2007), o conceito de dignidade seria um valor em si mesmo, que não possui um preço e nem pode ser trocado por outra coisa. Assim, a dignidade estaria relacionada com “a capacidade do ser humano de não ser um meio para alguma coisa, mas sempre um fim em si mesmo” (Pagno, 2016, p. 224) e no âmbito jurídico apresentaria-se como um direito que toda pessoa possui e um dever a ser respeitado. Conforme asseverado por Sarlet (2009), a concepção kantiana de dignidade não é livre de críticas e, se interpretada restritivamente, pode remeter a perguntas sobre “o início e o fim da dignidade da pessoa”. No entanto, adotar-se-á neste trabalho a majoritária aceção da dignidade kantiana da pessoa como fim e não meio, afastada toda possibilidade de interpretação que culmine na coisificação do ser humano.

Hegel, teceu críticas à concepção kantiana de dignidade e defendeu que o ser humano não nasce digno, mas conquista a dignidade a partir do momento que assume a condição de cidadão (Sarlet, 2009). Cabe observar que a visão hegeliana da dignidade é semelhante àquela que parte da sociedade grega utilizou para justificar a escravidão e abre margem à violação de direitos. Como foi visto na seção anterior, foi justamente esse o conceito adotado pelos nazistas para justificar extermínio de judeus: alegar que a dignidade e os direitos a ela inerentes pertenceriam apenas aos cidadãos e, como estes não possuíam cidadania, não eram dignos e tampouco sujeitos de direitos.

A busca de um conceito vinculado a fatores alheios à própria natureza do homem para fundamentar a dignidade - como a cidadania ou a autonomia - já demonstrou ser um obstáculo à própria universalização da dignidade humana e dos direitos humanos. A noção jurídico-constitucional de dignidade humana, como será visto a seguir, é um valor supremo e incondicionado, uma vez que é inerente a toda pessoa pelo simples fato de pertencer à espécie humana. Justamente por isso, a criança intrauterina deve ter sua dignidade e seus direitos reconhecidos, assim como qualquer outro, sem distinção de qualquer natureza.

A dignidade, como asseverado por Sarlet (2009), não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, mas é aquilo que

qualifica o ser humano como tal, integrante da própria condição humana. Neste ponto, adverte-se que a dignidade não é uma criação constitucional, mas algo preexistente à própria consolidação de um ordenamento jurídico. Contudo, é justamente pelas violações ocorridas ao longo da história que se tornou necessário positivar nas constituições de cada Estado a proteção da dignidade enquanto cláusula jurídico-normativa.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo sistema institucional no Brasil: o Estado Democrático de Direito. Para que esse sistema se sustentasse, os constituintes ergueram fortes pilares responsáveis por guiar a interpretação do texto constitucional e trazer a lógica maior por trás das disposições ali descritas, aos quais deram o nome de princípios fundamentais. A dignidade humana é justamente um desses princípios, expressa enfaticamente nos seguintes termos:

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

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

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; (Brasil, 1988)

Nesse sentido, a Constituição consolida a dignidade humana como pressuposto de todas as ações - jurídicas ou políticas - a serem adotadas no país. Jussara Maria Moreno Jacintho, em sua obra "Dignidade Humana - Princípio Constitucional" (2009), observa que os diversos sistemas constitucionais funcionam como mecanismos de operacionalização da dignidade da pessoa, pois o fundamento da ordem constitucional está na promoção da pessoa humana, através da garantia de que a sua dignidade será alcançada.

Ao mesmo tempo em que condiciona a validação das normas à sua observância, a dignidade humana é o pressuposto do qual decorrem os direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a igualdade, entre outros. Isso porque, ao homem são atribuídos direitos para assegurar um objetivo precípuo: a garantia da sua dignidade. É isso que conclui Jussara Maria Moreno Jacintho (2009), ao afirmar que a dignidade da pessoa humana é o princípio maior do constitucionalismo contemporâneo e é base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais.

Recorda-se que as legislações internacionais de defesa dos direitos humanos surgiram exatamente a partir do reconhecimento da dignidade do ser

humano em caráter universal. Ou seja, sequer faria sentido reconhecer a dignidade humana como princípio constitucional se esta fosse atribuída apenas a alguns, a depender de certas características, como cidadania, idade, grau de desenvolvimento, entre outros. Perder-se-ia a razão de existir um mecanismo para assegurar a dignidade da pessoa humana se não fosse ela atribuída em igual valor a todos os indivíduos.

Contesta-se aqui toda e qualquer vertente teórica que defenda a necessidade de condições prévias ao reconhecimento da dignidade, como a autonomia real do ser humano ou de seu valor perante a sociedade. Ao vincular a dignidade à autonomia, excluir-se-ia, por exemplo, a proteção de pessoas com total dependência de terceiros, como pessoas com tetraplegia ou paralisia cerebral. Já se o critério fosse o valor comunitário, idosos com doenças incapacitantes ou eremitas que não convivem em sociedade também não seriam considerados “dignos”, pois pouco ou nada contribuem com a comunidade.

O nascituro é um ser humano e sua dignidade não pode ser afastada. Isso porque, a dignidade refere-se ao valor intrínseco que cada indivíduo detém pelo simples fato de ser um ser humano. Dessa forma, não há sentido em afirmar que alguém só alcança a dignidade ao nascer, pois a dignidade não se adquire, é inata, inerente ao homem. A criança intrauterina não é menos digna do que as pessoas já nascidas. Pelo contrário, por ser mais vulnerável em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento, seus direitos estão mais sujeitos a violações e sua dignidade deve ser defendida com maior ênfase.

Observa-se que nem mesmo ao morrer o ser humano perde a dignidade que lhe é intrínseca. Tanto é que se considera crime o vilipêndio a cadáveres e todo ser humano, ainda que sem identificação (indigente), tem direito à destinação digna de seus restos mortais por meio de sepultamento. Ora, se até aos mortos é reconhecida a dignidade, quanto mais ao nascituro, que está vivo (Arruda, 2023).

Constata-se, assim, que a dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional que fundamenta o ordenamento jurídico nacional e serve como norte para todas as ações que forem realizadas pela administração pública e pelos cidadãos. A dignidade não é uma benesse que necessita de requisitos para ser concedida, pelo contrário, ela representa o valor universal e intrínseco de cada ser humano. Não se pode negar às crianças intrauterinas, que são os seres humanos

mais indefesos, o reconhecimento de sua dignidade, sob pena de esvaziar-se o próprio significado desse princípio e admitir sérias violações.

Do princípio da dignidade humana, coluna vertebral da Constituição Federal, decorrem outras garantias. Consoante Sarlet (2009), os direitos e as garantias fundamentais podem ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas. Adiante, observar-se-á a inviolabilidade da vida, direito fundamental que decorre do reconhecimento da dignidade e do valor da vida humana e que, da mesma forma, é atribuível à criança intrauterina.

Os direitos fundamentais do homem são descritos por José Afonso da Silva, em seu “Curso de Direito Constitucional Positivo” (2005), como princípios e prerrogativas sem os quais a pessoa humana não se realiza, não convive e às vezes nem mesmo sobrevive, devendo ser a todos e por igual, reconhecidos.

Afirma o autor que os direitos fundamentais são um fim em si mesmos, à medida em que asseguram benefícios diretos ao seu titular. Além disso, são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, não podendo o indivíduo dispor deles, uma vez que estes expressam uma ordem de valores que é comunitária e constitucional, não somente individual (Silva, J., 2005).

Ao observar a redação do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que inicia o rol de direitos fundamentais, questiona-se: a quem é atribuída a titularidade dos direitos fundamentais ali elencados? A dúvida surge porque o texto inicia-se referindo que tais direitos são atribuídos a “todos”, mas logo em seguida direciona-se aos brasileiros e os estrangeiros residentes no país. Estariam então os estrangeiros não residentes e as pessoas jurídicas excluídos do gozo de tais garantias?

José Afonso da Silva (2005), busca responder a todos esses questionamentos. Ele observa que, não obstante a confusão dos termos usados no *caput* do art. 5º, os próprios incisos que o sucedem resolvem a suposta limitação dos direitos a brasileiros e estrangeiros residentes no país, como é o caso do direito à marca e ao nome da empresa previsto no inciso XXIX, cujo titular é a pessoa jurídica e o direito à apresentação de habeas corpus, previsto no inciso LXVIII, oponível sempre que alguém (independentemente da nacionalidade) sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção.

Além disso, o autor nota que o motivo pelo qual a Constituição faz referência a *todos* e depois aos *brasileiros e aos estrangeiros residentes no país* se deve porque é somente a estes que é possível oferecer uma garantia, mas isso não significa que os direitos dos estrangeiros não-residentes possam sofrer violações (Silva, J., 2005). No mesmo sentido, Alexandre de Moraes sobre a interpretação da expressão “residentes no Brasil”, entende que:

[...] a expressão residentes no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional. (Moraes, 2006, p. 29-30, *apud* Silva, L., 2009, p. 56)

Ainda, cabe ressaltar que o art. 5º *caput* prevê a igualdade de todos perante a lei, sem distinções de qualquer natureza. O vocabulário “todos” é ali utilizado de maneira enfática justamente para abarcar cada pessoa e por ser uma expressão que não aceita exceções. Somado a isso, deve-se lembrar que a proteção conferida pela Constituição busca sempre salvaguardar a dignidade humana, valor que é universal e atinge todo ser humano, considerado um dos fundamentos da ordem constitucional, conforme já se viu anteriormente.

É essa mesma interpretação do art 5º, à luz da dignidade humana, emitida pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal no Parecer (SF) nº 61, de 2017:

[...] a interpretação do art. 5º, *caput*, da Constituição não deve ser literal porque, de outra forma, os estrangeiros não residentes estariam alijados da titularidade de todos os direitos fundamentais. Assim, há direitos que devem ser assegurados a todos, independentemente da nacionalidade do indivíduo, porquanto considerados emanações necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana (Brasil, 2017, p. 4)

Retoma-se, pois, o princípio hermenêutico do *in dubio pro dignitate*, o qual, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2009), refere-se ao imperativo que ensina que em havendo mais de uma interpretação, aplica-se o entendimento que mais fomentar a dignidade humano, pois a favor dela não deve haver dúvidas. A relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, na visão do autor, é indissociável, já que os direitos fundamentais constituem - ainda que com intensidade variável - explicitações da dignidade da pessoa (Sarlet, 2009).

Sendo assim, a interpretação sistemática do texto constitucional não deixa dúvidas de que os direitos fundamentais se destinam a todos os seres humanos,

ainda que não sejam cidadãos brasileiros ou residentes no país. Logo, aos nascituros também são conferidos direitos fundamentais, já que são seres humanos e não são admitidas distinções de qualquer natureza - nem entre os nascidos e os que estão por nascer.

É o que explica Adolfo Mamoru Nishiyama, ao discorrer sobre os motivos pelos quais existem direitos fundamentais e quem os titulariza:

Os direitos fundamentais visam à ampla proteção do ser humano (nacional ou estrangeiro), tanto é que referida norma prega que 'todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza'. Assim, os estrangeiros que estão em passagem pelo território nacional são também destinatários dos direitos fundamentais, uma vez que entram em contato com o ordenamento jurídico brasileiro. (Nishiyama, 2004, p. 82, *apud* Silva, L. 2009)

Constatado que a todos os seres humanos se atribuem os direitos fundamentais previstos pela Constituição, em razão desta ter por fundamento a dignidade humana e a igualdade, é necessário observar a inviolabilidade da vida, um dos direitos fundamentais conferidos à criança intrauterina, previsto pela Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos:

TÍTULO II
Dos Direitos e Garantias Fundamentais
CAPÍTULO I
DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS
Art. 5º *Todos* são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade do direito à vida*, à liberdade, à igualdade, [...] (grifou-se)

O direito fundamental à vida é a base para a existência de qualquer outro direito. Isso porque, só há titularização de direitos se for possível viver, já que um objeto inanimado jamais teria capacidade jurídica. Não haveria direito à liberdade, à segurança, à saúde e tantos outros se não fosse garantido, antes de tudo, o direito de viver. Segundo Amanda Arruda (2023), a inviolabilidade da vida humana é a senhora e mãe geradora de todos os demais direitos salvaguardados. É isso que nos ensina Sarlet (2014), ao indicar que o direito à vida opera, para além de sua condição de direito fundamental autônomo, como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente.

O direito à vida é, assim, o substrato lógico, a condição *sine qua non* para a existência dos demais direitos e, não por acaso, está em primeiro lugar no rol dos direitos fundamentais trazidos pelo artigo quinto da Constituição. A vida é o maior

bem jurídico que pode existir e dela derivam outros direitos e prerrogativas, como o direito à existência, conceituado como o direito de permanecer vivo e não ter interrompido o “processo vital senão pela morte espontânea e inevitável” (Silva, J. 2005).

Quando a Assembleia Nacional Constituinte estava reunida para a elaboração do texto da Constituição Federal de 1988, discutiu-se se deveria ser considerado como direito fundamental a inviolabilidade da vida ou a existência digna. José Afonso da Silva (2005), que participou dos trabalhos na assembleia, pontua que o constituinte originário optou por consagrar o direito inviolável à vida e não somente o direito à existência digna em razão da subjetividade daquilo que se entende pela qualidade “digna” e do perigo deste conceito vir a servir, por exemplo, para:

[...] fundamentar o desligamento de equipamentos médico-hospitalares, nos casos em que o paciente estivesse vivendo artificialmente (mecanicamente), a prática da eutanásia, mas trazia implícito algum risco como, por exemplo, autorizar a eliminação de alguém portador de deficiência de tal monta que se viesse a concluir que não teria uma existência humana digna. Por esses riscos, talvez tenha sido melhor não acolher o conceito [...] (Silva, J., 2005, p. 199)

Superada a questão que envolvia a inviolabilidade da vida e o direito à vida digna, observa-se que a vida é o direito fundamental por excelência, pois é a partir da sua garantia que os outros direitos podem ser exercidos. Conforme já foi visto no primeiro capítulo desta monografia, o nascituro possui direitos assegurados tanto na legislação interna, como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, como na legislação internacional, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica e a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Logo, não há lógica em afirmar - independentemente da justificativa - que à criança intrauterina não é conferido o direito à vida, uma vez que direitos muito mais “sofisticados” (como por exemplo os direitos da personalidade) lhe são atribuídos. Ora, se não lhe fosse atribuído o direito à vida, como então seria possível o ordenamento permitir ao nascituro o gozo de tantos outros direitos? Segundo Amanda Arruda (2023), o nascituro possui direitos personalíssimos resguardados na esfera civil, como a honra, imagem, herança e pensão alimentícia. Caso seu direito de viver, nascer e existir no mundo deixe de existir, também estariam extintos todos os demais direitos.

Neste sentido, reconhecido o direito constitucional à vida ao nascituro, procedimentos que visam causar a sua morte direta - como abortos - não são admitidos pela Constituição Federal de 1988, a qual defende a inviolabilidade da vida. Conforme aludido por José Afonso da Silva (2005), durante a Assembleia Constituinte o tema foi discutido por várias vertentes e o texto constitucional aprovado pareceu inadmitir o abortamento, porque no feto já há vida humana e, portanto, permitir o seu assassinato violaria o direito fundamental à vida e a própria dignidade do ser humano.

Do mesmo modo, Ives Gandra da Silva Martins (2020), ao referir-se à história constitucional, analisa que a Constituição Federal de 1988 não admitiu o aborto ao lembrar que ela, “pela primeira vez, faz menção ‘à inviolabilidade do direito à vida’ e não mais, como nos textos passados, o respeito aos ‘direitos concernentes à vida’, não admitindo, portanto, exceções” (Martins, I., 2020, p. 8).

Se de fato a lei põe a salvo *desde a concepção* os direitos do nascituro - artigo 2º do Código Civil - o mínimo que o ordenamento pode oferecer é o resguardo à vida do conceito, pois não haveria possibilidade de existir qualquer outro direito sem a base que é o direito à vida. Cabe ao Estado assegurar o direito à vida sob esse duplo aspecto: direito de nascer e direito de subsistir.

Sendo assim, considerando as discussões da Assembleia Nacional Constituinte, a interpretação sistemática do texto constitucional e a história por trás da escolha de cada termo, constata-se que a Constituição Federal de 1988 não deixou os nascituros sem proteção e tampouco fez distinção entre os nascidos e os que estão por nascer. A dignidade da pessoa humana, fundamento da ordem jurídica brasileira, e a inviolabilidade da vida, direito fundamental, são garantias constitucionais conferidas à criança intrauterina e a todo ser humano. Portanto, não se pode admitir qualquer tratamento que desvalorize a pessoa ainda não nascida e atribua tratamento desigual em comparação aos já nascidos, visto que tal medida estaria eivada por vícios de inconstitucionalidade, violando importantes garantias.

Os direitos do nascituro não são invisíveis na legislação brasileira, pelo contrário: eles estão resguardados pela mais importante norma: a Constituição Federal. Consequentemente, considerando as determinações constitucionais em prol da dignidade humana e da inviolabilidade da vida, a criança intrauterina deve ser por todos protegida.

O reconhecimento da dignidade e da inviolabilidade da vida da criança intrauterina acarreta na necessidade da concretização de tais diretivas. Adiante, será visto o direito à saúde e à proteção à infância e à maternidade, medidas constitucionais em prol da defesa da vida desde o estágio intrauterino

3.1 A GARANTIA FUNDAMENTAL DA SAÚDE E DA PROTEÇÃO À INFÂNCIA E À MATERNIDADE: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM DEFESA DA VIDA DESDE O ESTÁGIO INTRAUTERINO

A partir da positivação da dignidade humana e da inviolabilidade da vida no texto constitucional, consolidou-se não apenas uma condição de proteção negativa, que proíbe qualquer ato tendente a violar essas garantias, mas uma cláusula positiva, que possibilita exigir do Estado a execução de medidas concretas que busquem promover a defesa da vida desde o estágio intrauterino.

A Constituição Federal exhibe outros direitos atribuíveis ao nascituro e à gestante, que se somam e dão concretude à dignidade da pessoa humana e à inviolabilidade da vida. Menciona-se, dentre eles, o direito à saúde, à proteção à infância e à proteção à maternidade, considerados direitos sociais e garantias fundamentais que protegem a criança desde a fase intrauterina, previstos em seu art. 6º:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

[...]

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º *São direitos sociais* a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a *proteção à maternidade e à infância*, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Brasil, 1988) (grifou-se)

Por serem direitos sociais, a saúde e a proteção à infância e à maternidade são justamente os meios pelos quais se busca materializar as condições necessárias à efetivação dos direitos individuais - vida e dignidade - e relacionam-se à busca da igualdade real. Nas palavras de José Afonso da Silva (2009), os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas “proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais

fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (Silva, J., 2009, p. 286).

Dada a sua importância, a saúde e a proteção à infância e à maternidade são citadas ainda outras vezes no texto constitucional, como nos arts. 23, 24 e 203, incisos I e II. Fato é que Constituição Federal consagra à criança - conceito que abarca também a criança intrauterina - uma tutela especial, a medida em que reconhece a necessidade de lhe conferir uma proteção prioritária. Além disso, a responsabilidade por assegurar ao nascituro a concretização de seus direitos é compartilhada pela família, pelo Estado e pela sociedade, veja-se:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifou-se) (Brasil, 1988)

Como mencionado, a proteção à maternidade e à infância, bem como o direito à saúde, são direitos sociais que se relacionam à concretização da dignidade da criança intrauterina e de sua mãe. Não obstante, mais do que um mínimo vital, busca-se promover a dignidade integral do nascituro através da garantia de que seu desenvolvimento, seu nascimento e seu crescimento ocorrerão de forma saudável.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990) traz de maneira mais detalhada as medidas que concretizam o direito à saúde e a proteção à infância e à maternidade ao assegurar ao nascituro desenvolvimento e nascimento dignos, bem como garantir à gestante uma gravidez saudável, um parto seguro e uma vida adequada à criança, resguardados seus direitos à alimentação, educação, liberdade, respeito, estando livres de qualquer tratamento desumano ou degradante (Brasil, 1990). Nesse sentido, destacam-se os arts. 7º e 8º do Estatuto (Brasil, 1990), que tratam das políticas públicas voltadas ao bem nascer, como o atendimento pré-natal, perinatal e neonatal, a nutrição adequada e a atenção humanizada à gestação até o parto e o puerpério, garantindo por meio de modificações nas diretrizes estatutárias inclusive às mães o direito a atendimento psicológico pelo Sistema Único de Saúde desde os primeiros meses de gestação até o puerpério e a lactância (Brasil, 2023).

Frisa-se que os direitos pertinentes à criança intrauterina se desdobram também em deveres atribuíveis a seus genitores. A gestante deve se nutrir adequadamente e abster-se de ingerir substâncias ilícitas e abortivas, existindo a

possibilidade de que ela “seja impedida de consumir substâncias que possam afetar-lhe negativamente a saúde, podendo ser pleiteadas judicialmente medidas nesse sentido, ainda que envolvam internação compulsória.” (Berti, 2009, p. 203). Também, a mãe deve frequentar as consultas de pré-natal, podendo, inclusive, ser buscada pelas equipes de saúde em caso de não comparecimento, conforme previsto no Estatuto:

Art. 8º, § 9º A atenção primária à saúde fará a busca ativa da gestante que não iniciar ou que abandonar as consultas de pré-natal, bem como da puérpera que não comparecer às consultas pós-parto. (Brasil, 1990)

Em relação ao pai, com base na Lei n. 11.804/2008 é seu dever fornecer “alimentos gravídicos” - termo que do ponto de vista técnico seria mais correto se fosse “alimentos do nascituro” (Chinellato, 2009), pois o titular dos alimentos é o nascituro e não a mãe. A obrigação do genitor se inicia com a concepção e compreende o custeio das despesas necessárias para proporcionar o pleno desenvolvimento do filho dentro do útero materno, não apenas no que tange à nutrição, mas todos os demais encargos inerentes à gestação, como consultas, medicamentos, exames médicos e o próprio parto.

Também a legislação trabalhista caminha em conformidade com a Constituição Federal e possui diversas diretivas que colaboram com a promoção da dignidade do nascituro e de sua mãe. A vista disso, é assegurado à empregada gestante o direito de se afastar de atividades insalubres durante a gestação, mudar de função quando necessário, bem como a ela é conferido o direito à estabilidade a partir do momento da confirmação da gravidez e direito à licença maternidade após o parto.

É necessário salientar que a proteção ao nascituro não se encerra com o nascimento. A proteção à infância inicia-se na fase intrauterina e se prolonga ainda por mais de uma década. A dignidade da criança deve ser preservada do pré-natal ao pós-parto, através da garantia dos seus outros direitos sociais, como a educação, a alimentação, a segurança, a moradia e o lazer.

A partir da positivação do direito à saúde e à proteção à infância e à maternidade na Constituição Federal, exige-se do Estado uma postura ativa na defesa da vida intrauterina. É necessária a ampliação das políticas públicas que protejam a saúde do nascituro, a fim de permitir-lhe o nascimento sadio e em condições dignas de existência.

Também a ciência e a bioética vão ao encontro das diretivas constitucionais de proteção da dignidade da vida humana desde a fase intrauterina, conforme adiante se verá.

3.2 O POSICIONAMENTO DA BIOÉTICA SOBRE A INVIOABILIDADE DA VIDA HUMANA

A vida e a morte do ser humano são temáticas que aguçam a curiosidade do homem, já que por muito tempo não se tinha conhecimento exato sobre os mecanismos biológicos por trás de tais eventos, encobertos de mistério. A partir do século XX, porém, os estudos sobre a microbiologia, genética e embriologia desenvolveram-se de maneira exponencial, revelando um novo mundo de acontecimentos que até então eram invisíveis.

O estudo da bioética e do biodireito cresceu especialmente a partir da Segunda Grande Guerra, buscando-se evitar a reprodução dos horrores vividos durante o Holocausto, ao mesmo tempo em que se acompanhavam as novas descobertas da medicina e demais ciências.

Observa-se que a bioética e o biodireito são áreas do conhecimento que caminham juntas e se complementam, uma vez que a bioética, por si só, não tem o condão de efetivamente proibir ou autorizar uma conduta, tarefa que somente o biodireito, por meio das normas jurídicas, pode exercer. Por definição, a bioética consiste em “um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares tendentes a solucionar questões éticas que o avanço das tecnociências biomédicas tem provocado” (Meirelles, 2008, p. 3) Já o biodireito tem por objetivo “fixar normas coercitivas que delimitem as atuações biotecnológicas, no sentido de ver respeitada a dignidade, a identidade e a vida do ser humano” (Meirelles, 2008, p. 6).

Salienta-se que a bioética tem por base o uso de princípios que tendem a ser aplicados de maneira universal, ou seja, ela é marcada pela “plasticidade para acomodar diferentes teorias morais e concepções religiosas” (Roqué-Sánchez e Macpherson, 2018, p. 190).

Em face das novas descobertas científicas sobre o início da vida humana, ampliou-se ainda mais a necessidade de se refletir sobre o status jurídico e biológico da criança intrauterina. Afinal de contas, o nascituro é um ser humano? A partir de quando exatamente se inicia a individualidade humana?

Reinaldo Pereira e Silva, que foi membro da Sociedade Brasileira de Bioética, busca trazer respostas a essas indagações em sua obra “Introdução ao biodireito - Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana” (2002). O autor explica que o desenvolvimento humano inicia-se na concepção, ou seja, quando “o pronúcleo do gameta masculino, o espermatozoide, funde-se ao pronúcleo de um gameta feminino, o óvulo, formando uma célula somática, chamada zigoto” (Silva, R., 2002, p. 18-19). Os gametas masculino e feminino, células haploides com 23 cromossomos cada, “perdem suas membranas e se fundem” (Silva, R., 2002, p. 33), dando origem ao zigoto, composto por 46 cromossomos.

É no exato momento da concepção que o genoma humano é formado, do qual os 46 cromossomos fazem parte, contendo não apenas informações genéticas sobre o indivíduo a que pertence, mas também sobre sua ascendência biológica e sua espécie (Silva, R., 2002). O zigoto, formado neste momento, é uma célula totipotente, isto é, não especializada, capaz de engendrar todo o organismo humano (Silva, R. 2002).

Assim, o zigoto representa a estrutura corpórea inicial de um novo ser humano e é sozinho o senhor de sua arquitetura, estando o genoma no seu centro de coordenação, contendo as informações necessárias para seu desenvolvimento ordenado. Não há nenhum acréscimo na composição genética para que o nascituro se desenvolva até a fase adulta, pois toda a informação genética necessária está presente desde a concepção do ser humano (Silva, R., 2002).

Conforme frisa Reinaldo Pereira e Silva (2002), a vida concebida é distinta da vida da mãe, uma vez que o indivíduo concebido é dotado de autonomia biológica para se desenvolver e pode inclusive desencadear uma resposta antígeno-anticorpo no organismo materno, que identifica o conceito como um organismo invasor, a exemplo da Eritroblastose Fetal, condição que se desenvolve por incompatibilidade do grupo sanguíneo Rh da mãe e do filho. Outrossim, as próprias técnicas de fertilização extracorpóreas demonstram a autonomia de desenvolvimento do nascituro (Silva, R., 2002).

Portanto, pode-se observar que a embriologia, por si só, dissipa quaisquer dúvidas sobre o início da individualidade humana, a qual é expressa desde a concepção. O zigoto não é potencialidade humana e não é científico afirmar isso, posto que a potencialidade é a propriedade ainda não possuída pelo ser. Ao contrário disso, é sempre o mesmo ser humano que vai se desenvolvendo em

sucessivas etapas, da concepção até a morte, não existindo uma fase do desenvolvimento mais importante do que outra (Silva, R., 2002).

Buscando investigar de maneira ampla a natureza do nascituro, Josiane Rose Petry Veronese (2024), em seu artigo “Embriões humanos: a definição de sua identidade”, faz a seguinte constatação sobre as consequências de reconhecê-los como seres humanos e pessoas humanas:

Se reconhecemos o embrião, tanto nas esferas biológica e filosófica, como indivíduo da espécie humana, desde o momento da concepção, e em nível ontológico, como pessoa humana, somos forçados a reconhecer que tal embrião passa a ser, necessariamente, detentor de direitos fundamentais, o que importa, portanto, ser detentor do direito inviolável à vida. (Veronese, 2024)

No âmbito da bioética, não se pode olvidar da observância do princípio da dignidade da pessoa humana, já visto anteriormente neste capítulo no âmbito de sua aplicação constitucional. Como preceito ético, dele derivam dois pressupostos: “1) todas as pessoas humanas devem ser igualmente respeitadas (respeito destinado a toda a espécie humana); e 2) o respeito deve ser assegurado independentemente do grau de desenvolvimento individual das potencialidades humanas” (Silva, R. 2002, p. 192).

A dignidade da pessoa humana é o paradigma usado pelos bioeticistas, pois se constitui como fundamento e fim da sociedade. De acordo com Maria Helena Diniz: “não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna” (Diniz, 2002, p. 17, *apud* Calgaro; Bortolanza, 2016, p. 108).

Ao atrelar o princípio da dignidade humana com as evidências científicas sobre o início da vida humana, a bioética constata a unidade-continuidade do ser humano, que se desenvolve em várias fases, mas não muda sua natureza.

A concepção, marco inicial da vida humana, marca a criação de um novo ser humano, único e irrepetível. O grau de desenvolvimento, bem como o ambiente em que alguém está (dentro ou fora do útero) não têm o condão de reduzir o valor que lhe é intrínseco, pois toda vida merece ser preservada, especialmente a dos mais vulneráveis.

Verifica-se, portanto, que a inviolabilidade da vida do nascituro é protegida não apenas no campo do Direito, pela Constituição Federal e demais regramentos, mas também encontra amparo na bioética. Isso porque, a bioética preconiza a

valorização de toda vida humana, independente do grau de desenvolvimento corporal e intelectual - e a vida é iniciada dentro do útero.

Desse modo, a visão bioética vai ao encontro da ciência e das diretivas jurídicas no que diz respeito à proteção do nascituro, ao reconhecimento de sua dignidade e à defesa da vida desde o estágio intrauterino.

4 A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS

Viu-se nas seções anteriores que o nascituro possui personalidade jurídica e é protegido desde a concepção pela Constituição Federal, pelo Código Civil, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e também por tratados internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Dentre os direitos que titulariza, está o direito à vida. Desse modo, dada a inviolabilidade desse direito, é preciso analisar a questão da descriminalização do aborto como violação à vida da criança intrauterina e à dignidade humana.

Josiane Rose Petry Veronese e Rosane Leal da Silva na obra “A Criança e seus Direitos: entre violações e desafios” (2019) lamentam o fato de que a criança e a sua condição de pessoa em desenvolvimento ainda não são bem compreendidas pelos responsáveis por promover a sua proteção integral no Brasil, dado o descaso, as violações diárias e a iminência de retrocessos. Dessa forma, a existência de discussões acadêmicas, projetos de lei e ações judiciais que buscam descriminalizar o aborto evidenciam a crise civilizatória que se vivencia na atualidade e atinge de maneira brutal a infância: a vida da criança em fase intrauterina vem sendo menosprezada, desvalorizada e corre riscos de tornar-se descartável.

Antes, porém, de analisar o aborto perante a legislação brasileira e a impossibilidade de sua descriminalização, é importante conceituar o termo em questão. De acordo com o dicionário Michaelis (2024), a palavra aborto significa “Interrupção prematura, natural ou artificial, do processo de gestação causando a expulsão do feto antes que este possa sobreviver fora do útero”. De maneira parecida, o Dicionário de Língua Portuguesa da Academia Brasileira de Letras (2024) define aborto como “1. Expulsão do feto, involuntária ou provocada, antes que se complete o período de gestação. 2. Feto que nasce antes de ter condições de sobreviver”.

A literatura médica, por sua vez, conceitua aborto como:

[...] a expulsão ou extração de feto ou embrião que pese menos de 500 g [...] ou de qualquer outro produto da gestação de qualquer peso, como, por exemplo, mola hidatiforme; produto do abortamento; abortamento é o ato de abortar, interrupção da gestação antes que o feto seja viável. Após esse período, parto prematuro é a denominação usada, uma vez que, a partir daí, é possível o feto sobreviver. (L. Rey, 2003 *apud* Bacelar, 2009, p. 1)

O Conselho Regional de Medicina (CRM) do estado do Rio Grande do Sul (2018), cita que a medicina entende que o aborto é “a interrupção do processo gestacional até a 20º [sic] ou 22º [sic] semana de gravidez e com produto da concepção (aborto) pesando menos de 500g. A partir dessa idade gestacional, entende-se como antecipação do parto”. No mesmo sentido, o CRM do estado de São Paulo (2001) conceitua o termo como sendo “[...] a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana, ou quando o feto pese até 500 gramas, ou ainda quando mede até 16,5 cm. Este conceito foi formulado baseado na viabilidade fetal extrauterina e é mundialmente aceito pela literatura médica”.

Ainda, o Ministério da Saúde, em normas técnicas elaboradas ao longo de um intervalo de tempo de mais de uma década qualifica o aborto/abortamento da seguinte forma:

Abortamento é a interrupção da gravidez até a 20a ou 22a semana e com produto da concepção pesando menos que 500g. Aborto é o produto da concepção eliminado no abortamento. (Ministério da Saúde, 2011, p. 29)

Além disso:

Sob a perspectiva da saúde, abortamento é a interrupção da gravidez até a 20a ou 22a semana de gestação, e com produto da concepção pesando menos que 500g. Aborto é o produto da concepção eliminado pelo abortamento.(Ministério da Saúde, 2012, p. 37)

Por fim, “o aborto espontâneo é definido como gestação intrauterina não viável de até 20-22 semanas ou peso fetal de 500g”. (Ministério da Saúde, 2022, p. 76). Dessa forma, extrai-se das definições expostas acima que há uma evidente hegemonia no conceito aceito pela literatura médica, pelos conselhos de medicina e pelo órgão máximo responsável pela tutela da saúde no Brasil. A definição de aborto utilizada é formulada tendo como base a viabilidade fetal extra-uterina, que se consuma entre a 20ª e a 22ª semana, ou a partir do peso de 500g. Isso porque, entende-se que a partir do momento em que o bebê já é capaz de sobreviver fora da barriga da mãe, a sua expulsão do útero materno não é considerada aborto, mas sim parto antecipado/prematuro.

Entre as modalidades mais comuns de aborto provocado, cita-se: o medicamentoso, a curetagem e a aspiração intrauterina. O aborto medicamentoso consiste no uso de drogas farmacológicas que produzem dor, contrações e induzem

o trabalho de parto do bebê já morto ou ainda vivo, mas que, devido ao seu baixo grau de desenvolvimento, logo vem a óbito. A curetagem, por sua vez, é um procedimento no qual uma ferramenta chamada cureta é introduzida por meio do canal vaginal e realiza o desmembramento do nascituro e uma posterior raspagem do útero, a fim de garantir que não sobre nenhum pedaço do feto ou da placenta. Por fim, a aspiração uterina (manual ou elétrica) produz também a dilaceração da criança, mas a partir da sucção de suas partes (Ministério da Saúde, 2011).

De acordo com a legislação brasileira, o aborto provocado é considerado crime e está previsto no Código Penal, localizado no Título I que trata dos crimes contra a pessoa e no Capítulo I, que trata dos crimes contra a vida, nos seguintes termos:

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, 1940)

Ocorre que a norma penal não conceitua o que seria propriamente o que é aborto, apenas criminaliza tal conduta. Logo, a definição exata do ato criminoso em questão fica à cargo de outras áreas do conhecimento, como a própria medicina, a qual, como já se viu, interliga o conceito de aborto com a viabilidade fetal extrauterina. Pode-se afirmar, portanto, que o aborto enquanto crime consiste em provocar intencionalmente a expulsão - e conseqüente morte - de um bebê que esteja no útero materno em idade gestacional de até 20 a 22 semanas de gestação.

Ainda analisando o Decreto-Lei nº 2848/1940, logo após a previsão do aborto enquanto crime, há a delimitação de hipóteses excludentes de punibilidade, ou seja, situações em que apesar do aborto ser crime, não há a aplicação de uma pena:

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, 1940) (grifou-se)

Frisa-se que há um grande equívoco por parte de alguns juristas, profissionais da saúde e até por órgãos oficiais do governo ao denominar as hipóteses do art. 128 como “aborto legal”, como se a lei estivesse concedendo um *direito* ao aborto. Fato é que as expressões mais populares e mais frequentes nem

sempre são as mais corretas. A hermenêutica literal ou gramatical, que consiste na simples leitura do texto penal, bastaria para sanar esta imprecisão linguística. Isso porque a expressão “não se pune” refere-se à não aplicação da pena de um crime já consumado e não nos permite ir além disso. É esse o entendimento de Rogério Greco (2015):

Outra hipótese legal de exclusão da culpabilidade é aquela prevista no inciso II do art. 128 do Código Penal, que diz não ser punível aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (Greco, 2015, p. 469)

Também em outros artigos do Código Penal são traçadas excludentes de punibilidade, ou seja, hipóteses em que não se pune o crime cometido. É o caso da previsão trazida pelo art. 181, que exclui a punição de quem comete crimes contra o patrimônio em face do cônjuge, ascendente ou descendente. Na redação do referido artigo é usada a expressão “É isento de pena” (Brasil, 1940). De maneira semelhante, ao tratar do crime de falso testemunho no art. 342, §2º, o Código afirma que o “fato deixa de ser punível” se ocorrer retração do autor do delito antes da sentença (Brasil, 1940).

Ora, ambos os casos supracitados consistem em hipóteses em que não se pune a conduta delitiva consumada. Contudo, nem por isso são denominados “furto legal” ou “falso testemunho legal”, pois não há sentido em afirmar que o legislador, ao mesmo tempo em que criminaliza uma conduta, considera-a “legal” e a torna um direito, a depender de quem praticou o delito, no caso do crime contra o patrimônio, ou de sua conduta após o crime, no caso do falso testemunho.

É essa a conclusão que Maria Helena Diniz chega ao analisar se existe “aborto legal” no Brasil:

Haveria no Brasil aborto legal?

A resposta a essa questão liga-se à exegese do art. 128 do Código Penal [...]

Há quem entenda que tal artigo, ao dispor que não se pune o aborto feito por médico para salvar a vida da gestante ou quando a gestação for resultante de estupro, não está descriminalizando o abortamento nessas hipóteses excepcionais, mas sim despenalizando-o. *Não há pena sem crime, mas pode haver crime sem pena*, ante o disposto nos arts. 23, 121, § 5º, e 181 do Código Penal. Trata-se de isenção de pena, escusa absolutória ou perdão legislativo, em que a lei, por motivo de política criminal, afasta a punibilidade. *A ausência de punição não retira o caráter delituoso do fato*, tanto que, se um particular vier a fazer um abortamento para salvar a vida da gestante ou porque ela foi estuprada, crime haverá e, ainda, a aplicação

de uma pena. Crime é uma coisa e pena, outra. (Diniz, 2002, p. 55-56) (grifou-se)

Desse modo, os motivos pelos quais o crime de aborto foi praticado (por conta de um estupro ou se não há outro modo de salvar a mãe) não têm o condão de tornar a prática de tal ato um direito ou algo “legal”, apenas afasta a punição pelo delito. A própria lógica do Código Penal demonstra ser ele um código que delimita as condutas criminosas e suas penas, não uma legislação que elenca direitos. Nas palavras de Ives Gandra e Raphael Câmara, “O direito penal existe para defender bens jurídicos e responsabilizar transgressores. Assim, não ser punível em determinadas situações não significa que existe um ‘direito’ ao aborto” (Martins e Parente, 2024).

Quando o legislador penalista quis destacar que uma determinada conduta não seria crime, tratou de fazê-lo de modo explícito, a exemplo do art. 23, em que expressamente se afirma “Não há crime quando [...]” (Brasil, 1940). Tanto é que já houve tentativas, sem sucesso, de projetos para alterar a redação do *caput* do art. 128 do Código Penal buscando substituir a expressão “não se pune” para “não há crime”, como o projeto apresentado na 150ª sessão da Câmara dos Deputados, em 21 de agosto de 2000 (Brasil, 2000). Assim, não existem palavras inúteis na lei penal e se o texto prevê expressamente a não-punição do aborto em certos casos, não há que se entender que essas hipóteses *querem dizer* que não há crime e, pior, que se trata de um *direito* ao “aborto legal”.

Acima de tudo, se realmente o art. 128 do decreto-lei nº 2848/1940 estivesse traçando hipóteses em que o aborto não é crime ou estivesse concedendo o *direito* de abortar em certos casos, ele não seria recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Isso porque, como já se viu, a norma constitucional garante a todos, sem distinção de qualquer natureza - o que abarca a criança intrauterina - o direito inviolável à vida e o reconhecimento da dignidade de todo ser humano, de modo que qualquer ato atentatório à dignidade e à vida, ainda que amparado pela legislação, colidiria com as prerrogativas constitucionais e não seria permitido.

O aborto provocado, como já se viu, consiste na expulsão do bebê do útero materno e culmina na sua morte. Muitos eufemismos são utilizados para tentar não associar o aborto à realidade do assassinato de uma vida humana, como o uso das expressões “interrupção da gestação”, “esvaziamento uterino” e “expulsão do produto da concepção”. Contudo, isso não afasta o fato de que o aborto é a

supressão direta da vida de um ser humano em estágio intrauterino e, portanto, afronta frontalmente o direito constitucional à vida, que é inviolável.

Outrossim, ao se admitir um “direito” ao aborto e considerá-lo legal, estar-se-ia assumindo que o ser humano não é digno por si só e nem possui dignidade intrínseca a ele durante todo o estágio de sua existência, mas sim a adquiriria a medida em que seu corpo e seu intelecto se desenvolvessem, bem como se alguém o deseja. Pior, reconhecer-se-ia que o bem-estar e a vontade de alguém (da gestante) vale mais que a vida de outro (da criança que está no seu ventre), bens jurídicos que não estão no mesmo patamar de importância. Tais afirmações são evidentemente contrárias às disposições da Constituição Federal de 1988, ferem gravemente o direito inviolável à vida, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e não podem ser admitidas no ordenamento brasileiro. Ademais, diversas outras normativas estariam sendo ultrajadas se de fato existissem hipóteses de “aborto legal”, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e o Pacto de San José da Costa Rica.

Maria Helena Diniz, ao analisar o art. 128 do Código Penal à luz da Constituição Federal de 1988 observa exatamente a impossibilidade de haver aborto “legal” no Brasil:

[...] há quem ache que o art. 128 é uma hipótese de exclusão de antijuridicidade, por conter uma espécie de estado de necessidade ou legítima defesa (CP, art. 23, I e II), ou seja, uma situação eventual, imprevista e não provocada pelo agente. Todavia, pela interpretação desse artigo, fácil é perceber que não se ajusta aos caracteres das excludentes de antijuridicidade. Se assim é, no Brasil *não há nem poderia haver aborto “legal”, ante o princípio constitucional do direito ao respeito à vida humana, consagrado em cláusula pétrea* (CF, art. 5º). Portanto, se o art. 128 do Código Penal estipulasse que não há crime em caso de aborto para salvar a vida da gestante ou de gestação advinda de estupro, estaria eivado de inconstitucionalidade, pois uma emenda constitucional, e muito menos uma lei ordinária, não poderia abrir exceção ao comando contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988. É indubitável que o aborto sem pena, previsto no art. 128, é um delito. (Diniz, 2002, p. 56) (grifou-se)

Isto posto, não há no direito brasileiro - e nem poderia haver, considerando os dispositivos constitucionais - situações em que o aborto não é crime, a existência de um “aborto legal” ou o direito de abortar. O que existe realmente é apenas a não-punição deste crime em algumas circunstâncias. Assim, nota-se o engano de muitas pessoas, que apenas repetem termos populares sem de fato entender o seu real significado, ao mesmo tempo em que se identifica o esforço intencional por parte de alguns de se forçar uma interpretação fantasiosa, que viola os direitos do

nascituro, extrapola a redação do Decreto-Lei nº 2848/1940 (Brasil) e vai totalmente contra os preceitos da Constituição Federal. Não à toa, Joseph Goebbels, ministro da propaganda na Alemanha Nazista, percebeu que uma mentira dita mil vezes torna-se “verdade” (Miragaya, 2018) e é exatamente isso que ocorre com o mito do “aborto legal”.

Para além das hipóteses previstas no art. 128 do Código Penal (Brasil, 1940), em 2012, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, o Supremo Tribunal Federal (STF) acrescentou mais uma hipótese no rol de casos em que não se pune o crime de aborto: o aborto em caso de nascituros diagnosticados com anencefalia. Conforme extrai-se do voto do relator da referida ação, a anencefalia consiste em uma “malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária” (Mello, 2012, p. 16)

A decisão teve como principais argumentos o entendimento de que a criança intrauterina diagnosticada com anencefalia não possui vida em potencial e portanto, não possui direito à vida, pois sua má-formação culmina na certeza de seu óbito. Inclusive, o ministro Marco Aurélio Mello, relator da ação, chega a afirmar em seu voto que “O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial” (Mello, 2012, p. 23) e que “[...] não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos” (Mello, 2012, p. 30). Desse modo, a conclusão que a maioria dos ministros do STF chegam é que o procedimento que dá fim à existência do feto anencéfalo não é um aborto, pois não há vida nos bebês com anencefaia e, por conta disso, o aborto sequer subsistiria, muito menos seria crime.

Contudo, frágeis são os argumentos utilizados pelo Supremo na ADPF 54. Em primeiro lugar, ao contrário do que se alude, nem sempre a anencefalia é diagnosticada com precisão. Isso porque, mesmo com todo o aparato tecnológico existente atualmente, falhas podem ocorrer e são até comuns ações judiciais versando sobre erros médicos. Só no ano de 2021 o Conselho Nacional de Justiça registrou quase 35 mil novos processos sobre erro médico, ou seja, quase 100 novos casos por dia no Brasil (Rebelo, 2023). A título de elucidação, cita-se como fatores que podem gerar um diagnóstico equivocado os erros no momento em que algum exame é feito, a falta de *expertise*, as leituras equivocadas feitas pela equipe médica e até mesmo a possibilidade de condutas mentirosas intencionais, nas quais

se poderia dolosamente emitir um diagnóstico falso a pedido de alguém ou por interesses ocultos. Dessa forma, não se pode afirmar que existe certeza absoluta nos diagnósticos de anencefalia - e em nenhum outro diagnóstico - e por essa razão sempre se corre o risco de ser realizado, por engano, o assassinato de nascituros saudáveis.

Não obstante, ainda que a anencefalia fosse corretamente identificada, isso não significa que o bebê teve morte cerebral e tampouco possibilita classificá-lo como “natimorto”. O próprio ministro relator afirma que a criança anencéfala morre depois de um pequeno período. Sabe-se que só morre aquele que em algum momento esteve vivo. Como então poderia o anencéfalo falecer se ele já tivesse nascido morto? Não há, portanto, sentido em considerar o anencéfalo um natimorto, pois ele pode viver segundos, minutos, horas, dias, meses e até anos antes de vir efetivamente a óbito. Além do mais, o critério para auferir se um bebê nasceu com vida é o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, nos termos da Resolução 01/1988 do Conselho Nacional de Saúde. Isso significa que para ser considerado nascido vivo é preciso somente que ele respire e tenha batimentos cardíacos.

Ainda, o diagnóstico de anencefalia não inibe a possibilidade do nascituro ter consciência e sentidos. Isso porque, a ausência parcial do encéfalo e do crânio, que caracteriza a anencefalia, não impede a presença de atividade cerebral. É o que explica David A. Shewmon:

[...] a neuroplasticidade do tronco poderia ser suficiente para garantir ao anencéfalo, pelo menos, nas formas menos graves, uma certa primitiva possibilidade de consciência. Deveria, portanto, ser rejeitado o argumento que o anencéfalo enquanto privado dos hemisférios cerebrais não está em condições, por definição, de ter consciência e provar sofrimentos (Shewmon, 1998 *apud* Terruel, 2010).

Como prova, basta observar os inúmeros casos de crianças anencéfalas que contrariaram as expectativas médicas e viveram por meses e até anos. Como seria possível, a manutenção das funções vitais por tanto tempo, muitas vezes sem o uso de aparelhos hospitalares, se não existisse atividade cerebral? Cita-se aqui o caso da pequena Maria, uma criança atípica, brasileira, filha da modelo e influenciadora digital Jacqueline Sandes. Maria foi diagnosticada com anencefalia e acrania quando ainda estava na barriga, viveu 3 anos e 3 meses e sua rotina era compartilhada nas redes sociais: a menina não usava aparelhos para viver, movimentava os braços e as pernas, interagiu com a mãe e emitia sons. Sua história

é contada pela mãe no livro “Maria, a menina milagre”, publicado recentemente (Brasil Paralelo, 2022).

Essa fragilidade argumentativa, facilmente derruída por elementos fáticos, é também observada por Ives Gandra da Silva Martins em sua análise à ADPF 54:

As próprias premissas da ação, que impressionaram o brilhante ministro Marco Aurélio - quais sejam: a) há risco de vida para a gestante (a maioria dos médicos diz que é idêntico ao de qualquer parto); b) a anencefalia seria diagnosticada com absoluta precisão em 100% dos casos (já tive uma dedicada aluna de direito constitucional em que a anencefalia foi diagnosticada e a mãe recusou-se a abortá-la, estando o diagnóstico errado); c) o anencéfalo não resistiria senão algumas horas (conheço casos em que duraram meses) -, do ponto de vista fático revelaram-se inconsistentes. (Martins, 2004)

Por fim, é preciso atentar-se ao ponto nevrálgico da decisão: o direito à vida. Conforme já se viu anteriormente, a vida é um direito inviolável, concedido a todos sem distinção. A criança com anencefalia é ser humano e, como todo e qualquer ser humano, tem o direito de ter sua vida e dignidade preservadas. Nas palavras de Pontes de Miranda “O Código Civil desconhece monstros, *monstra* [sic]. Quem nasce de mulher é ser humano.” (Miranda, 1954, p. 163) e “O ser humano vivo, que ainda não nasceu, já é ser humano” (Miranda, 1954, p. 169). Mesmo que provavelmente viva menos que os demais, não se pode julgar ser sua vida menos digna de ser vivida ou ser a sua condição de saúde “incompatível com a vida”, pois já é viva desde o momento em que foi concebida e continua a viver até que todos os seus sentidos parem de funcionar. Se viva não fosse, como estaria, semana após semana, crescendo e desenvolvendo-se cada vez mais no útero materno - e até fora dele?

Não se pode admitir se julgue indigna a vida dos anencéfalos e digna a vida dos que nascem saudáveis, tampouco afirmar que não haver direito à vida a ser protegido já que eles logo irão morrer. Os seres humanos não possuem direitos pelo tempo de vida que têm, mas sim em razão da dignidade que lhe é intrínseca. Nas palavras de Cláudio Fonteles, Procurador-Geral da República que emitiu o parecer nº 3358, acoplado à ADPF 54 “[...] o direito à vida não se pode medir pelo tempo, seja ele qual for, de uma sobrevida visível” (Fonteles, 2004, p. 10).

Outrossim, se de fato o nascituro diagnosticado com anencefalia não possúisse direito à vida, como entendeu o Supremo Tribunal Federal, nenhum outro direito ser-lhe-ia atribuído, dado que a vida é o substrato para a existência de outros direitos. Nesse sentido, se uma mulher grávida de uma criança anencéfala

pleiteasse o fornecimento de alimentos “gravídicos”, poderia o pai do bebê escusar-se do pagamento argumentando que a criança não tem direito à vida, que logo iria morrer, então ela não precisaria e nem teria o direito de receber alimentos. Igualmente, em casos de morte de um parente, poderiam os demais herdeiros pleitear que a criança com anencefalia - já nascida ou ainda intrauterina - fosse excluída da sucessão e não receba herança, já que, por não possuir direito à vida pois logo irá morrer, sequer poderia ser herdeira. Tais afirmações, apesar de absurdas, seguem a lógica do que foi decidido na ADPF nº 54 e demonstram que a decisão é enganosa e sem fundamento.

A ADPF 54 abriu graves precedentes para a realização de abortos eugênicos em todo o país, não apenas em caso de anencefalia, mas também em outras deficiências taxadas de “incompatíveis com a vida”, que em sua maioria fundamentam-se com base em analogia à ADPF 54. Cita-se, apenas a título de exemplo, pois as decisões são inúmeras, alvará autorizando aborto em caso de bebê com Síndrome de Patau concedido pelo Tribunal do Estado de Santa Catarina (autos nº 0006705-12.2019.8.24.0064) e de bebê com Síndrome de Edwards concedido pelo Tribunal do Estado de São Paulo (processo nº 2029986-77.2014.8.26.0000).

A criança com deficiência teve sua natureza e dignidade humana tolhidas pelo STF, tribunal que deveria ser o guardião dos preceitos da Constituição Federal, bem como pelos diversos tribunais estaduais, que estão ampliando a eugenia em escala assustadora, quando na verdade deveriam zelar pela vida dos mais frágeis.

Não cabe a uma corte de juízes dizer qual vida merece ou não ser vivida, da mesma forma que não cabe à mãe privar seu filho da vida porque ele não é perfeito (em termos médicos) e viverá pouco. Viver alguns minutos, conhecer sua família, escutar a voz de seus pais, estar no “lado de fora”. Isso já valeria mais a pena do que não ter vivido um segundo sequer. Nas palavras de Maria Coeli Nobre da Silva e Daniela Veloso Souza Passos:

[...] na verdade houve a utilização do princípio da ponderação pelo STF laborando em equívoco sobre o caso difícil posto a julgamento, não apenas por desconfigurar a natureza humana do feto anencéfalo e fulminá-lo do polo de interesse, mas por terem atuado os julgadores usurpando atividade legislativas quando ‘enxertou’ no diploma punitivo uma exclusão não extraível da norma existente, acarretando efeitos devastadores na legislação infraconstitucional em todas as esferas. (Silva; Passos, p. 1, S.I)

Sendo assim, a autorização para o aborto e tratamento jurídico conferido pelo Supremo Tribunal Federal às crianças anencéfalas no julgamento da ADPF 54, somados às analogias feitas pelo demais tribunais, extensivas aos nascituros com outras deficiências, contrariam as disposições constitucionais e internacionais e configuram grave violação ao direito à vida e sua proteção desde à concepção. Além disso, desumanizam as crianças atípicas e desprezam o valor e a dignidade de toda vida humana que não siga os padrões aceitos.

Não bastassem as violações da ADPF 54 e do mito do “aborto legal”, atualmente existem outras duas Arguições de Preceito Fundamental em tramitação que ameaçam os direitos da criança intrauterina: a ADPF 442 e a ADPF 1141, que serão vistas a seguir.

4.1 OS IMPACTOS VIOLADORES DA ADPF 442 AO DIREITO DA CRIANÇA

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 foi proposta em 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) perante o Supremo Tribunal Federal. Em síntese, pleiteia-se a descriminalização do aborto voluntário no Brasil até a 12ª semana de gestação por meio da declaração da não recepção parcial na Constituição dos arts. 124 e 126 do Código Penal, que tipificam o crime de aborto.

O petítório da ADPF 442 baseia-se na tese de que a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 viola preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, a saúde e o planejamento familiar.

Argumenta-se que a criminalização do aborto não tem o condão de inibir efetivamente sua prática, visto muitas mulheres continuam a fazê-lo de modo clandestino. Por sua vez, a clandestinidade com que o procedimento é feito levaria muitas mulheres à morte, ferindo seu direito à vida e à saúde e sua dignidade. Além disso, afirma-se que a proibição do aborto fere o direito ao planejamento familiar, à liberdade e à cidadania, visto que estaria forçando as mulheres a prosseguirem com gravidezes não planejadas e pode representar uma verdadeira discriminação, tortura psicológica ou tratamento degradante para muitas delas. Por fim, é defendido que a

Constituição Federal não confere proteção à vida e à dignidade do nascituro, visto que a ele não são oponíveis direitos fundamentais, sendo sua proteção apenas infraconstitucional e, mesmo assim, o direito à vida nem sempre prevalece ao colidir com os demais direitos.

Até o presente momento, apenas a ministra Rosa Weber, relatora da ação, proferiu seu voto. A ministra votou favoravelmente à parcial procedência da ADPF 442, concordando com a descriminalização do aborto nas primeiras doze semanas de gestação. Além de apresentar argumentos semelhantes aos mencionados acima, a ministra também embasou seu voto na noção de que não existe proteção constitucional conferida aos nascituros, pois a Constituição não faz referência aos não-nascidos e somente atribui direitos fundamentais a quem já nasceu porque faz referência aos brasileiros e estrangeiros residentes, os quais, por definição da própria Constituição, nasceram no Brasil ou em solo estrangeiro. Além disso, afirma que não há consenso científico que permita falar sobre o início da vida humana, apenas sobre a vida em nível celular.

Em primeiro lugar, cabe observar que a via escolhida para o pleito de descriminalização de um crime, como o aborto, não deve ser a judicial. Isso porque, consoante o art. 49, IX da Constituição Federal, é competência exclusiva do Congresso Nacional “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes” (Brasil, 1988). Por competência legislativa do Congresso Nacional, está abarcado legislar sobre, dentre outros assuntos, o direito penal (Art. 22, I, CF). Desse modo, não cabe ao poder judiciário ultrapassar sua esfera de poder e invadir as competências do legislativo no que tange à descriminalização de crimes. Além disso, Amanda Arruda evoca também o *caput* do mesmo dispositivo constitucional para reafirmar a competência privativa do Poder Legislativo de modificar ou revogar dispositivos legais de matéria de direito penal (2023):

Segundo o art. 22 da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre matérias de direito civil, penal e processual. Nesse sentido, convém afirmar que, a partir do uso da palavra “legislar”, entende-se que a competência exclusiva e privativa em relação à formulação, modificação e revogação de tipos penais compete ao Congresso Nacional (poder legislativo da União). Além disso, ainda que o art. 60, §4º, III, CF/88, impeça que a abolição da separação dos poderes seja objeto de Emenda Constitucional, a separação de poderes já é abolida na prática pela judicialização de atos privativos ao Poder Legislativo. Em resumo, para que fosse legalizado o aborto segundo os moldes processuais adequados, seria

necessário modificar toda a legislação por meio de um processo legislativo complexo, demorado, que incluiria a convocação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte e a adesão a uma legislação completamente retrógrada, necropolítica e genocida: uma legislação que não garante o mínimo de dignidade humana aos seus cidadãos, que não faz o mínimo pelos brasileiros que é a garantia do direito à vida. Portanto, observando a coerência dos moldes legais atuais, tanto em questão de matéria quanto em questão de processo, é impossível e inconstitucional a legalização do aborto e a revogação dos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro. (Arruda, 2023)

Excepcionalmente, é admitida a intervenção do judiciário para suprir a falta de uma norma regulamentadora, o que não é o caso, pois já existe legislação - o Código Penal - que versa sobre o assunto. Sabe-se que o Congresso Nacional, composto pela Câmara e pelo Senado, não está alheio à questão do aborto. Inclusive, inúmeros são os projetos que já foram apresentados na Câmara dos Deputados em prol da descriminalização do aborto, sem, contudo, serem aprovados. O próprio Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), dois anos antes de ajuizar ADPF 442, apresentou à Câmara o PL 882/2015, o qual busca a revogação dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal e que atualmente ainda está em tramitação. Evidente, portanto, a violação ao princípio constitucional da separação entre os poderes. Nesse sentido, a Câmara dos Deputados já se manifestou em defesa de sua competência legislativa sobre essa temática na Petição 19174 de 2017, citada pelo STF no Edital de Convocação de Audiência Pública 1/2018 da ADPF 442:

A descriminalização da conduta, se for o caso, deverá ocorrer por intermédio do Poder Legislativo. Ressalte-se que, quando teve a oportunidade de apreciar essa matéria, ao analisar o Projeto de Lei n. 1.135, de 1991, a Câmara dos Deputados rejeitou a descriminalização do aborto, considerando a proposta inconstitucional e inoportuna no mérito, como é possível depreender dos pareceres da Comissão de Seguridade Social e da Família e da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (Diário da Câmara dos Deputados, 18.7.2008, p. 33.972 e ss). Nesse contexto, cumpre a esta Presidência informar, ainda, que tramitam na Câmara dos Deputados proposições que preveem a proteção da vida desde a concepção, entre elas: a Proposta de Emenda à Constituição – PEC n. 164/2012, que ‘estabelece a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção; o Projeto de Lei – PL n. 8.116/2004, que ‘dispõe sobre a proteção ao nascituro’; o PL n. 478/2007, que dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências’, entre outras. Tramitam, também, projetos que descriminalizam o aborto, como, por exemplo, o PL n. 4.403/2004, que ‘acrescenta inciso ao art. 128 do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal’; e o Projeto de Lei n. 882/2015, que ‘estabelece as políticas públicas no âmbito da vida sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências’. (Petição 19174 apud Supremo Tribunal Federal, 2018)

Outrossim, ainda que se tratasse de questão em que é possível a intervenção judicial sem ferir a competência do Poder Legislativo - o que não ocorre nessa situação - a ação ajuizada sequer cumpriria os requisitos básicos para sua admissão. Isso porque, nos termos do art. 4º, §1º da lei nº 9.882/99 (Brasil), que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma ADPF só pode ser admitida quando não houver nenhum outro meio eficaz de sanar a lesividade, chamado pelos doutrinadores de critério da subsidiariedade. Esse requisito é analisado pelo próprio Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento de outra ADPF:

O cabimento da ADPF será viável desde que haja a observância do princípio da subsidiariedade, que *exige o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão* a preceitos fundamentais ou a verificação, ab initio, de sua inutilidade para a preservação do preceito (ADPF 186/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *apud* ADPF 703, Rel. Min. Alexandre de Moraes) (grifou-se).

Frisa-se que a lei nº 9.882/99 (Brasil), ao dispor sobre o requisito da subsidiariedade da ADPF, não faz menção apenas à necessidade de inexistir outro tipo de ação judicial cabível, mas sim a não haver “nenhum outro meio eficaz”, o que abarca todo e qualquer tipo de ato da Administração Pública que seja viável juridicamente. Nesse sentido, haja vista a existência de projetos de lei em tramitação discutindo sobre a possibilidade da revogação dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal e da descriminalização do aborto no Brasil, tais projetos constituem-se meios hábeis a sanar a suposta lesão aos preceitos fundamentais - se de fato existisse alguma lesão - sobre os quais versa a ADPF 442. Portanto, observa-se que a Arguição interposta é incabível do ponto de vista processual e já na origem não poderia ter sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, não apenas processualmente a referida ação é incabível, como também no que diz respeito ao seu mérito. Os argumentos trazidos no petítório da ADPF e surpreendente no voto da relatora violam gravemente os direitos humanos.

No que diz respeito à tese da ineficiência da criminalização do aborto em coibir tal prática, observa-se que é argumento raso e não merece prosperar. Isso porque, o alto índice de incidência de um determinado crime não ocorre porque o Código Penal é ineficiente em criminalizá-lo, mas sim porque as ações coercitivas e práticas do Poder Público se apresentam inefetivas, ou melhor, inexistem. Observa-se que praticamente não há campanhas e políticas públicas de

conscientização contra o aborto. Inclusive, cada vez mais foram sendo criadas barreiras que impedem que a polícia tome conhecimento da prática e promova a devida investigação, como a proibição de denúncias por parte da equipe médica que atende mulheres após fazerem abortos clandestinos com complicações. Fato é que praticamente não se pune o aborto no Brasil. Segundo pesquisa publicada no Portal R7 com base em números coletados pela Secretaria Nacional de Políticas Penais, em 2023 havia apenas 2 (duas) mulheres presas por aborto no país (Mansur, 2024). Contudo, segundo os dados apresentados na ADPF, milhares são os casos de abortamentos clandestinos. Ou seja, esses milhares de casos são crimes não averiguados e não punidos.

Veja-se que o Brasil apresenta altos índices de diversos outros crimes, como homicídio, tráfico de drogas, roubo, furto e estelionato e nem por isso se diz que a culpa é da criminalização trazida pelo Código Penal. Tampouco apresenta-se como solução para a diminuição da incidência de tais crimes a revogação de sua tipificação¹, ou seja, sua descriminalização, como se defende fazer com o crime de aborto.

Da mesma forma, não é porque os autores de crimes como roubo e tráfico se submetem a situações arriscadas e violentas e muitas vezes acabam mortos ou gravemente feridos, que tais crimes devam ser descriminalizados em nome do bem-estar do infrator, pois foram eles próprios que assumiram tais riscos ao agir contrariamente aos ditames legais. De fato, procedimentos de aborto clandestino podem comprometer a saúde de muitas mulheres e até levá-las à óbito. Contudo, a solução para essa situação não é a liberação do aborto, pois não é dado a ninguém se valer da própria torpeza, ou seja, agir de maneira ilícita e depois alegar tal conduta em seu benefício. O remédio está na conscientização de que existe um ser humano indefeso que tem direito de viver e que ceifar sua vida é crime, de que existe a possibilidade de entrega do bebê para a adoção e do oferecimento de um planejamento familiar futuro, além da efetivação de políticas públicas que visem ao bem-estar social e a defesa da maternidade, garantindo às mães a condição mínima existencial e o suporte necessário para viabilizar a criação de uma nova vida, conforme defende Amanda Arruda (2023):

¹ O abolicionismo penal mostra-se como uma corrente política e ideológica que defende a despenalização como alternativa para superação do sistema punitivo vigente.

Por isso, existe uma série de políticas públicas que se pode elencar para que se defenda, apoie e proteja as mulheres, mães e nascituros salvando as duas vidas: políticas públicas de proteção à maternidade que envolvam a assistência biopsicossocial para mulheres e gestantes; o apoio financeiro, psicológico e jurídico às mães pretas, periféricas, atípicas e às mães de crianças com deficiência; a assistência psicológica e financeira às vítimas de abandono e violência; a facilitação de informação sobre o processo de adoção; o combate ao desemprego e à fome entre mulheres e mães por meio da capacitação profissional e políticas de cotas para gestantes e lactantes nas empresas, universidades e programas de pós-graduação; conscientização e combate à erotização infantil de forma a impedir a gravidez na adolescência; políticas públicas de acolhimento e defesa da mulher e da criança vítima de estupro, além de políticas públicas que evitem e impeçam a incidência de estupros protegendo mulheres e crianças antes da consumação do crime; políticas públicas de acessibilidade e inclusão para pessoas com deficiência, atendendo os direitos da pessoa com deficiência desde a primeira infância; ajuda financeira, clínica, educacional e jurídica acessível às mães com deficiência e às crianças com deficiência; apoio jurídico gratuito e especializado às mulheres, gestantes e mães; conscientização sobre direitos da criança, do adolescente, da pessoa com deficiência, dos povos não-brancos, e da mulher nos espaços públicos, educacionais e periféricos; conscientização sobre os perigos do aborto para a saúde e para a vida da mulher, bem como fiscalização ostensiva e punição severa às clínicas clandestinas de aborto. (Arruda, 2023)

Fato é que muitas gestantes não sabem que podem doar seus bebês para a adoção por meio da entrega legal. Não há campanhas em larga escala sobre o assunto e tampouco cartazes nos hospitais explicando esse direito, de forma que muitas acreditam ser um crime dar o filho para adoção.

É também falacioso o argumento de que a proibição do aborto estaria forçando mulheres a prosseguir com gravidezes não planejadas, mesmo que consentidas, ferindo a liberdade, cidadania e representando tortura psicológica e/ou tratamento degradante. Ora, como se pode afirmar que se força uma mulher à gravidez quando o ato que necessariamente precede a geração de um filho - a cópula - deu-se de maneira voluntária? Notadamente, uma das possíveis consequências de uma relação sexual é a concepção de um filho, portanto, não há que se falar em gravidez forçada se o ato que a precedeu foi voluntário e resultou naturalmente na criação de um terceiro ser humano que sequer teve controle sobre o ato gerador. Ao mesmo tempo, não se considera tortura esquarterar o nascituro até a morte para abortá-lo por meio da curetagem ou aspirá-lo em pedacinhos, por exemplo.

Além disso, caso a gestante não tenha condições financeiras, psíquicas ou simplesmente não queira assumir a criação do filho, uma possibilidade viável e

respeitosa para com a vida da criança, bem como com a própria saúde obstétrica² da mulher, é iniciar o processo de entrega legal antes mesmo do nascimento do bebê e encaminhá-lo para a adoção já na maternidade. Desse modo, não se vislumbra cerceamento à liberdade e à cidadania na manutenção da gravidez.

Por fim, defende-se que ao nascituro não são conferidos os direitos constitucionais de proteção à vida e à dignidade, visto que a ele não são oponíveis direitos fundamentais. Grande engano, pois, como se viu nas seções anteriores, os direitos previstos na Constituição Federal (Brasil, 1988) e em pactos internacionais sobre direitos humanos são atribuídos a todo ser humano, não somente aos já nascidos. Graças à Declaração Universal sobre Direitos Humanos (ONU, 1948) proclamada ao longo da última década ficou claro que os direitos fundamentais não são constituídos pelas assembleias constituintes aos cidadãos, mas por ela declarados, preexistentes ao Estado e decorrentes da própria dignidade da pessoa humana (Martins, I; Martins, R. e Martins Filho, 2008).

A Constituição Cidadã (Brasil, 1988) é muito clara: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Essa igualdade atinge tanto os nascidos quanto os que ainda estão por nascer e a tentativa de limitar a interpretação constitucional apenas aos seres humanos nascidos pode ser remetida à alegoria da Revolução dos Bichos, de George Orwell. Nela, primeiramente foi instituído que todos os animais eram iguais perante a lei. Contudo, para justificar suas ações violadoras, os porcos alteram a lei e proclamam que “Todos os animais são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros” (Orwell, 2015, p.81).

Inclusive, essa estratégia de usar apenas uma parte da letra da lei para atribuir apenas “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes” o direito à vida, enquanto ignora-se outro pedaço importante e que precede tal redação - “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” - é utilizada em outros momentos. Tanto o petição do PSOL quanto o voto da relatora referem-se ao artigo 4º do Pacto de San José da Costa Rica como um limitador do direito à vida, por prever que a sua proteção desde a concepção ocorreria apenas “em geral”, admitindo, assim, exceções aos direitos da criança intrauterina. Ao mesmo tempo, ignoram os demais artigos do Pacto, que precedem a referida cláusula e preveem que pessoa é todo ser humano e que a todo ser humano deve ser reconhecida a

² Os procedimentos abortivos podem gerar riscos à gestante, como perfuração uterina, hemorragias e até mesmo a infertilidade.

personalidade jurídica, ou seja, sua condição de sujeito de direitos. A legislação não é um cardápio *à la Carte*, no qual se escolhem quais diretrizes serão aplicadas, mas é em verdade um complexo conjunto de normativas, princípios e regras que devem ser analisadas como um todo.

A simples visão global do ordenamento jurídico brasileiro já bastaria para afastar qualquer possibilidade de descriminalização do aborto no país sem que fosse feita uma grande reforma legislativa. A inviolabilidade da vida da criança intrauterina além de assegurada como cláusula pétrea da Constituição está fundamentada em outras normativas. Como já se viu, o Código Civil atribui ao nascituro direitos, dentre os quais está o direito à vida, substrato para todos os demais existirem. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê como direitos fundamentais a vida e a dignidade da criança e do adolescente, o que inclui, como já se viu, as crianças nascidas e as que estão por nascer. Sendo assim, para que fosse possível a procedência da ADPF 442 e a consequente descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, uma nova Constituição precisaria ser feita, bem como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente teriam de ser revogados. É o que observa Amanda Arruda:

Para ser possível e viável uma descriminalização do aborto, seria preciso uma nova Constituição que não garanta nem proteja o direito inviolável à vida como cláusula pétrea, fato que representaria um retrocesso em matéria de direitos humanos e direitos fundamentais, haja vista que, sem a garantia da inviolabilidade do direito à vida, não só crianças dentro do útero poderiam ser abortadas, mas qualquer pessoa nascida ou não nascida teria esse direito em estado de vulnerabilidade. Além disso, revogar os artigos 124 e 126 do Código Penal implicaria na revogação total dos direitos do nascituro estabelecidos no Código Civil: direito à vida, imagem, honra, herança e alimentos. E como se não bastasse, a revogação dos artigos 124 e 126 do Código Penal também levaria à revogação do Estatuto da Criança e do Adolescente que assegura o direito à vida da criança desde o primeiro milésimo de segundo. (Arruda, 2023)

Também Benedito Torres Neto observa a impossibilidade de descriminalização do aborto pela via judicial, dada necessidade da revogação de outras legislações para tanto:

Ora, 'mutatis mutandis', a ADPF 442 quer dizer que o direito penal na parte do aborto não recepcionou parte do Código Penal relativo ao aborto. Ao contrário, o Código Civil de 2002, portanto, pós Constituição Federal de 1988, reitera o direito à vida, conferindo-lhe, inclusive, a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro. Com decisões as mais variadas, corroboradas pelo Código Civil (arts 542, 1779) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 8). [...] Caso se reconheça a premissa da ADPF 442, o

Código Civil também deveria ter reconhecida toda a sua inconstitucionalidade, o que seria um absurdo. (Torres Neto, 2020, p. 50-51)

Não é difícil identificar as violações jurídicas perpetradas pela ADPF 442, pelo contrário, “é simples: se qualquer ato livre e autônomo do indivíduo leva ou induz pessoas ou grupos vulneráveis à morte, eugenia ou genocídio, tolhendo-lhes a sua dignidade humana, aquela prática é juridicamente condenável.” (Arruda, 2023). Mesmo que o ser humano desenvolva-se progressivamente, o seu valor não é medido pelo grau de maturação. O valor da vida da criança intrauterina não é menor que o valor da vida da criança nascida e tampouco inferior ao valor da vida de um adulto.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, constitui, na verdade, um mecanismo para promover o descumprimento de preceitos fundamentais e não para defendê-los, como alega. A ação é um verdadeiro atentado aos direitos da criança intrauterina e aos direitos de toda a humanidade, pois despreza o ser humano em sua fase mais frágil e indefesa. Não se pode admitir a autorização do assassinato intrauterino em nome de uma falsa liberdade materna. Ninguém deve ser livre para matar um outro alguém e é por isso que o aborto é e deve continuar sendo proibido no Brasil.

4.2 ADPF 1141: UM ATENTADO À DIGNIDADE HUMANA E AO COMBATE À TORTURA

No ano de 2024 o Partido Socialismo e Liberdade apresentou ao Supremo Tribunal Federal uma nova Arguição de Preceito Fundamental relativa ao aborto, a de número 1141. A ação foi interposta após a publicação da Resolução CFM n.º 2.378/2024 do Conselho Federal de Medicina, a qual proíbe que os médicos realizem o procedimento de assistolia fetal em casos de aborto de fetos em idade gestacional acima de 22 semanas, ou seja, 5 meses. Argumenta o PSOL que tal resolução seria inconstitucional, pois feriria o princípio fundamental da liberdade científica e do livre exercício da profissão, do direito à saúde e do acesso igualitário aos serviços de saúde, da dignidade da pessoa humana, da cidadania, do direito à vida, à liberdade, igualdade e a não discriminação, da proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante, bem como a da legalidade, da separação de

poderes (art. 2º, caput, CF/88), do devido processo legislativo e da impessoalidade da administração pública.

Antes de analisar a resolução e a discussão trazida pela ADPF 1141, porém, é preciso explicar o que é a assistolia fetal. Assistolia significa ausência de sístole, que é o movimento de contração do coração, responsável por impulsionar o sangue pelo corpo. A indução à assistolia é realizada mediante o uso de substâncias que promovem a parada cardíaca e a consequente morte. Dentre as substâncias mais comuns está o cloreto de potássio e o sulfato de magnésio, capazes de produzir verdadeiro choque químico nas fibras cardiovasculares e fazer o coração parar.

A assistolia em fetos humanos consiste na inserção no coração do bebê de uma solução de cloreto de potássio e de lidocaína. Geralmente o componente é inserido por uma agulha diretamente no coração do feto e, para tanto, costuma-se utilizar a ultrassonografia como guia para que a equipe médica encontre com precisão o coração e ali deposite a substância. Após, verificado que ocorreu o óbito da criança, induz-se o parto pela via vaginal ou realiza-se uma cesariana para a retirada do bebê do útero materno, dando-se à luz ao filho morto.

Provocar a eutanásia em animais por meio de assistolia induzida por cloreto de potássio (KCl) ou sulfato de magnésio é proibido pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária na Resolução CFMV nº 1000/2012. Isso porque, foi considerado um método extremamente doloroso, que gera sofrimento ao animal. Segundo o Guia Brasileiro de Boas Práticas para a Eutanásia de Animais (2013) “O uso do KCl em um animal consciente causa a excitação das fibras nervosas do tipo C, o que promove extrema dor antes que ocorra a morte. Portanto, o KCl só pode ser utilizado após anestesia geral do animal [...]” (Brasil, 2013, p. 32).

Apesar de proibido para animais, o procedimento do induzimento à assistolia com uso de cloreto de potássio e outras substâncias vem sendo aplicado em seres humanos em estágio intrauterino com idade gestacional acima de 22 semanas, no intento de produzir seu óbito. Como justificativa, afirma-se que é o único método capaz de provocar um “aborto legal seguro” em gestações avançadas.

Como já se discutiu anteriormente, só existe aborto até a 22ª semana de gestação pois, após isso, dada a viabilidade extrauterina do bebê, a nomenclatura adequada é o parto antecipado ou prematuro. Além disso, não se pode chamar o aborto de “legal” ou afirmar ser ele um direito se o caso se enquadra nas hipóteses

do art. 128 do Código Penal (Brasil, 1940), pois são hipóteses em que ele apenas não é punido, mas não legalizado.

Diante desse cenário, dado que a assistolia fetal provoca a morte de um ser humano viável e consiste em procedimento extremamente doloroso e torturante, proibido até em animais, o Conselho Federal de Medicina emitiu a Resolução CFM n.º 2.378/2024, vedando aos médicos a realização de tal procedimento em nascituros com idade gestacional superior a 22 semanas.

Analisando a Resolução, percebe-se que ela vai ao encontro das diversas notas técnicas emitidas pelo Ministério da Saúde sobre o aborto, já citadas anteriormente, as quais convergem para estipular o marco de 22 semanas e preservar a vida do nascituro que já é viável, demonstrando a impossibilidade do abortamento após este período:

Não há indicação para interrupção da gravidez após 22 semanas de idade gestacional. A mulher deve ser informada da impossibilidade de atender a solicitação do abortamento e aconselhada ao acompanhamento pré-natal especializado, facilitando-se o acesso aos procedimentos de adoção, se assim o desejar. (Ministério da Saúde, 2012, p. 81)

Outrossim:

Há que se salientar que, sob o ponto de vista médico, não há sentido clínico na realização de aborto com excludente de ilicitude em gestações que ultrapassem 21 semanas e 6 dias. Nesses casos, cuja interface do abortamento toca a da prematuridade e, portanto, alcança o limite da viabilidade fetal, a manutenção da gravidez com eventual doação do bebê após o nascimento é a conduta recomendada. (Ministério da Saúde, 2022, p. 38)

Nesse sentido,

Nos casos em que exista indicação de interrupção da gestação, obedecida a legislação vigente e, por solicitação da mulher ou de seu representante, deve ser oferecida à mulher a opção de escolha da técnica a ser empregada: abortamento farmacológico, procedimento aspirativo (Amiu) ou a dilatação e curetagem.³ (Ministério da Saúde, 2011, p. 33)

Desse modo, não há razão quando o PSOL afirma que o Conselho Federal de Medicina estaria ultrapassando suas competências ao emitir uma Resolução que impõe limites ao aborto, vez que é sua competência a normatização e regulamentação da prática médica e o que se busca coibir é um *procedimento* médico, não o elemento penal propriamente. Mesmo assim, não haveria sentido em

³ A norma técnica em questão, ainda que não faça referência expressa ao número de semanas, não apresenta a assistolia como uma das técnicas que podem ser empregadas. Logo, considerando a assistolia o único procedimento hábil para promover o “aborto” acima de 22 semanas, o Ministério da Saúde está implícita e indiretamente proibindo-o.

afirmar a impossibilidade de existência de limite de idade gestacional ao aborto. O próprio Ministério da Saúde há mais de uma década já consagra estes mesmos limites em suas notas técnicas.

Não se trata de uma proibição sem justificativas clínicas, éticas ou legais. Pelo contrário, a Resolução CFM n.º 2.378/2024 faz alusão a uma série de razões de ordem técnica, científica e bioética para demonstrar a necessidade de regulamentar o procedimento da assistolia. Chega a soar contraditório o petítório promovido pelo PSOL, alegando na ADPF 1141 a inexistência de limites ao aborto, pois na ADPF 442, também de sua autoria, o partido defende a limitação do aborto à idade gestacional de 12 semanas.

Ademais, os próprios profissionais de saúde reconhecem a crueldade dos procedimentos de aborto e ficam traumatizados ao ter de fazê-los. Veja-se as falas abaixo, coletadas em uma pesquisa denominada “Percepções da Equipe Multiprofissional Frente à Interrupção Legal da Gestação por Violência Sexual”:

Mas nós tivemos aqui no [setor] um bebê que nasceu vivo, que ficou no posto de enfermagem, numa bandeja, gaspeando. Então assim ó, nós somos referência nesse atendimento? [...] eu nem sei como tu é olhar pra uma criança, numa bandeja morrendo e a Lei te dizer que aquela criança tem que morrer (Silveira; Lima; Costa e Baigorria, 2021, p. 6).

E, ainda:

Eu fico triste [...] eu acho triste tu pegar o fetinho, botar no potinho. Já vi o médico atender e deixar em cima da pia [a morrer]. [...] Eu acho muito triste (Silveira; Lima; Costa e Baigorria, 2021, p. 6).

Cabe salientar que não há proporcionalidade nos argumentos apresentados na ADPF 1141 em prol da ausência de limites ao aborto nos casos em que sua punibilidade é excluída. Acima de 22 semanas de idade o bebê já tem condições de sobreviver sozinho, fora do ambiente uterino. Além do mais, após a assistolia, de qualquer forma terá de ser induzido o parto ou feita uma cesariana para retirar a criança do ventre materno. Desse modo, questiona-se: por que matar o nascituro viável e depois fazer o parto dele morto, se é possível retirá-lo com vida? Não há proporcionalidade em tal ato.

Nem mesmo nos países em que o aborto é totalmente legalizado ele é feito sem limites de semanas. Segundo matéria publicada na CNN Brasil, em alguns países, como na Tailândia, o limite é de 20 semanas. No entanto, na maioria deles a limitação fica em torno da 10^a a 14^a semana de gestação, ou seja, entre dois a três

meses (Jordão, 2023). Veja-se que, inexistindo limites, o Brasil seria o país pioneiro em permitir o aborto dos zero aos 9 meses.

A ADPF 1141 representa um verdadeiro atentado à vida e à dignidade da criança intrauterina. O Conselho Federal de Medicina, na Resolução FM n.º 2.378/2024, agiu dentro dos limites de suas competências para preservar a ética médica que, acima de tudo, tem por finalidade precípua promover a saúde, não a morte. Em nome de um falso direito ao aborto, despreza-se a humanidade em seu estágio mais frágil e ignora-se seu sofrimento. A assistolia se configura como o novo método de tortura do século XXI, uma tortura que é invisível, pois tem como alvo uma vida que é menosprezada.

O direito à vida, à dignidade e à vedação à tortura, reconhecidos a duras penas como direitos inerentes a todo ser humano, vêm sendo violados ao ser permitido que crianças em estágio intrauterino sejam cruelmente assassinadas no ventre materno, tendo seus membros arrancados, seus pedaços sugados ou seu coração parado por choque químico. Ainda não se superou o desprezo do homem pelo próprio homem, que ao longo dos séculos exterminou seus semelhantes por meio da escravidão, do holocausto e, agora, por meio do aborto. Longe de concretizar a proteção integral da criança, caminha-se para a sua desumanização integral.

5 CONCLUSÃO

Buscou-se neste trabalho compreender o tratamento jurídico conferido aos nascituros na legislação brasileira para auferir se seus direitos são reconhecidos perante o ordenamento pátrio.

Para tanto, utilizou-se a metodologia dedutiva e definiu-se três objetivos específicos, correspondentes às três seções do trabalho. O primeiro consistiu em identificar a natureza jurídica do nascituro com base nas diferentes normas vigentes no Brasil. O segundo visou compreender se ao nascituro são reconhecidos direitos e quais seriam eles. Por fim, o terceiro objetivo buscou analisar as possíveis ameaças a esses direitos.

Na primeira seção, verificou-se que o nascituro é o ser humano já concebido mas ainda não nascido e que ele possui personalidade jurídica. Isso porque, segundo o Código Civil, a personalidade civil consiste na qualidade de ser sujeito de direitos. Assim, uma vez que ao nascituro são conferidos direitos desde a concepção, ele é reconhecido como sujeito de direitos na ordem civil e necessariamente possui personalidade jurídica.

Além disso, observou-se que a doutrina concepcionista, que é a que defende a personalidade jurídica do nascituro desde a concepção, é corroborada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Doutrina da Proteção Integral. O Estatuto rompe com a lógica menorista, que reduzia a criança a uma posição inferior aos demais e reconhece à criança, que é quem possui até doze anos, a condição especial de pessoa em desenvolvimento, o qual se inicia no útero materno. Assim, ao nascituro é também conferida, na qualidade de criança intrauterina, a posição de sujeito de direitos.

Paralelamente, viu-se que o Pacto de San José da Costa Rica, norma com status supralegal, abaixo apenas da Constituição Federal mas acima de toda a legislação ordinária, estabelece que todo ser humano é pessoa e deve ter sua personalidade jurídica reconhecida, bem como define que o direito à vida é assegurado desde a concepção. Além dele, a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, criada após o Holocausto, também garante a todo ser humano a qualidade de pessoa perante à lei. Assim, o nascituro, haja vista que é ser humano já concebido, é pessoa e tem personalidade jurídica desde o início de sua existência.

Já na segunda seção, constatou-se que, para além da proteção de sua personalidade jurídica, ao nascituro são reconhecidos uma série de direitos e garantias perante a Constituição Federal de 1988, dentre os quais destaca-se a dignidade e a inviolabilidade da vida. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, inerente à própria existência humana, que representa seu valor intrínseco e dispensa o cumprimento de requisitos prévios, como estar dentro ou fora do útero. Desse princípio decorre o direito à inviolabilidade da vida e os demais direitos fundamentais os quais, de igual modo, destinam-se a todos os seres humanos, incluindo o nascituro. Até porque, viu-se que a ordem constitucional é clara ao vedar distinções de qualquer natureza, preconizando a igualdade entre todos. Somado a isso, observou-se que a bioética reafirma a dignidade humana como fundamento e fim da sociedade à medida em que barra qualquer tentativa de coisificar a vida humana, a qual se inicia na concepção.

Além desses, outros direitos são assegurados pela Constituição, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela legislação ordinária em geral em prol da defesa da vida desde o estágio intrauterino. Ao nascituro é assegurado o direito à saúde, à infância, a alimentos, os direitos da personalidade e tantos outros. O seu nascimento é também resguardado a partir da proteção à maternidade, que busca garantir o desenvolvimento digno ao nascituro, bem como uma gravidez e um parto saudável à gestante.

Por fim, na terceira seção esclareceu-se que o aborto provocado é crime no Brasil e, ao contrário da ideia popular, não existem hipóteses em que o aborto é “legal” ou um direito da gestante, pois o Código Penal prevê apenas a não punição do crime, não sua atipicidade. Ademais, observou-se que a decisão do STF na ADPF 54 representa flagrante violação ao direito à vida da criança intrauterina, desumaniza crianças atípicas com diagnóstico de anencefalia e despreza a dignidade, já que sequer considera que esses seres humanos teriam direito à vida e os taxa de “incompatíveis”.

No mesmo sentido, foi visto que a tentativa de descriminalizar o aborto no Brasil até a 12ª semana por meio da ADPF 442, ainda em tramitação, é totalmente inconstitucional e incompatível com o ordenamento pátrio. Isso porque, aos nascituros é garantido o direito à vida e à dignidade e permitir o assassinato intrauterino por meio do aborto representa flagrante violação a tais direitos. Ademais,

o STF sequer possui competência para decidir sobre tal questão, que versa sobre matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional.

Analisou-se também a ADPF 1141, a qual busca invalidar uma resolução do Conselho Federal de Medicina e permitir o aborto até os 9 meses de gestação por meio de assistolia fetal. Também inconstitucional, a referida ação viola não só o direito à vida, como também a vedação à tortura e à proporcionalidade, visto que causa uma morte agonizante a um nascituro que já é viável fora do ambiente intrauterino.

Com isso, concluiu-se que o tratamento jurídico conferido aos nascituros não se distingue do tratamento dos já nascidos, haja vista que possuem personalidade jurídica e seus direitos são reconhecidos perante o ordenamento pátrio. Por conseguinte, os direitos do nascituro não são invisíveis na legislação brasileira, apesar de sofrerem violações e ameaças constantes, de forma que é necessário garantir a integralidade dos seus direitos, assegurando a dignidade e o direito à vida desde a concepção.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 2024. Disponível em: <https://servbib.academia.org.br/dlp/verbete.xhtml?entrada=aborto>. Acesso em: 12 nov. 2024.

ANDRADE, D. A. de; SAPUCAIA MACHADO, M. .; BORGES VIEIRA DE CARVALHO, G. . **50 Anos do Pacto de São José da Costa Rica: Reflexões sobre Justiça Social no Brasil**. Prim Facie, [S. l.], v. 18, n. 39, p. 01–31, 2020. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2019v18n39.48750. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48750>. Acesso em: 03 out. 2024.

ARRUDA, Amanda Avansini. **Quais são os danos que a ADPF 442 pode causar aos direitos civis e constitucionais da criança, do nascituro e da pessoa com deficiência?**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/quais-sao-os-danos-que-a-adpf-442-pode-trazer-ao-direito-civis-e-constitucionais-da-crianca-do-nascituro-e-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em: 3 nov 2024.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**: Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 04 out. 2024.

BERTI, Silma Mendes. **O nascituro e o direito à saúde**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, S.I, v. 99, n. 2, p. 189-208, jul. 2009. DOI: <https://doi.org/10.9732/103>. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/103>. Acesso em: 2 dez. 2024.

BÍBLIA. **Bíblia Sagrada**. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Edições Paulinas, 1990.

BORTOLANZA, Guilherme; CALGARO, Cleide. **O direito, a bioética e a questão do respeito à vida e à dignidade da pessoa humana no desenvolvimento tecnológico**. Diké (UFS), [S. l.], v. 4, n. 2, p. 105–118, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufs.br/dike/article/view/4103>. Acesso em: 3 nov. 2024.

BRASIL. **Agravo Regimental na ADPF 703 Bahia**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 2021. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755138964#:~:text=O%20cabimento%20da%20ADPF%20ser%C3%A1,ADPF%20186%2FDF%2C%20Rel>. Acesso em: 1 dez. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ata da 150ª sessão, em 21 de agosto de 2000. Mensagem n. 1107, de 17 de agosto de 2000 (texto do projeto de lei que “altera da Parte Geral do Decreto-Lei n.º 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código**

Penal, e dá outras providências”). Diário da Câmara dos Deputados, 22 ago. 2000, p. 22.

BRASIL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. **Parecer (sf) nº 61, de 2017**. Brasília: Senado Federal, 14 jun. 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5342356&disposition=inline>. Acesso em: 3 nov. 2024.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina Veterinária. **Guia Brasileiro de Boas Práticas para Eutanásia em Animais**. 2013. Elaborado pela Comissão de Ética, Bioética e Bem-Estar Animal. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/producao-animal/arquivos-publicacoes-bem-estar-animal/guia-brasileiro-de-boas-praticas-para-a-eutanasia-em-animais.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2024.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de Novembro de 1969**. Brasília.

BRASIL. **Gravidez**. Portal do Governo Brasileiro. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/g/gravidez>. Acesso em: 17 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 17 dez. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica** / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Área Técnica de Saúde da Mulher. – 2. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf. Acesso em: 12 nov. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica** / Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – 3. ed. atual. e ampl., 1. reimpr. – Brasília : Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf. Acesso em: 12 nov. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção Primária à Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. **Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento** / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção Primária à Saúde, Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. – 1. ed. rev. – Brasília : Ministério da Saúde, 2022. Disponível em:

https://www.andes.org.br/diretorios/files/renata/2022/atencao_prevencao_avaliacao_conduta_abortamento_1edrev.pdf. Acesso em: 12 nov. 2024.

BRASIL PARALELO. **Maria tinha anencefalia e viveu mais de 3 anos. Sua mãe disse não ao aborto e hoje compartilha sua história de amor.** 2022. Disponível em:

<https://www.brasilparalelo.com.br/noticias/maria-tinha-anencefalia-e-viveu-mais-de-3-anos-sua-mae-disse-nao-ao-aborto-e-hoje-compartilha-sua-historia-de-amor..>
Acesso em: 26 nov. 2024.

Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. **Parecer nº 79.246: solicitado esclarecimento sobre o conceito de abortamento legal.** 2001. HOMOLOGADO NA 2.800ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM 02.07.2002.. Disponível em:

<https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=5551&tipo=PARCER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%3o%20Paulo&numero=79246&situacao=&data=00-00-2001>. Acesso em: 12 nov. 2024.

CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 25, n. 97, p. 181-190, mar. 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181825>. Acesso em: 03 dez. 2024.

CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela Civil do Nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2000.

Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul. **Vítimas de violência sexual – Abortamento – Orientações éticas e jurídicas aos médicos: cartilha.** Porto Alegre: [S.N.], 2018. Disponível em: https://cremers.org.br/conteudos/livros_e_cartilhas/cartilha_abortamento.pdf. Acesso em: 12 nov. 2024.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2002.

EIGENMANN, Maya. **O cérebro só está completamente formado por volta dos 25 anos, explica pedagoga Maya Eigenmann.** Escuta que o filho é teu. G1, 02 jun. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/podcast/escuta-que-o-filho-e-teu/noticia/2022/06/02/o-cerebro-s-o-esta-completamente-formado-por-volta-dos-25-anos-explica-pedagoga-maya-eigenmann.ghtml>. Acesso em: 17 dez. 2024.

ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO. **Fuzilamentos em Massa de Judeus Durante o Holocausto.** 2022. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/mass-shootings-of-jews-during-the-holocaust>. Acesso em: 03 dez. 2024.

ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO. **Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.** Disponível em:

<https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/international-military-tribunal-at-nuremberg>. Acesso em: 03 dez. 2024.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986.

FONTELE, Cláudio. **Parecer nº 3358**. ADPF 54. Brasília, 2004. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339102>. Acesso em: 1 dez. 2024.

GARCIA, Enéas Costa. **O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Acesso em: 03 dez. 2024.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito internacional dos direitos humanos: validade e operacionalidade do princípio *pro homine***. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, S.I, n. 11, p. 494-503, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31451>>. Acesso em: 06 out. 2024.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana - Princípio Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2009.

JORDÃO, Pedro. **Aborto é legalizado em 77 países mediante apenas solicitação: confira quais**. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/aborto-e-legalizado-em-77-paises-mediante- apenas-solicitacao-confira-quais/#:~:text=Confira%20abaixo%20quais%20s%C3%A3o>. Acesso em: 25 nov. 2024.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente : a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LOBO, Jorge. **Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 72, n. , p. 125-146, jun. 2019. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1344914/Jorge_Lobo.pdf. Acesso em: 03 dez. 2024.

MANSUR, Ana Isabel. **Das 554 pessoas presas por aborto no país, apenas 2 são mulheres**. 2024. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/das-554-pessoas-presas-por-aborto-no-pais- apenas-d-uas-sao-mulheres-10032024/>. Acesso em: 26 nov. 2024.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A questão do aborto: aspectos jurídicos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Disponível em:

<https://gandramartins.adv.br/wp-content/uploads/2021/06/229-livro-a-questo-do-aborto-o-aspectos-juridicos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2024.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; PARENTE, Raphael Camara Medeiros. **Não existe direito adquirido ao aborto “legal”**. 2024. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/nao-existe-direito-adquirido-ao-aborto-legal/>. Acesso em: 26 nov. 2024.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SICA, Ana Regina Campos de. **Direito à vida do nascituro – Proteção do estado – Atuação da Defensoria Pública da União**. 2020. Disponível em: <https://gandramartins.adv.br/parecer/direito-a-vida-do-nascituro-protacao-do-estado-atuacao-da-defensoria-publica-da-uniao/>. Acesso em: 03 nov. 2024.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O direito do anencéfalo à vida**. 2004. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1910200410.htm>. Acesso em: 26 nov. 2024.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Biodireito e constituição**. Revista do Direito Privado da Uel, Londrina, v. 1, n. 1, p. 1-9, abr. 2008. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/direitoprivado/edicao.php?id=27>. Acesso em: 03 nov. 2024.

MELLO, Marco Aurélio. **Voto do relator Min. Marco Aurélio**. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF) - Decisão do STF sobre: ADPF 54. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantociastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2024.

MENDES, Moacyr Pereira. **A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente à Lei n. 8.069/90. 2006**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf>. Acesso em: 06 out. 2024.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. 2024. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/aborto/>. Acesso em: 12 nov. 2024.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. 2024. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/concepcao/>. Acesso em: 12 nov. 2024.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. 2024. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/nascituro/>. Acesso em 12. nov. 2024.

MIRAGAYA, Júlio. **Goebbels e a inflação**. 2018. Instituto de Pesquisa e Estatística do Distrito Federal. Disponível em: <https://ipe.df.gov.br/goebbels-e-a-inflacao/>. Acesso em 01 dez. 2024.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: tomo i. introdução. pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ONU NEWS. **Nações Unidas lembram os mortos da Segunda Guerra Mundial**. 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/05/1750022>. Acesso em: 02 dez. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. **Onde foi adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos?** Disponível em: <https://unric.org/pt/onde-foi-adotada-a-declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 03 dez. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 05 out. 2024.

ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos**. S.l: Uenp, 2015. Disponível em: <https://cdn.culturagenial.com/arquivos/a-revolucao-dos-bichos.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2024.

PAGNO, Luana. **A dignidade humana em Kant**. Barbarói, Santa Cruz do Sul, v. 47, n. 1, p. 223-237, maio 2016. <https://doi.org/10.17058/barbaroi.v0i47.9560>. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/9560>. Acesso em: 03 nov. 2024.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de Direito Civil** — v. 1/ Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. - 30. ed. rev. e atual — Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RAMOS, Luiz Felipe Gondin. **Tribunal Militar Internacional de Nuremberg**: breve análise dos crimes tipificados. 2020. Disponível em: <https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/Luiz-Felipe-Gondin-Ramos.pdf>. Acesso em: 06 out. 2024.

REBELO, Tertius. **Erro médico e o aumento das ações judiciais**. Consultor Jurídico, 16 mar. 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-mar-16/tertius-rebelo-erro-medico-oaumento-acoes-judiciais/#_ftnref6. Acesso em: 18 dez. 2024.

ROQUÉ-SÁNCHEZ, María Victoria; MACPHERSON, Ignacio. **Análisis de la ética de principios, 40 años después**. Revista Bioética, [S.L.], v. 26, n. 2, p. 189-197, jun. 2018. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018262239>.

SANTOS, Cleiton M. I. dos. **Uma Leitura da Dignidade Humana no Período Clássico Filosófico**. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/uma-leitura-da-dignidade-humana-no-periodo-classico-filosofico/>. Acesso em: 26 out. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito à vida – Comentários à decisão na ADPF nº 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal**. Revista de Direito da Universidade de Brasília, [s. l.], v. 1, n. 02, p. 184-201, dez. 2014.

Disponível em:

<https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24594/21787>.

Acesso em: 03 nov. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **A Aplicação dos Direitos Fundamentais aos Estrangeiros Não-Residentes no Brasil**. Direito Público, [S.L.], v. 1, n. 14, p. 53-57, dez. 2009. Instituto Brasiliense de Direito Público.

<http://dx.doi.org/10.11117/22361766.14.01.04>. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1409/875>.

Acesso em: 03 nov. 2024.

SILVA, Maria Coeli Nobre da; PASSOS, Daniela Veloso Souza. **ADPF 54: crítica à hermenêutica constitucional adotada e suas repercussões civis**. S.l. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9752d873fa71c19d>. Acesso em: 26 nov. 2024.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito** - Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: Ltr, 2002.

SILVEIRA, Jéssica Rodrigues; LIMA, Margarete Maria de; COSTA, Roberta; BAIGORRIA, Judizeli. **Percepções da equipe multiprofissional frente à interrupção legal da gestação por violência sexual**. Texto & Contexto - Enfermagem, [S.L.], v. 30, p. 1-12, abr. 2021. FapUNIFESP (SciELO).

<http://dx.doi.org/10.1590/1980-265x-tce-2019-0070>. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/tce/a/3rGj8s9LLCFtmmX9MM5XR5s/?format=pdf&lang=pt>.

Acesso em: 03 dez. 2024.

Supremo Tribunal Federal. **Edital de convocação de audiência pública 1/2018**.

2018. ADPF 442. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/EditalinterrupcaoGravid ez.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2024.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Embriões humanos: a definição de sua identidade**. 2024. Disponível em:

<https://emporiododireito.com.br/leitura/embrioes-humanos-a-definicao-de-sua-identidade>. Acesso em: 03 nov. 2024.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Rosane Leal da (Orgs.) **A Criança e seus Direitos: entre violações e desafios**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry; RIBEIRO, Joana. **O Pacto Nacional pela Primeira Infância: instrumento de proteção às crianças e garantia de um futuro ao país**. Revista CNJ, Brasília, v. 3, n. 2, p. 36-47, jul./dez. 2019