

12/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS
TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS
ADV.(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 12 de abril de 2012.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS**
 TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS
ADV.(A/S) : **LUÍS ROBERTO BARROSO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Reporto-me às balizas expostas no julgamento da questão de ordem, à folha 289, quando o Tribunal assentou a adequação instrumental da medida:

Em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS formalizou a argüição de descumprimento de preceito fundamental ora em exame parcial. Sob o ângulo da admissibilidade, no cabeçalho da petição inicial, apontou, como envolvidos, os preceitos dos artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana –, 5º, II - princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –, 6º, cabeça, e 196 – direito à saúde –, todos da Carta da República e, como ato do Poder Público, causador da lesão, o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Afirmou, mais, que diversos órgãos investidos do ofício judicante – juízes e tribunais – vêm extraindo do Código Penal, em detrimento da Constituição Federal, dos princípios contidos nos textos mencionados, a proibição de se efetuar a antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencéfalos. Alegou ser a patologia daquelas que tornam inviável a vida extra-uterina. Em nota prévia, a CNTS, representada pelo Doutor Luís Roberto Barroso, buscou demonstrar que a antecipação terapêutica do parto não consubstancia aborto, no que este envolve a vida extra-uterina em potencial. Aludiu ao artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, segundo o qual têm legitimação ativa aqueles que a têm para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. A seguir, disse inequívoca a pertinência

ADPF 54 / DF

temática, de vez que congrega, no ápice da pirâmide das entidades sindicais, os trabalhadores na saúde, incluídos médicos, enfermeiros e outros que atuem no procedimento da antecipação terapêutica do parto, sujeitando-se, em visão imprópria, à ação penal pública, considerado o tipo aborto. Então, discorrendo sobre o cabimento da medida, empolgou a requerente o artigo 1º da Lei nº 9.882/99:

Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Procura mostrar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental afigura-se ação análoga às ações diretas também previstas na Lei Máxima, viabilizando a atuação abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. Assevera o preenchimento dos três pressupostos concernentes à argüição: a) ameaça ou violação de preceito fundamental; b) ato do Poder Público capaz de provocar a lesão e c) ausência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Após digressão sobre diversos itens, voltou a requerente à tecla da dignidade da pessoa humana – artigo 1º, IV -, da liberdade decorrente do princípio da legalidade – artigo 5º, II -, e do direito à saúde - 6º e 196. No tocante à existência de ato do Poder Público, presentes os artigos 124, 126, cabeça, e 128, I e II, do Código Penal, mais uma vez remeteu à glosa penal, se interrompida a gravidez. À luz da cláusula limitadora do § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99 – “não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” –, fez referência ao caráter vinculante e contra todos da decisão proferida na argüição de descumprimento de preceito fundamental, salientando que uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva não encontra definição final em tempo hábil a viabilizar o objetivo almejado. A inicial contém itens, a saber: a) dignidade da pessoa

ADPF 54 / DF

humana; analogia à tortura; b) legalidade, liberdade e autonomia da vontade; c) direito à saúde. O pleito final versa sobre a técnica da interpretação conforme a Constituição, assentada a premissa de que apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo do crime de aborto. Evocou Nelson Hungria, em “Comentários ao Código Penal”:

Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.

A seguir, argüiu a desinteligência de julgados, citando o exemplo estampado no *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa, cujo desfecho, antes que o julgamento nesta Corte pudesse ocorrer, deu-se com o término da gravidez, vindo o feto anencéfalo a falecer minutos após o parto. A requerente buscou a concessão de medida acauteladora, dizendo sobre o concurso do sinal do bom direito e do risco de se manter o quadro, sujeitando-se a mãe e todos aqueles que participem da antecipação terapêutica do parto a processo-crime, aspecto a evidenciar o risco. O pedido principal é de, ante os preceitos fundamentais, declarar-se que os artigos 124, 126, 128, I e II, do Código Penal, interpretados a ponto de alcançar tal antecipação terapêutica, são inconstitucionais. Sob o ângulo da eventualidade, em caráter sucessivo, pleiteou o recebimento da inicial como a revelar ação direta de inconstitucionalidade, pretendendo interpretação conforme a

ADPF 54 / DF

Constituição daqueles artigos do Código Penal, sem redução de texto. Refutou, tomando-a como imprópria ao caso, jurisprudência sobre a inadequação da ação direta de inconstitucionalidade relativa a ato normativo abstrato anterior à Carta em vigor. Segundo a óptica da requerente, não é válido assim concluir quando se cuida do envolvimento de interpretação conforme a Constituição. E explicou: “é que, nesse caso, não se postula a retirada da norma do sistema jurídico nem se afirma que ela seja inconstitucional no seu relato abstrato. A norma permanece em vigor, com a interpretação que lhe venha a dar a Corte”. O fecho da peça inicial fez-se com o seguinte teor: “por fim, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, a CNTS se coloca à disposição de V. Exa. para providenciar a emissão de pareceres técnicos e/ou a tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria, caso se entenda necessário”.

Quando já em férias coletivas o Tribunal, prolatei a seguinte decisão:

**ARGUÏÇÃO DE DESCUMPRIMENTO
DE PRECEITO FUNDAMENTAL –
LIMINAR – ATUAÇÃO INDIVIDUAL –
ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO
REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI
Nº 9.882/99.**

**LIBERDADE – AUTONOMIA DA
VONTADE – DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA – SAÚDE - GRAVIDEZ –
INTERRUPÇÃO – FETO
ANENCEFÁLICO.**

1. Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS formalizou

ADPF 54 / DF

esta argüição de descumprimento de preceito fundamental considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto. Em nota prévia, afirma serem distintas as figuras da antecipação referida e o aborto, no que este pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Consigna, mais, a própria legitimidade ativa a partir da norma do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, segundo a qual são partes legítimas para a argüição aqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República, alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. No tocante à pertinência temática, mais uma vez à luz da Constituição Federal e da jurisprudência desta Corte, assevera que a si compete a defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a categoria profissional dos trabalhadores na saúde, juntando à inicial o estatuto revelador dessa representatividade. Argumenta que, interpretado o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as agruras decorrentes do enquadramento no Código Penal. Articula com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante

ADPF 54 / DF

dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana – a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde – o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Já os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal – artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II -, notando-se que, principalmente quanto às famílias de baixa renda, atua a rede pública.

Sobre a inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, sem incompreensões, evoca a Confederação recente acontecimento retratado no *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, declarado prejudicado pelo Plenário, ante o parto e a morte do feto anencefálico sete minutos após. Diz da admissibilidade da ANIS – Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero como *amicus curiae*, por aplicação analógica do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

Então, requer, sob o ângulo acautelador, a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia. O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em

ADPF 54 / DF

casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteia a argüente, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente.

A argüente protesta pela juntada, ao processo, de pareceres técnicos e, se conveniente, pela tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria. À peça, subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, credenciado conforme instrumento de mandato – procuração – de folha 26, anexaram-se os documentos de folha 27 a 148.

O processo veio-me concluso para exame em 17 de junho de 2004 (folha 150). Nele lancei visto, declarando-me habilitado a votar, ante o pedido de concessão de medida acauteladora, em 21 de junho de 2004, expedida a papeleta ao Plenário em 24 imediato.

No mesmo 17 de junho, prolatei a seguinte decisão:

**AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL –
INTERVENÇÃO DE TERCEIRO –
REQUERIMENTO – IMPROPRIEDADE.**

ADPF 54 / DF

1. Eis as informações prestadas pela Assessoria:

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB – requer a intervenção no processo em referência, como *amicus curiae*, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias.

2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal.

3. Indefiro o pedido.

4. Publique-se.

A impossibilidade de exame pelo Plenário deságua na incidência dos artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno e artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, diante do perigo de grave lesão.

2. Tenho a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS como parte legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na previsão do inciso I do

ADPF 54 / DF

artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de novembro de 1999. Incumbe-lhe defender os membros da categoria profissional que se dedicam à área da saúde e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal.

Quanto à observação do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, ou seja, a regra de que não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é emblemático o que ocorreu no *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para abreviar o parto. A via-crúcis prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. Na oportunidade, salientou:

A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero.

O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Ajuizado *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a óptica, assentando:

ADPF 54 / DF

HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO.

DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o *writ* se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.

2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.

3. A legislação penal e a própria

ADPF 54 / DF

Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal.

4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.

Daí o *habeas* impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, na assentada de julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso, que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos.

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro

ADPF 54 / DF

de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes – artigo 3º da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo.

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a

ADPF 54 / DF

minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretantes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de

ADPF 54 / DF

fundo da própria argüição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.

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

3. Ao Plenário para o crivo pertinente.

4. Publique-se.

ADPF 54 / DF

Após incidentes sobre intervenção de terceiros, submeti o processo ao Pleno, para referendo da liminar, em 2 de agosto de 2004, e o Colegiado deliberou aguardar-se o julgamento final – certidão de folha 167.

O então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, emitiu parecer assim sintetizado:

1. O pleito, como apresentado, não autoriza o recurso à interpretação conforme a Constituição: considerações.

2. Anencefalia. Primazia jurídica do direito à vida: considerações.

3. Indeferimento do pleito.

Em peça de 27 de setembro do corrente ano, veio o Procurador-Geral da República a requerer a submissão do processo ao Plenário em questão de ordem, para definir-se, preliminarmente, a adequação da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Prolatei a seguinte decisão a respeito:

**AUDIÊNCIA PÚBLICA – INTERRUPÇÃO
DA GRAVIDEZ – ANENCEFALIA.**

1. Em 17 de junho do corrente ano, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS formalizou argüição de descumprimento de preceito fundamental, indicando como vulnerados os artigos 1º, inciso IV (dignidade da pessoa humana), 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), 6º, cabeça, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal, e, como a causar lesão a esses princípios, o conjunto normativo representado pelos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/40.

ADPF 54 / DF

Presente a antecipação terapêutica do parto no caso de feto anencéfalo e a possível glosa penal, requereu pronunciamento a conferir interpretação conforme a Carta da República das normas do Código Penal, afastando-as no caso de se constatar a existência de feto anencéfalo, de modo a viabilizar, com isso, a atuação médica interruptiva da gravidez. Ressaltou a ausência de instrumental próprio para lograr tal finalidade, citando o ocorrido com a apreciação do *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, relatado pelo ministro Joaquim Barbosa, quando o Plenário, ante o termo da gestação e a morte do feto anencéfalo, declarou o prejuízo da medida. Pleiteou a concessão de medida acauteladora, tendo em conta a dinâmica da vida. A inicial fez-se acompanhada dos documentos de folha 26 a 148.

Em 21 de junho de 2004, consignei, à folha 151, a confecção de relatório e voto em fita magnética, declarando-me habilitado a submeter o pedido acautelador ao Plenário.

Em peça protocolizada em 23 de junho de 2004, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, reportando-se ao § 1º do artigo 6º da Lei nº 9.882/99, solicitou fosse admitida no processo como *amicus curiae*, o que foi indeferido por meio da decisão de folha 156.

O encerramento do semestre judiciário sem o referido exame pelo Colegiado levou-me ao exercício monocrático do crivo, vindo a implementar a tutela de urgência, remetendo-a à análise do Plenário (folha 158 a 164).

De acordo com a certidão de julgamento de folha 167, em 2 de agosto de 2004, ou seja, na abertura do segundo semestre judiciário do ano em curso, o Plenário deliberou, sem voto discrepante, em apreciar o tema em

ADPF 54 / DF

definitivo, abrindo-se vista do processo ao Procurador-Geral da República.

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, ainda durante as férias coletivas de julho, requereu a reconsideração do ato mediante o qual não foi admitida como *amicus curiae*, havendo despachado o Presidente no sentido de se submeter tal requerimento ao relator (folha 169). Com a decisão de folhas 171 e 172, foi mantido o indeferimento. A CNBB solicitou a juntada de cópia do respectivo estatuto civil (folha 174).

Católicas pelo Direito de Decidir pleiteou também a integração ao processo (folha 177 a 182). Seguiu-se a decisão de folha 202, a resultar no indeferimento do pedido. Teve idêntico desfecho pretensão semelhante externada pela Associação Nacional Pró-vida e Pró-família (folha 204) e pela Associação do Desenvolvimento da Família (folha 231).

O parecer do Procurador-Geral da República, de folha 207 a 218, está assim sintetizado:

1. O pleito, como apresentado, não autoriza o recurso à interpretação conforme a Constituição: considerações.

2. Anencefalia. Primazia jurídica do direito à vida: considerações.

3. **Indeferimento** do pleito.

Em peça datada de 27 deste mês, o Procurador-Geral da República requereu a submissão do processo ao Plenário, em questão de ordem, para definir-se, preliminarmente, a adequação da Argüição de

ADPF 54 / DF

Descumprimento de Preceito Fundamental.

2. A matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. A repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimentos diversos, atuando a própria sociedade. Daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999:

Art. 6º (...)

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis

ADPF 54 / DF

de Campinas - CEMICAMP.

Cumpre, antes dessa providência, elucidar a pertinência da medida intentada, em face da provocação do Procurador-Geral da República. O princípio da economia e celeridade processuais direciona ao máximo de eficácia da lei com o mínimo de atuação judicante.

3. Ao Plenário, para designação de data, visando à apreciação da questão de ordem relativa à admissibilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

4. Publique-se.

À folha 507, saneei o processo e acionei o § 1º do artigo 6º da Lei nº 9.882/99, visando a proporcionar a participação, em audiência pública, das entidades representativas dos diversos segmentos sociais, religiosos e científicos, incluindo as que tiveram indeferido o pedido de intervenção no processo como terceiro. As sessões ocorreram em 26 e 28 de agosto de 2008 e em 4 e 16 de setembro imediato.

O primeiro dia de audiência pública destinou-se a entidades religiosas e sociológicas. Os trabalhos iniciaram com a oitiva dos Drs. Luiz Antônio Bento e Paulo Silveira Martins Leão Júnior, representantes da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Ambos defenderam a humanidade do feto em gestação, independentemente de má-formação, bem como o fato de a reduzida expectativa de vida não ter o condão de lhe negar direitos e identidade. Argumentaram que “a vida de cada indivíduo não é apenas um bem pessoal inalienável, mas também um bem social”, ou seja, cabe à própria sociedade a promoção e defesa dos direitos do feto portador de anomalia, não podendo o Estado julgar o valor intrínseco de uma vida pelas deficiências.

A seguir, o Dr. Carlos Macedo de Oliveira, representante da Igreja Universal do Reino de Deus, sustentou o livre arbítrio de todo ser humano. Disse prevalecer, nesse caso, o desejo da mulher, única capaz de dimensionar o impacto pessoal de uma gravidez de feto anencéfalo.

ADPF 54 / DF

Apontou as diferenças entre descriminalizar a citada espécie de aborto e torná-lo obrigatório para todas as mulheres, independentemente da opção religiosa, cultural ou social.

Na sequência, falou o Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes, professor adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e livre docente pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Observou que a Associação Médica Americana não aceita a equivalência da anencefalia à morte encefálica, tendo proibido a possibilidade de retirada dos órgãos de tais fetos para a realização de transplantes. Apontou a existência da Portaria nº 487, do Ministério da Saúde, cujo artigo 1º prevê que a retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato encefálico para fins de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível.

Na continuação da audiência, manifestou-se a Dra. Maria José Fontelas Rosado Nunes, professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq e diretora da Organização Não-Governamental Católicas pelo Direito de Decidir. Anotou que vários dos argumentos contrários à liberdade de escolha das mulheres no campo reprodutivo, embora se apresentem como oriundos de uma corrente laica, científica, seriam, na verdade, a expressão de uma doutrina e de uma moral religiosa específica. Ressaltou a circunstância de o Estado brasileiro caracterizar-se constitucionalmente como laico e o fato de as leis reguladoras da sociedade brasileira terem que refletir essa desvinculação. Alegou já haver consenso ético da sociedade brasileira acerca do tema no sentido favorável de caber à mulher a decisão quanto ao processo gestacional e ao próprio corpo.

Foram ouvidas, a seguir, as Doutoradas Irvênia Luíza de Santis Prada, médica ginecologista, e Marlene Rossi Severino Nobre, médica ginecologista, Chefe dos Serviços de Clínicas e de Patologia Clínica do Posto de Assistência Médica de Várzea do Carmo, São Paulo, atualmente no exercício da Presidência da Associação Médico-Espírita Internacional e

ADPF 54 / DF

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

Na sessão do dia 28 de agosto, foram ouvidas entidades científicas. O Dr. Roberto Luiz D'Ávila, representante do Conselho Federal de Medicina, fez referência à chamada judicialização da medicina – não é mais o médico e o paciente que resolvem os respectivos problemas ou questões, mas um magistrado, cuja opinião só será conhecida ao final de determinado período. Especificamente no tocante ao caso dos pais de feto portador de anencefalia, declarou que, em geral, as decisões não se coadunam com o desejo e não respeitam a autonomia dos pais e são constantemente postergadas a ponto de, quando proferidas, o bebê já ter nascido e morrido. Informou que, a partir da décima semana de gestação, é possível o diagnóstico da anencefalia. Alertou para o fato de que parcela dos médicos, não obstante se mostrar favorável à tese de não ser a interrupção de gravidez de feto anencéfalo enquadrável no Código Penal, recusa-se a realizar a intervenção por recear a responsabilização no âmbito criminal.

O Dr. Jorge Andalaft Neto, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, apontou que as mulheres gestantes de feto anencéfalo apresentam maiores variações do líquido amniótico, hipertensão e diabetes, durante a gestação, bem como aumento das complicações no parto e no pós-parto e consequências psicológicas severas, com oito vezes mais risco de depressão. Relata que, segundo a FEBRASGO, a interrupção da gestação de feto anencéfalo constitui direito de cidadania.

Consoante asseverou o Dr. Heverton Neves Petterson, representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, há possibilidade de identificar a patologia fetal a partir da oitava semana gestacional, desde que o

ADPF 54 / DF

médico possua razoável conhecimento de embriologia e exista à disposição um bom aparelho de ultrassonografia. Observou que, para a medicina, o feto anencéfalo pode ser considerado natimorto neurológico, diante da inviabilidade de alteração no diagnóstico e de formação de massa encefálica.

A seguir, o então Deputado Federal Luiz Bassuma, Presidente da Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto manifestou-se a favor do direito inviolável à vida. Acrescentou que, recentemente, o Estado brasileiro referendou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – circunstância que alcançaria a situação dos anencéfalos –, mediante a qual se impõe à República Federativa do Brasil e à sociedade o dever de assegurar o direito de igualdade de oportunidade aos deficientes.

Na sequência, falou pela Sociedade Brasileira de Genética Clínica o Dr. Salmo Raskin. Relatou que a anencefalia é a maior causa de má-formação congênita no primeiro trimestre de gestação e que, a cada três horas, nasce, no Brasil, uma criança anencéfala. Fez comentários, ainda, a respeito de como e por que acontece a anencefalia; quais as má-formações a ela associadas; quando e como pode ser prevenida e qual o papel desempenhado pelo médico geneticista durante todo este processo. Salientou a impossibilidade de doação dos órgãos de feto anencéfalo.

Na continuação dos trabalhos, ouviu-se o então Deputado Federal José Aristodemo Pinotti, saudoso professor titular por concurso emérito da Universidade de São Paulo e da Universidade Estadual de Campinas, oportunidade na qual destacou haver dois diagnósticos de certeza, atualmente, na ecografia obstétrica: o óbito fetal e a anencefalia. Disse inexistir presunção de vida pós-parto também no caso dessa última. Destacou que, a partir da 12^a semana de gestação, exames ecográficos podem detectar a presença de qualquer anomalia incompatível com a vida extrauterina. Enfatizou não possuir a medicina fetal viés eugênico, pelo contrário, busca efetuar sempre procedimentos cirúrgicos dentro do útero a fim de tratar e proporcionar melhor condição de vida aos fetos. Insistiu na questão relativa ao aumento dos riscos para a mulher cuja

ADPF 54 / DF

gravidez é de feto anencéfalo e informou alcançar índices altíssimos a mortalidade materna no país, sendo, por exemplo, trinta vezes maior do que a observada em Portugal. Ressaltou estimar-se que se praticam no Brasil, anualmente, entre um milhão e um milhão e meio de abortos. Concluiu não ser adequado o uso da terminologia “aborto” para cuidar do caso da interrupção antecipada da gravidez de feto anencéfalo, haja vista não possuir o embrião potencialidade de vida. Salientou ter apresentado projeto de lei, perante o Congresso Nacional, acerca da matéria, fazendo-o com o intuito de garantir a dignidade da pessoa humana mediante a possibilidade de a mulher optar pela manutenção, ou não, da citada gestação ciente da maior quantidade possível de informação sobre os riscos à saúde.

A professora Lenise Aparecida Martins Garcia, titular do Departamento de Biologia Molecular da Universidade de Brasília, representando o Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem aborto, asseverou que o respeito à vida do feto portador de anencefalia deve ser defendido não só por correntes religiosas ou humanísticas, mas também pela comunidade científica, por prudência, ante a falta de profundidade nos estudos sobre essa matéria até o momento. Apontou descaber o uso da nomenclatura “antecipação terapêutica do parto”, pois o caso seria de aborto eugênico.

Após, falou pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência o Dr. Thomaz Rafael Gollop. Buscou demonstrar a não ocorrência de atividade cortical no feto anencéfalo, semelhante a um morto cerebral, aludindo ao eletroencefalograma. Existiria somente vida visceral – meramente vegetativa – capaz de fazer bater o coração e respirar. Afirmou a pretensão da Sociedade em ver assegurado o direito à escolha dos pais diante de diagnóstico irrefutável.

Por último, ouviu-se a Dra. Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília, doutora em Antropologia e pós-doutora em Bioética. A representante do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS relembrou o impacto do diagnóstico nas mulheres grávidas de feto com anencefalia e discorreu acerca da chamada

ADPF 54 / DF

“experiência da tortura” a que são submetidas. Insistiu na necessidade de se entender a decisão pela antecipação do parto como matéria de ética privada, vale dizer, a escolha, apesar de dever ser protegida pelo Supremo, cabe a cada mulher. Concluiu, por fim, defendendo que a laicidade do Estado brasileiro significa reconhecer que, para a vida pública, a neutralidade é um instrumento de segurança e, nesse caso, de proteção à saúde e à dignidade das mulheres.

A terceira sessão de audiência pública sobre a antecipação terapêutica do parto de fetos com anencefalia, em 4 de setembro, foi aberta com a oitiva do então Ministro de Estado da Saúde, José Gomes Temporão. Sua Excelência reportou-se brevemente às condições do Sistema Único de Saúde para identificar a má-formação fetal incompatível com a vida. Descreveu como acontece o atendimento às gestantes com o referido diagnóstico. Assegurou estar o Sistema totalmente capacitado para reconhecer, com absoluta segurança, a disfunção no exame pré-natal, cuja repetição é obrigatória após o resultado positivo. Disse haver assistência multidisciplinar às grávidas, durante a gestação e depois do parto, ou quando tomada a decisão de antecipá-lo. Consoante ressaltou, o procedimento é feito, atualmente, apenas mediante autorização judicial. Afirmou ser a posição do Ministério da Saúde favorável à antecipação terapêutica do parto. Apontou, entre outras razões, a “dolorosa experiência de manejo de situações em que mães são obrigadas a levar sua gestação a termo, mesmo sabendo que o feto não sobreviverá após o parto”.

A jornalista Cláudia Werneck, pós-graduada em Comunicação e Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz, representando a Escola de Gente – Comunicação em Inclusão, defendeu não ser a antecipação terapêutica do parto um ato de discriminação com base na deficiência. Afirmou descaber falar em negação do direito à vida, quando há total ausência de expectativa de vida extrauterina. Asseverou não se aplicar aos anencéfalos a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, vigente no Brasil desde 9 de julho de 2008, pois visa a eliminar as barreiras que impedem a plena e efetiva

ADPF 54 / DF

participação dos portadores de deficiência na sociedade. Argumentou, mais, que a finalidade da Convenção é oferecer condições de melhorar a qualidade de vida desses indivíduos, integrando-os ao meio apesar da limitação, e afastar o preconceito. Não estaria voltada, portanto, a garantir o nascimento de quem não possui expectativa de vida.

A Dra. Ieda Therezinha explicou ser a anencefalia o não fechamento da parte cefálica do tubo neural. Consoante afirmou, só se chega à precisão desse diagnóstico ao final do primeiro trimestre de gestação. Defendeu ter o feto anencéfalo expectativa de vida variável, a depender do que se forma de hipófise na base do cérebro. Nesse sentido, o percentual de fetos nascidos vivos nessa condição seria de 40% a 60%. Após o nascimento, somente 8% sobreviveriam por pequeno lapso temporal. Aludiu ao fato de a unidade feto-placentária ser inteiramente controlada pelo corpo materno e explicou como se dá a interação feto/organismo da mulher, de que modo ocorre a produção dos hormônios. Ressaltou a importância da progesterona e do estrogênio na manutenção da gravidez. Alertou para a circunstância de o feto portador de anencefalia não conseguir liberar os precursores hormonais necessários. Mesmo assim, independentemente dessa situação, observou cuidar-se de vida humana e, por conseguinte, descaberia utilizar conhecimento médico para violar-lhe a integridade física. Asseverou não serem controlados pelo Governo os fatores ambientais e sociais que levam à “construção” do feto anencéfalo. Citou a má qualidade do saneamento básico, a grande quantidade de agrotóxicos lançados na agricultura, especialmente os organoclorados, e a não inserção de níveis razoáveis de ácido fólico na alimentação das mulheres em idade fértil. Apontou, por fim, a impossibilidade de avaliar o ser humano apenas pela eficiência, o que provocaria uma diminuição de seu *status*.

A Dra. Lia Zanotta Machado baseou a apresentação nos depoimentos de cinquenta e oito mulheres de nove Estados brasileiros que, com fundamento na liminar concedida na presente ação, decidiram interromper a gravidez. Expôs o relato de quatro mulheres – Érica, Michele, Camila e Dulcinéia –, destacando o modo como lidaram com o

ADPF 54 / DF

fato de estarem gerando um feto portador da anomalia. Consoante afirmou, as mulheres entrevistadas tinham o desejo de decidir por si sós o caminho a ser seguido. Em razão da medida acauteladora deferida, optaram pela interrupção da gestação, verbalizando que, ao fazerem o procedimento, “tiraram o peso do mundo de suas costas”, “aquietaram aquilo que estava se passando”. Asseverou estarem as mencionadas mulheres cientes dos riscos à saúde física e psíquica e terem diferenciado o evitável do inevitável, a tragédia da tortura. Isto é, “de um lado, o inevitável da tragédia e, de outro, o sofrimento desnecessário e evitável da continuidade da gravidez com diagnóstico de morte cerebral. Quiseram a supressão da situação torturante”. Ressaltou não possuir o sofrimento involuntário o condão de dignificar ninguém. Evidenciou que se encontravam presentes à audiência pública Michele Gomes de Almeida, uma das entrevistadas, e o esposo, Ailton Maranhão de Almeida. A ambos foi dada a oportunidade de falar. Michele defendeu a tese de que “a mulher tem que ter livre escolha de decisão” e Ailton, de que a decisão final deve competir exclusivamente ao casal.

A apresentação da Dra. Cinthia Macedo Specian referiu-se aos defeitos do fechamento do tubo neural, em especial, à anencefalia. Salientou que a não formação da calota craniana acarreta a exposição da massa neural rudimentar ao líquido amniótico dentro da bolsa gestacional, fazendo com que a formação da massa nervosa ocorra simultaneamente à degeneração hemorrágica e fibrótica. Aduziu que os bebês nascidos vivos com diagnóstico de anencefalia possuem sinais clínicos de atividade cerebral, por exemplo, reação pupilar, movimento ocular espontâneo, resposta auditiva, sucção e respiração espontânea. Sustentou que o protocolo para o diagnóstico de morte encefálica indicado pelo Conselho Federal de Medicina só pode ser aplicado a um paciente que tenha mais de sete dias de vida extrauterina, sendo impossível fazê-lo no caso de feto anencéfalo.

O Dr. Dernival da Silva Brandão, especialista em ginecologia e obstetrícia e em medicina do trabalho e Presidente da Comissão de Ética e Cidadania da Academia Fluminense de Medicina, defendeu que a

ADPF 54 / DF

interrupção do parto antes de o procedimento tornar-se viável é uma espécie de aborto – no caso do feto anencéfalo, aborto eugênico. Acrescentou que essa gravidez não causa maior perigo à mãe do que uma gestação gemelar. Sustentou não ter a reduzida expectativa de vida do feto o condão de limitar os direitos do nascituro.

Por último, a Dra. Jacqueline Pitanguy, socióloga e cientista política, representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, manifestou-se a favor da interrupção voluntária da gravidez em gestações de fetos anencéfalos, com fundamento no critério estabelecido pela Lei nº 9.434/97 para o reconhecimento de óbito. Assegurar o direito de escolha da mulher seria um ato de proteção e solidariedade à sua dor e ao seu sofrimento. Disse não caber ao Estado a interferência em questões relacionadas à ética privada e à intimidade, como são as decisões sobre a saúde, quando essa é colocada em risco.

A última sessão, no dia 16 de setembro, iniciou com a fala da Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, especialista em ginecologia e obstetrícia, ex-Secretaria de Saúde do Município de Jacaré e Diretora do Centro Interdisciplinar de Estudos Bioéticos do Hospital São Francisco/SP. Segundo assentou, não há a possibilidade de determinar a morte encefálica do feto anencéfalo nascido vivo. Apontou que os problemas decorrentes da manutenção de uma gravidez dessa espécie resolvem-se espontaneamente após o parto, mas as sequelas da antecipação do parto são permanentes. Sustentou que o caso é de aborto eugênico e que se pretende, com a descriminalização, estabelecer um controle de natalidade.

A Dra. Eleonora Menecucci de Oliveira, socióloga, professora titular do Departamento de Medicina Preventiva da Universidade de São Paulo e representante da Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos, assegurou que, em uma gestação de feto anencéfalo, a mulher fica exposta a vários problemas de saúde, inclusive, ao risco de morte. Defendeu que a mulher, encontrando-se em situação limítrofe de vulnerabilidade, é a única capaz de avaliar para si própria o sofrimento e o medo do citado momento.

ADPF 54 / DF

A então Secretária Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República e Presidente do Conselho Nacional de Direitos da Mulher, Dra. Nilcéa Freire, asseverou que, desde 2004, o citado Conselho afirmou ser favorável à interrupção da gravidez quando a gestação é de feto anencéfalo, respeitando-se o direito de escolha da mulher. Aludiu às conferências ocorridas no Brasil, das quais participaram cerca de 190.000 (cento e noventa mil) mulheres, cujas deliberações foram no sentido de formalizar requerimento com o objetivo de suscitar a revisão da legislação nacional que disciplina a interrupção da gravidez.

O Dr. Talvane Marins de Moraes, médico especialista em psiquiatria forense, livre-docente e doutor em psiquiatria pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, membro das Câmaras Técnicas de Perícia Médica e Medicina Legal do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro e representante da Associação Brasileira de Psiquiatria, foi o último a ser ouvido. Assim resumiu o drama da interrupção da gestação de feto anencéfalo em um caso concreto: “a interrupção da gravidez aconteceu porque a vida do bebê não era viável e não porque a gravidez era indesejada”. Realçou que, em nome da saúde mental da mulher, a Associação Brasileira de Psiquiatria defende a autodeterminação da gestante para decidir livremente sobre a antecipação terapêutica do parto em gravidez de feto anencéfalo e o dever do Estado em garantir-lhe assistência governamental em relação aos cuidados protetivos à respectiva saúde, em especial, à saúde mental. Esclareceu que a obrigatoriedade de levar a termo a gestação pode desencadear na mulher um quadro psiquiátrico grave, tido como forma de tortura.

No término da audiência pública, a arguente e a Advocacia-Geral da União, personificada, naquele ato, pela Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, fizeram as considerações finais, reafirmando os termos anteriormente expostos no processo.

Após a audiência, abri prazo, à folha 978, para a apresentação de razões finais.

A requerente, à folha 984, sustenta o não enquadramento da

ADPF 54 / DF

antecipação terapêutica da gravidez de anencéfalo às hipóteses previstas nos artigos 124 a 126 do Código Penal brasileiro. Segundo alega, a conduta não constitui aborto, considerada a inviabilidade do feto e a equivalência ao morto, presente a similitude com o conceito versado na Lei nº 9.434/97, relativa à remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Defende a interpretação evolutiva do direito penal quanto à matéria, a qual estaria alcançada na excludente de ilicitude contida no inciso I do artigo 128 do Código Penal, tendo em conta o estágio atual da ciência, capaz de diagnosticar a gestação de risco. Alude à dignidade da pessoa humana, a assegurar a integridade física e moral, e o direito fundamental da mulher à saúde, a afastar, na hipótese de anencefalia, a incidência dos tipos penais. Requer o acolhimento do pedido formulado na inicial, procedendo o Supremo à interpretação dos dispositivos do Código Penal que regem a matéria, no sentido da não incidência do tipo no caso de a gestante de feto anencéfalo, por deliberação própria, preferir interromper a gravidez. Acompanham a peça quadro sintético das manifestações extraídas da audiência pública.

A Advocacia-Geral da União, representada pelo então Advogado-Geral da União interino, Dr. Evandro Costa Gama, à folha 1010, manifestou-se no sentido da procedência do pedido formulado na inicial. Disse ser legítimo à gestante decidir sobre o prosseguimento da gravidez. Mencionou a participação do Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, na audiência, garantindo estar a rede pública de saúde preparada para diagnosticar com certeza a anomalia e atender à mulher, qualquer que seja a decisão quanto à gestação.

A Procuradora-Geral da República em exercício, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, à folha 1022, opinou pelo acolhimento integral do pedido. Apontou a possibilidade de certeza absoluta do diagnóstico prematuro e a incompatibilidade da anomalia com a vida extrauterina, conforme assegurado pelos especialistas ouvidos na audiência pública. Ressaltou a inexistência dos meios científicos aludidos quando da promulgação do Código Penal brasileiro, em 1940, a contemplar a

ADPF 54 / DF

hipótese da anencefalia como excludente de ilicitude, razão pela qual não poderia incidir o tipo na espécie. Consignou a inviabilidade, consideradas as liberdades públicas, de o Estado intervir nas relações privadas de modo a ofender o direito à liberdade, à privacidade e à autonomia reprodutiva, colocando em risco a saúde da gestante. Alfim, entendeu não violar o direito à vida a antecipação terapêutica do parto, ante a ausência de potencialidade de vida extrauterina. Por esse motivo, disse dever ser dispensável a autorização judicial para a intervenção médica quando diagnosticada a anomalia.

É o relatório.

11/04/2012**PLENÁRIO****ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL****V O T O**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Padre Antônio Vieira disse-nos: *“E como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde o seu princípio nasceram juntas com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar um momento, mas com perpétuo moto, e resolução insuperável passar, e ir passando sempre”* – Sermão da Primeira Domingo do Advento.

A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem.

Para não haver dúvida, faz-se imprescindível que se delimite o objeto sob exame. Na inicial, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal[1]

ADPF 54 / DF

(Decreto-Lei nº 2.848/40) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretende-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

Destaco a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme à Constituição. Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Apesar de alguns autores utilizarem expressões “aborto eugênico ou eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia.

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.

Na discussão mais ampla sobre o aborto, consoante salientam Telma Birchall e Lincoln Farias, incumbe identificar se existe algum motivo que autorize a interrupção da gravidez de um feto sadio. No debate sobre a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, o enfoque mostra-se diverso. Cabe perquirir se há justificativa para a lei compelir a mulher a manter a gestação, quando ausente expectativa de vida para o feto.[2]

ADPF 54 / DF

Conforme Luís Carlos Martins Alves Júnior, cumpre indagar se a mulher que se submete à antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo deve ser presa e ainda se a possibilidade de prisão reduziria a realização dos procedimentos médicos ora em discussão.[3]

Senhor Presidente, na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa. Começemos pelo Estado laico.

1. A República Federativa do Brasil como Estado laico

“Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”,
Evangelho de São Marcos, capítulo XII, versículos 13 a 17

Nas palavras de De Plácido e Silva: “LAICO. Do latim *laicus*, é o mesmo que leigo, equivalendo ao sentido de secular, em oposição ao de bispo, ou religioso[4]”.

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, inicia-se com “EM NOME DA SANTÍSSIMA TRINDADE” e, no artigo 5º, preconiza que “A Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, *sem forma alguma exterior do Templo*” (grifei).

José Afonso da Silva, ao comentá-la, assevera[5]:

... realmente, a Constituição Política do Império estabelecia que a Religião Católica Apostólica Romana era a Religião do Império (art. 5º), com todas as conseqüências derivantes dessa qualidade de Estado confessional, tais como a de que as demais religiões seriam simplesmente toleradas, a de que o Imperador, antes de ser aclamado, teria que jurar manter aquela religião (art. 103), a de que competia ao Poder Executivo nomear os

ADPF 54 / DF

bispos e prover os benefícios eclesiásticos (art. 102, II), bem como conceder ou negar os beneplácitos a atos da Santa Sé (art. 102, XIV), quer dizer, tais atos só teriam vigor e eficácia no Brasil se obtivessem aprovação do governo brasileiro.

Apesar do disposto no artigo 5º, o artigo 179 da Constituição do Império assegurava a “inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança civil individual e a propriedade”. Da leitura dos incisos, verifica-se a liberdade de ação em geral, ainda que simplesmente formal[6].

Elza Galdino relembra que o Decreto nº 001144, de 11 de setembro de 1861, indicava a natureza tolerante do Império brasileiro. Transcrevo-o[7]:

Faz extensivos os efeitos civis dos nascimentos, celebrados na forma das leis do Império, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, e determina que sejam regulados o registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e óbitos das ditas pessoas bem como as condições necessárias para que os pastores de religiões toleradas possam praticar atos que produzam efeitos civis.

Antes de ser aclamado, cabia ao Imperador realizar o juramento de manter a religião católica como oficial e nacional, devidamente protegida, nos seguintes termos:

Juro manter a religião católica apostólica romana, a integridade, a indivisibilidade do Império, observar e fazer observar a Constituição Política da nação brasileira e mais leis do Império e prover ao bem geral do Brasil, quanto em mim couber (artigo 103 do Texto Maior de 1824).

Era tamanha a importância atribuída ao referido juramento que, na dicção da Lei Fundamental de 15 de outubro de 1827, seriam severamente punidos todos aqueles que contribuíssem para a sua destruição. Caso se

ADPF 54 / DF

tratasse de Ministros e Secretários de Estado, sobre eles recairia a acusação de traição[8].

Pode-se afirmar que, até então, o Brasil era um Estado religioso relativamente tolerante. Relativamente porque, embora estendesse os efeitos civis a atos religiosos em geral e permitisse a realização de cultos não católicos, limitava-os ao âmbito doméstico e aos templos, proibindo qualquer manifestação não católica exterior.

No limiar da transição do Império para a República, o Estado brasileiro houve por bem separar-se da Igreja, conforme evidencia a ementa do Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, o qual:

Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências.

Registro histórico interessante é a correspondência entre Dom Marcelo Costa, Bispo do Pará, e Ruy Barbosa, Ministro do Governo Provisório incumbido de redigir o decreto do qual adviria a separação entre o Estado e a Igreja. Em 22 de dezembro de 1889, Dom Marcelo Costa, impossibilitado de comparecer a certa reunião, enviou carta ao Ministro manifestando-se acerca do “decreto de separação”:

Não desejo a separação, não dou um passo, não faço um aceno para que se decrete no Brasil o divórcio entre o Estado e a Igreja. Tal decreto alterando profundamente a situação da Igreja poderia causar grande abalo no país. Talvez fosse de melhor prudência, de melhor política e até mais curial reservar esse assunto para a próxima assembléia constituinte. Mas, se o Governo Provisório está decidido a promulgar o decreto, atenda-se o mais possível à situação da Igreja, adquirida entre nós, há cerca de três séculos. É evidente que sob o pretexto de liberdade religiosa não devemos ser esbulhados[9].

A laicidade, que não se confunde com laicismo[10], foi finalmente alçada a princípio constitucional pela Constituição da República dos

ADPF 54 / DF

Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, cujo artigo 11, § 2º, dispôs ser vedado aos Estados e à União “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”. Desde então, todos os textos constitucionais reproduziram o conteúdo desse artigo – a Constituição de 1934 fê-lo no artigo 17, incisos II e III[11], ampliando a proibição aos entes municipais; o Texto Maior de 1937 menciona-o no artigo 32, alínea “b”[12]; a Carta de 1946 dispôs a respeito do tema no artigo 31, incisos II e III, referindo-se, pela primeira vez, ao Distrito Federal[13]; no Diploma Constitucional de 1967[14] e na Emenda Constitucional nº 1/69[15], o preceito ficou no artigo 9º, inciso II.

Na mesma linha, andou o Constituinte de 1988, que, sensível à importância do tema, dedicou-lhe os artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, embora, àquela altura, já estivesse arraigada na tradição brasileira a separação entre Igreja e Estado. Nos debates havidos na Assembleia Nacional Constituinte, o Presidente da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Antônio Mariz, enfatizou:

o fato de a separação entre Igreja e Estado estar hoje incorporada aos valores comuns à nacionalidade, não é suficiente para eliminar do texto constitucional o princípio que a expressa.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 consagra não apenas a liberdade religiosa – inciso VI do artigo 5º –, como também o caráter laico do Estado – inciso I do artigo 19. Citados preceitos estabelecem:

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, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e

ADPF 54 / DF

garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

[...]

Pois bem, Senhor Presidente, não obstante tais dispositivos, o preâmbulo da atual Carta alude expressamente à religião cristã. Eis o teor:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

No entender de Pinto Ferreira, “(...) o preâmbulo é parte integrante da Constituição e tem a sua significação política, como uma reprodução altamente clara do conteúdo da Constituição em forma popular”[16]. Antes, João Barbalho anotara não ser o preâmbulo “(...) uma peça inútil

ADPF 54 / DF

ou de mero ornato na construção dela [Constituição]; as simples palavras que o constituem resumem e proclamam o pensamento primordial e os intuitos dos que a arquitetaram”[17].

A despeito de tais opiniões, essa não foi a posição abraçada por este Supremo quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC, da relatoria do Ministro Carlos Velloso [18]. Na ocasião, o Tribunal explicitou que a menção a Deus carece de força normativa, conforme se depreende da ementa:

CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Naquela assentada, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence asseverou que a “locução ‘sob a proteção de Deus’ não é norma jurídica, até porque não se teria a pretensão de criar obrigações para a divindade invocada. Ela é uma afirmação de fato jactanciosa e pretensiosa, talvez – de que a divindade estivesse preocupada com a Constituição do país”[19].

Conclui-se que, a despeito do preâmbulo, destituído de força normativa – e não poderia ser diferente, especialmente no tocante à proteção divina, a qual jamais poderia ser judicialmente exigida –, o Brasil é um Estado secular tolerante, em razão dos artigos 19, inciso I, e 5º, inciso VI, da Constituição da República. Deuses e césores têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro.

ADPF 54 / DF

Merece observação a temática afeta aos crucifixos e a outros símbolos religiosos nas dependências públicas. A discussão voltou à balha com a recente decisão do Conselho Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul no sentido da retirada dos símbolos religiosos dos espaços públicos dos prédios da Justiça estadual gaúcha. Ao contrário dos tempos imperiais, hoje, reafirmo, a República Federativa do Brasil não é um Estado religioso tolerante com minorias religiosas e com ateus, mas um Estado secular tolerante com as religiões, o que o impede de transmitir a mensagem de que apoia ou reprova qualquer delas[20].

Há mais. Causa perplexidade a expressão “Deus seja louvado” contida nas cédulas de R\$ 2,00, R\$ 5,00, R\$ 10,00, R\$ 20,00, R\$ 50,00 e R\$ 100,00, inclusive nas notas novas de R\$ 50,00 e R\$ 100,00, essas últimas em circulação a partir de 13 de dezembro de 2010. Em princípio, poder-se-ia cogitar de resquício da colonização portuguesa, quando era comum a emissão de moedas com legendas religiosas, ou de prática advinda do período imperial. Diligência junto ao Banco Central, no entanto, revelou que o Conselho Monetário Nacional – CMN, ao aprovar as características gerais das cédulas de Cruzados e de Cruzeiros, recomendou, de acordo com orientação da Presidência da República, que nelas fosse inscrita a citada locução. Nas cédulas de Cruzados, começou, então, a ser utilizada inclusive naquelas que tiveram a legenda adaptada: Cz\$ 10,00 (Rui Barbosa), Cz\$ 50,00 (Oswaldo Cruz) e Cz\$ 100,00 (Juscelino Kubitschek) – Voto CMN 166/86, Sessão 468, de 26 de junho de 1986. Quando voltou a vigorar o padrão Cruzeiro (1990), foi suprimida no início, inclusive nas que tiveram a legenda adaptada: Cr\$ 100,00 (Cecília Meireles), Cr\$ 200,00 (República) e Cr\$ 500,00 (Ruschi). Voltou a ser usada a partir da cédula de Cr\$ 50.000,00 (Câmara Cascudo), em 1992, com base no Voto CMN 129/91 – Sessão 525, de 31 de julho de 1991. No início do padrão Real, foi retirada, mas retornou, após a emissão de algumas séries, em observância ao pedido do Ministro da Fazenda (Aviso nº 395, de 30 de março de 1994, do Ministério da Fazenda, Voto BCB/221, Sessão 1.577, de 8 de junho de 1994, Comunicado MECIR 4.050, de 20 de julho de 1994).

ADPF 54 / DF

Vê-se, assim, que, olvidada a separação Estado-Igreja, implementou-se algo contrário ao texto constitucional. A toda evidência, o fato discrepa da postura de neutralidade que o Estado deve adotar quanto às questões religiosas. Embora não signifique alusão a uma religião específica, “Deus seja louvado” passa a mensagem clara de que o Estado ao menos apoia um leque de religiões – aquelas que creem na existência de Deus, aliás, um só deus, e o veneram –, o que não se coaduna com a neutralidade que há de ditar os atos estatais, por força dos mencionados artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, da Constituição da República. Desses dispositivos resulta, entre outras consequências, a proibição de o Estado endossar ou rechaçar qualquer corrente confessional. Consigno, para efeito de documentação, que ao término de 2011, o Ministério Público intercedeu objetivando esclarecimentos sobre a matéria. Porém, não houve, até aqui, desdobramento sob o ângulo da efetiva impugnação.

A laicidade estatal, como bem observa Daniel Sarmiento, revela-se princípio que atua de modo dúplice: a um só tempo, salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva do Estado nas respectivas questões internas – por exemplo, valores e doutrinas professados, a maneira de cultuá-los, a organização institucional, os processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos sacerdotes e membros – e protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático – no qual estão investidas as autoridades públicas – e qualquer igreja ou culto, inclusive majoritário[21].

Analisando o tema sob o primeiro ângulo, que garante a não intervenção estatal no âmbito religioso, este Tribunal, em meados da década de 50, consignou competir exclusivamente à autoridade eclesiástica resolver sobre normas da confissão religiosa. Nas palavras do relator do Recurso Extraordinário nº 31.179/DF, Ministro Hahnemann Guimarães, então ocupante desta cadeira e Professor da Nacional de Direito:

[A] autoridade temporal não pode decidir questão

ADPF 54 / DF

espiritual, surgida entre a autoridade eclesiástica e uma associação religiosa. Esta impossibilidade resulta da completa liberdade espiritual, princípio de política republicana, que conduziu à separação entre a Igreja e o Estado, por memorável influência positivista, de que foi órgão Demétrio Ribeiro, com o projeto apresentado ao Governo Provisório em 9 de Dezembro de 1889[22].

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não podem ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 – na qual se debateu a possibilidade de realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias –, o Supremo, a uma só voz, primou pela laicidade do Estado sob tal ângulo, assentada em que o decano do Tribunal, Ministro Celso de Mello, enfatizou de forma precisa:

nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o

ADPF 54 / DF

processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas (grifos no original).

Ao Estado brasileiro é terminantemente vedado promover qualquer religião. Todavia, como se vê, as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa não param aí – são mais extensas. Além de impor postura de distanciamento quanto à religião, impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las. Não se cuida apenas de ser tolerante com os adeptos de diferentes credos pacíficos e com aqueles que não professam fé alguma. Não se cuida apenas de assegurar a todos a liberdade de frequentar esse ou aquele culto ou seita ou ainda de rejeitar todos eles[23]. A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.

A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia.

Isso não quer dizer, porém, que a oitiva de entidades religiosas tenha sido em vão. Como bem enfatizado no parecer da Procuradoria Geral da República relativamente ao mérito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, “numa democracia, não é legítimo excluir qualquer ator da arena de definição do sentido da Constituição. Contudo, para tornarem-se aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos devem ser devidamente ‘traduzidos’ em termos de razões públicas” (folhas 1026 e 1027), ou seja, os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença.

ADPF 54 / DF**2. A anencefalia**

As informações e os dados revelados na audiência pública em muito contribuíram para esclarecer o que é anencefalia, inclusive com a apresentação de imagens que facilitaram a compreensão do tema. A anomalia consiste em 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.

Como esclareceu o Dr. Heverton Neves Pettersen[24], representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para o diagnóstico de anencefalia, consoante afirmou o especialista, “precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio”[25].

O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical. Conforme exposição do Dr. Thomaz Rafael Gollop[26] – representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Professor Livre Docente em Genética Médica da Universidade de São Paulo e Professor de Ginecologia da Faculdade de Medicina de Jundiaí –, no eletroencéfalo dos portadores da anomalia, há uma linha isométrica, como no caso de um paciente com morte cerebral. Assim, concluiu o especialista, “isto é a morte cerebral, rigorosamente igual. O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração”. [27]

O feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. O feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central "responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade." [28]

De acordo com Mário Sebastiani, alguns anencéfalos apresentam:

ADPF 54 / DF

estímulos dolorosos. Não obstante esta resposta se entende melhor como reflexo doloroso do tronco anencéfalo. Este pormenor é importante posto que implica apenas a existência de um arco reflexo, sem apreciação sensível ao estímulo. A sensação de dor necessita algo mais do que o tronco do cérebro (por exemplo, do tálamo) e o sofrimento exige um substrato neural necessário para perceber, como ameaça, a sensação da dor (neocórtex dos lóbulos frontais). Dado que o anencéfalo carece de tálamo, não há substrato neural para experimentar a dor, da mesma maneira que carece de substratos cerebrais indispensáveis para o raciocínio, a comunicação, o conhecimento e a sensibilidade em geral[29].

A anencefalia configura – e quanto a isso não existem dúvidas – doença congênita letal, pois não há possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior[30]. A afirmação categórica de que a anencefalia é uma malformação letal funda-se na explanação de especialistas que participaram da audiência pública.

O saudoso Deputado Federal e Professor Titular da Universidade de São Paulo e da Universidade de Campinas, Dr. José Aristodemo Pinotti[31], foi bastante elucidativo ao confirmar que há dois diagnósticos de certeza na ecografia obstétrica: o óbito fetal e a anencefalia[32]. Ante um diagnóstico de certeza de anencefalia, *inexiste presunção de vida extrauterina*. “Um feto anencéfalo não tem cérebro, não tem potencialidade de vida”[33]. Na parte final da fala do ilustre Professor, a arguente pediu que fossem confirmadas ou refutadas algumas proposições, entre elas a de que anencefalia é uma patologia letal em 100% dos casos. Sua Excelência foi enfático: “Letal, em cem por cento dos casos, quando o diagnóstico é correto”[34]. E ainda reiterou: “O feto anencéfalo, sem cérebro, não tem potencialidade de vida. Hoje, é consensual, no Brasil e no mundo, que a morte se diagnostica pela morte cerebral. Quem não tem cérebro, não tem vida”[35].

Na mesma linha se pronunciou o já referido representante da

ADPF 54 / DF

Sociedade de Medicina Fetal, Dr. Heverton Neves Pettersen[36], que afirmou: “nós consideramos o feto anencéfalo um natimorto neurológico. Do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central”.

Igualmente, o Dr. Thomaz Rafael Gollop[37], representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, foi peremptório: “anencefalia é uma das anomalias mais frequentes, mais prevalentes no nosso meio. Ela é incompatível com a vida, não há atividade cortical, corresponde à morte cerebral. Ninguém tem nenhuma dúvida acerca disso”.

Por sua vez, o Dr. Jorge Andalaft Neto, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia[38], asseverou: “A anencefalia é incompatível com a vida (...)”[39]. Dessa posição não divergiu o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão[40]. Consoante Sua Excelência, a “anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida do feto fora do útero”[41].

De fato, em termos médicos, há dois processos que evidenciam o momento morte: o cerebral e o clínico. O primeiro é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de causa conhecida, ainda que o tronco cerebral esteja temporariamente em atividade. O segundo é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com a finalização das atividades cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea, resultando em posterior necrose celular. Conforme a Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de 1997, do Conselho Federal de Medicina, os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deverão demonstrar, de modo inequívoco, a ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica cerebral ou, ainda, a inexistência de perfusão sanguínea cerebral.

Não foi por outra razão que o Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução nº 1.752/2004, consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais.

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter

ADPF 54 / DF

batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop[42], a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral[43].

E mais: o coração e a respiração dos anencéfalos perduram por pouco tempo – 75% não alcançam o ambiente extrauterino[44]. Dos 25% restantes, a maior parte tem cessados a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras 24 horas e os demais nas primeiras semanas[45]. Ainda que exista alguma controvérsia quanto a esses percentuais, haja vista o que exposto pela Dra. Ieda Therezinha[46] na audiência pública, é indubitável que os anencéfalos resistem muito pouco tempo fora do útero[47].

No célebre caso de Marcela – suposta portadora de anencefalia que teria sobrevivido por um ano, oito meses e doze dias –, o diagnóstico estava equivocado, consoante informaram renomados especialistas. Não se tratava de anencefalia no sentido corriqueiramente utilizado pela literatura médica, mas de meroencefalia. Vale dizer: o feto possuía partes do cérebro – cerebelo e pedaço do lóbulo temporal – que viabilizavam, embora precariamente, a vida extrauterina. Daí não se poder qualificá-lo, em sentido técnico, como feto anencéfalo, o qual jamais será dotado de tais estruturas. Em audiência pública, o Dr. Heverton Neves Pettersen[48] esclareceu:

E o caso clássico que tivemos no ano passado, da Marcela, está aí a tomografia já apresentada anteriormente, e posso provar aos Senhores e a Sua Excelência que é uma falsa ideia de anencéfalo, porque essa criança apresenta, como podemos ver na tomografia, região do cerebelo, tronco cerebral e um pedacinho de lóbulo temporal que faz parte dos hemisférios cerebrais. Então, isso não é diagnóstico de anencefalia[49].

Mais adiante, ratificou:

Se considerarmos que para o diagnóstico de anencéfalo tem de ter ausência dos hemisférios cerebrais, ausência de calota craniana, ausência de cerebelo e um tronco cerebral

ADPF 54 / DF

rudimentar – e a Marcela apresentava uma formação cerebelar com uma deficiência importante de sua formação, mas facilmente detectável nas imagens apresentadas, como também apresentava resquício do lóbulo temporal, que faz parte dos hemisférios cerebrais, podemos ver que ela não se classifica dentro do diagnóstico de anencéfalo, seria ali uma meroencefalia, uma meroacrania – mero significa porção -, segmento de um anencéfalo.[50]

O ponto também foi objeto da exposição do Professor Pinotti[51]. Ao ser indagado pelo Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do Tribunal, o douto especialista respondeu:

Senhor Presidente, realmente houve um erro diagnóstico no caso da Marcela. Isso foi comprovado aqui pelo Doutor Pettersen, que expôs claramente essa questão. Não era um feto anencéfalo.

Por outro lado, é perfeitamente possível, com aparelhos normais, por ecografistas, com o mínimo de experiência, ser feito um diagnóstico de certeza da anencefalia.

Cumprе rechazar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevivência extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. Na expressão da Dra. Lia Zanotta Machado, “deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia, não”[52]. De fato, a anencefalia

ADPF 54 / DF

mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não.

A corroborar esse entendimento, Cláudia Werneck[53] – representante da “Escola da Gente”, que tem como objetivo a inclusão, na sociedade, de pessoas com deficiência – asseverou que a anencefalia, por conta da total falta de expectativa de vida fora do útero, não pode ser considerada deficiência e, portanto, não cabe questionar se existe negação do direito à vida ou discriminação em função de deficiência[54]. Nas palavras peremptórias da representante da entidade que se dedica a combater discriminação contra deficientes, “é impossível constatar discriminação com base na deficiência quando não há expectativa de vida fora do útero”. [55]

Destarte, afasto, desde logo, a aplicação, na espécie, dos preceitos da Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas[56], especialmente os dispositivos abaixo transcritos para efeito de documentação:

Art. 6º.

1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.
2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

Art. 23.

1. Os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.
2. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os

ADPF 54 / DF

recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao estado da criança e as circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados.

Do mesmo modo, revela-se inaplicável a Constituição Federal no que determina a proteção à criança e ao adolescente, devendo a eles ser viabilizado 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, ficando a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ora, é inimaginável falar-se desses objetivos no caso de feto anencéfalo, presente a impossibilidade de, ocorrendo o parto, vir-se a cogitar de criança e, posteriormente, de adolescente.

Ainda sobre os contornos da anomalia, cumpre registrar que a anencefalia pode ser diagnosticada na 12^a semana de gestação[57], por meio de ultrassonografia, estando a rede pública de saúde capacitada para fazê-lo. Geralmente, os médicos preferem repetir o exame em uma ou duas semanas para confirmação. Trata-se de um diagnóstico de *certeza*, consoante enfatizaram doutos especialistas na audiência pública. A par dos depoimentos já reproduzidos, convém realçar as palavras do Dr. Thomaz Rafael Gollop[58]:

A ultra-sonografia disponível, sim, no Sistema Único de Saúde é 100% segura. Existem dois diagnósticos em Medicina Fetal que são absolutamente indiscutíveis: óbito fetal e anencefalia. Não há nenhuma dúvida para um médico minimamente formado estabelecer esse diagnóstico.

O ex-Ministro da Saúde José Gomes Temporão[59] rechaçou qualquer dúvida acerca da capacidade da rede pública de proceder ao diagnóstico. Disse Sua Excelência:

ADPF 54 / DF

O Sistema Único de Saúde tem plenas condições de oferecer, e oferece, diagnóstico seguro às mulheres durante o pré-natal. A imagem ecográfica é clara em diagnosticar um feto com anencefalia. Na Medicina fetal, há duas certezas de diagnóstico por imagem: o óbito fetal e a anencefalia.

[...]

No geral, o diagnóstico de anencefalia no feto é dado em torno da décima segunda semana de gestação. Os exames de rotina do pré-natal detectam a má-formação fetal e a mulher é informada do diagnóstico. Ela é, então, convidada a repetir os exames, que, em geral, são realizados por outras equipes médicas. Nos municípios onde existem hospitais de referência em Medicina fetal, a mulher é encaminhada para esses serviços. Posso assegurar que o diagnóstico de anencefalia resulta de exames feitos por mais de um médico e que o atendimento à paciente é conduzido por equipes de saúde multidisciplinares.

Constata-se que, para parcela significativa de renomados especialistas, há diagnóstico de certeza, estando a rede pública de saúde capacitada a realizá-lo, o que, por óbvio, não impede que órgãos e entidades competentes estabeleçam protocolos e cuidados a serem tomados para torná-lo ainda mais seguro. Tal medida será salutar.

Expostas as balizas da anencefalia, passemos aos possíveis argumentos favoráveis à proteção do anencéfalo, sempre tendo presente a laicidade do Estado.

3. Doação de órgãos de anencéfalos

Ao contrário do que sustentado por alguns, não é dado invocar, em prol da proteção dos fetos anencéfalos, a possibilidade de doação de seus órgãos[60]. E não se pode fazê-lo por duas razões. A primeira por ser vedado obrigar a manutenção de uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir, a mais não poder, a sua dignidade. A segunda por revelar-se praticamente

ADPF 54 / DF

impossível o aproveitamento dos órgãos de um feto anencéfalo. Essa última razão reforça a anterior, porquanto, se é inumano e impensável tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade, avulta-se ainda mais grave se a chance de êxito for praticamente nula.

Kant, em “Fundamentação à Metafísica dos Costumes”[61], assevera:

o homem, e, de maneira geral, todo o ser racional, existe como fim de si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade (...). Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio.

A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas alheias – premissa que não se confirma, como se verá –, não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana.

Maíra Costa Fernandes pondera sabiamente ser a doação ato intrinsecamente voluntário, jamais imposto, e salienta não aceitar o Direito brasileiro sequer a obrigatoriedade de doação de sangue ou de medula óssea – atos capazes de salvar inúmeras pessoas, os quais não reclamam sacrifício próximo ao da mulher obrigada a dar continuidade à gestação de um anencéfalo. Nessa linha, afirma, “qualquer restrição aos direitos da gestante sobre o próprio corpo retira toda a magnitude do ato de doar órgãos, espontâneo em sua essência”[62].

Débora Diniz[63] também é bastante precisa ao sintetizar a

ADPF 54 / DF

questão[64]:

O dever de gestação se converte no dever de dar a luz a um filho para enterrá-lo. Penalizá-la com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher, em relação a seu corpo e à sua dignidade como pessoa (...).

A circunstância de o feto anencéfalo ser comumente portador de diversas outras anomalias e de possuir órgãos menores do que os de fetos saudáveis praticamente impossibilita a doação de órgãos, conforme elucidaram em audiência pública os Drs. Salmo Raskin[65] e José Aristodemo Pinotti[66]. Cabe reproduzir, no ponto, os esclarecimentos do Dr. Salmo Raskin, representante da Sociedade Brasileira de Genética Médica[67]:

Os fetos anencefálicos não podem ser doadores de órgãos pelo que eu expus, porque são portadores, em grande parcela das vezes, de múltiplas malformações; referi-me àquelas que são detectáveis pelos métodos, sem falar nas alterações íntimas dos tecidos do corpo, que não podem ser detectadas, a não ser que se faça um exame extremamente complexo. Além disso, os órgãos dos fetos anencefálicos são menores, tanto que cerca de 80% dos anencefálicos nascem com retardo de crescimento intra-uterino. De modo que os órgãos deles não são órgãos que possam ser aproveitados para o transplante.

Não se olvida ter o Conselho Federal de Medicina, em 8 de setembro de 2004, aprovado a Resolução nº 1.752, cujo teor autoriza os médicos a efetuarem transplantes de órgãos de fetos anencéfalos. Porém, segundo o Parecer nº 24/2003, do qual resultou a Resolução:

Os critérios de morte encefálica, constantes da Resolução, CFM nº 1480/97, são baseados na ausência de atividade de todo o cérebro, incluindo, obviamente, o tronco cerebral. No

ADPF 54 / DF

anencéfalo não existe a possibilidade de aplicação dos critérios relativos a exames complementares de diagnóstico de morte encefálica, constantes nos artigos 6º e 7º da resolução supracitada, sejam os métodos gráficos (eletroencefalograma), sejam os métodos circulatorios, pela ausência de neocórtex, anormalidade da rede vascular cerebral e ausência de calota craniana. Restaria a utilização dos parâmetros clínicos de morte encefálica (coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia), respeitando-se a idade mínima de sete dias (artigos 4º e 5º). Entretanto, corroborando a total inadequação para essas situações, os anencéfalos morrem clinicamente durante a primeira semana de vida. Nesse estado, os órgãos estão em franca hipoxemia, “*tornando-se inúteis para uso em transplantantes*”. (grifei)

A solidariedade não pode, assim, ser utilizada para fundamentar a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo, seja porque violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, seja porque os órgãos dos anencéfalos não são passíveis de doação.

4. Direito à vida dos anencéfalos

Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natimorto cerebral*. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no *Habeas*

ADPF 54 / DF

Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.

Tal assertiva fica corroborada pelos ensinamentos de Nelson Hungria, que, na década de 50, já condicionava a configuração do tipo penal aborto à existência de potencialidade de vida. Diz ele[68]:

O interesse jurídico relativo à vida e à pessoa é lesado desde que se impede a aquisição da vida e da personalidade civil a um feto capaz de adquiri-las. Por outro lado, ainda que não se pudesse falar de vida em sentido especial ou próprio, relativamente ao feto, não deixaria de ser verdade que este é dotado de vida intra-uterina ou biológica, que também é vida, em sentido genérico. Quem pratica um aborto não opera 'in materiam brutam', mas contra um homem na 'ante-sala' da vida civil. O feto é uma pessoa virtual, um cidadão em germe. É um homem 'in spem'. Entre o infanticídio (eliminação de vida extra-uterina) e o aborto (eliminação da vida intra-uterina) a diferença é de apenas um grau, ou, como dizia CARRARA, de quantidade natural e de quantidade política.

E prossegue:

caso de gravidez extra-uterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto. Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse

ADPF 54 / DF

salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.
(grifei)[69]

Sábias palavras de Nelson Hungria, a repercutirem neste julgamento, verificado cerca de sessenta anos após.

É de conhecimento corrente que, nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina[70]. A literalidade do Código Penal de 1940 certamente está em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explica a ausência de dispositivo que preveja expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico. Não nos custa lembrar: estamos a tratar do mesmíssimo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher – da mulher, repito, não obstante a visão machista então reinante[71] –, estabeleceu como impunível o aborto provocado em gestação oriunda de estupro, quando o feto é plenamente viável.

Senhor Presidente, mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. No ponto, são extremamente pertinentes as palavras de Padre Antônio Vieira com as quais iniciei este voto. O tempo e as coisas não param. Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. Inconcebível, no campo do pensar, é a estagnação. Inconcebível é o misoneísmo, ou seja, a aversão, sem justificativa, ao que é novo.

Aliás, no julgamento da referida e paradigmática Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, acerca da pesquisa com células-tronco embrionárias, um dos temas espinhosos enfrentados pelo Plenário foi o do que pode vir a ser considerado vida e quando esta tem início. Ao pronunciar-me quanto à questão do princípio da vida, mencionei a possibilidade de adotar diversos enfoques, entre os quais: o da concepção, o da ligação do feto à parede do útero (nidação), o da formação das características individuais do feto, o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos, o da viabilidade em termos de persistência da gravidez e o

ADPF 54 / DF

do nascimento. Aludi ainda ao fato de, sob o ângulo biológico, o início da vida pressupor não só a fecundação do óvulo pelo espermatozóide como também a viabilidade, elemento inexistente quando se trata de feto anencéfalo, considerado pela medicina como natimorto cerebral, consoante opinião majoritária.

Ao término do julgamento, o Supremo, na dicção do Ministro Ayres Britto, proclamou acertadamente:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. *A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. (...). O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (Grifei)*

ADPF 54 / DF

Da leitura, destaco dois trechos. No primeiro, este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétreia está falando de direitos e garantias do **indivíduo-pessoa**, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’”. É certo, Senhor Presidente, que, no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa.

No segundo trecho, este Tribunal assentou que “a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”. Ora, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher, como se verá adiante.

Enfim, cumpre tomar de empréstimo o conceito jurídico de morte cerebral previsto na Lei nº 9.434/97[72], para concluir ser de todo impróprio falar em direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo, o qual é um natimorto cerebral.

De qualquer sorte, Senhor Presidente, aceitemos – apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública – a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, vida predominantemente intrauterina. Nesse contexto, uma vez admitido tal direito – premissa com a qual não comungo, conforme exposto à exaustão –, deve-se definir se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres em favor da preservação do feto anencéfalo, ou o contrário.

4.1 O caráter não absoluto do direito à vida

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra

ADPF 54 / DF

declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão.

Aliás, no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto. Apenas a título ilustrativo, vale mencionar decisão da Corte Constitucional italiana em que se declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma. Eis o que ficou consignado:

[...] o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto...

Ora, não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se.[73]

Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Para reforçar essa conclusão, basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos)[74], a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento.

ADPF 54 / DF

Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, “há que se distinguir (...) ser humano de pessoa humana (...) O embrião é (...) ser humano, ser vivo, obviamente (...) Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana”[75].

Assim, ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos – repito, premissa da qual discordo –, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria às pessoas e aos fetos em geral. Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo.

Passemos aos direitos da mulher que se contrapõem à preservação do feto anencéfalo.

5. Direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade

A Organização Mundial de Saúde, no Preâmbulo do ato fundador, firmado em 22 de julho de 1946, define saúde como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”[76]. No Plano de Ação da Conferência Mundial sobre população e desenvolvimento, realizado na cidade do Cairo, Egito, em 1994, além de reconhecerem-se como direitos humanos os sexuais e os reprodutivos, estabeleceu-se como princípio que “toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental”.

Sob o ângulo da saúde física da mulher, toda gravidez acarreta riscos[77]. Há alguma divergência se a gestação de anencéfalo é mais perigosa do que a de um feto sadio. A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira[78], ouvida no último dia de audiência pública, enfatizou os riscos inerentes à antecipação do parto e questionou a óptica segundo a

ADPF 54 / DF

qual a manutenção da gravidez do feto anencéfalo mostra-se mais perigosa[79].

O Dr. Jorge Andalaft Neto, mestre e doutor em obstetrícia pela Escola Paulista de Medicina, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, trouxe, por sua vez, dados da Organização Mundial de Saúde e do Comitê da Associação de Ginecologia e Obstetrícia Americana reveladores de que a gestação de feto anencéfalo envolve maiores riscos. De acordo com as informações por ele apresentadas, impor a manutenção da gravidez implica o aumento da morbidade bem como dos riscos inerentes à gestação, ao parto e ao pós-parto e resulta em consequências psicológicas severas.

Consoante defendeu o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão[80], a gravidez de feto anencéfalo “pode levar a intercorrências durante a gestação, colocando a saúde da mãe em risco num percentual maior do que na gestação normal”. O Dr. Talvane Marins de Moraes[81], igualmente, realçou ser de alto risco a gravidez de anencéfalo, até pela probabilidade bastante aumentada de o feto perecer dentro do útero[82].

Nessa linha, também são os esclarecimentos da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO. Segundo relatado, nesse tipo de gestação, é comum a apresentação fetal anômala – pélvico transverso, de face e oblíquos – ante a dificuldade de insinuação do polo fetal no estreito inferior da bacia[83]. Isso ocorre porque a cabeça do feto portador de anencefalia não consegue se “encaixar” de maneira adequada na pélvis, o que importa em um trabalho de parto mais prolongado, doloroso, levando, comumente, à realização de cesariana. Em 50% dos casos, a poli-hidrâmnio, ou aumento do líquido amniótico, está ligada à anencefalia, tendo em vista a maior dificuldade de deglutição do feto portador de referida anomalia, situação que também pode conduzir à hipertensão, ao trabalho de parto prematuro, à hemorragia pós-parto e ao prolapso de cordão.

Outros fatores associados à gestação de feto anencéfalo são doença hipertensiva específica de gravidez (DHEG) – que compromete o bem-estar físico da gestante –, maior incidência de hipertensão, diabetes,

ADPF 54 / DF

aumento de cerca de 58% de partos prematuros, elevação em 22% do número de casos de gravidez prolongada. Na literatura médica, há registro de gestação que se estendeu por mais de um ano, no qual o feto continuou em movimento até a hora do parto. Nas situações em que se observa a associação com poli-hidrâmnio e trabalho de parto prolongado, a incidência de hipotonia e hemorragia no pós-parto é de três a cinco vezes maior. Mais uma consequência identificada eventualmente nesse tipo de gravidez é o sangramento de grande monta no puerpério.

Constata-se a existência de dados merecedores de confiança que apontam riscos físicos maiores à gestante portadora de feto anencéfalo do que os verificados na gravidez comum.

Sob o aspecto psíquico, parece incontroverso – impor a continuidade da gravidez de feto anencéfalo pode conduzir a quadro devastador, como o experimentado por Gabriela Oliveira Cordeiro, que figurou como paciente no emblemático *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. A narrativa dela é reveladora[84]:

(...) Um dia eu não aguentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. O meu marido me pedia para parar, mas eu não conseguia. Eu saí na rua correndo, chorando, e ele atrás de mim. Estava chovendo, era meia-noite. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela [referindo-se à filha que gerava] no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. O meu marido tinha outro sonho. Ele sonhava que o bebê ia nascer com cabeça de monstro. Ele havia lido sobre anencefalia na internet. Se você vai buscar informações é aterrorizante. Ele sonhava que ela [novamente, referindo-se à filha] tinha cabeça de dinossauro. Quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram. Eu queria ter tirado uma foto dela [da filha] ao nascer, mas os médicos não deixaram. Eu não quis velório. Deixei o bebê na funerária a noite inteira e no outro dia enterramos. Como não fizeram o teste do pezinho na maternidade, foi difícil conseguir o atestado de óbito para enterrar.

ADPF 54 / DF

Relatos como esse evidenciam que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito.

Impedida de dar fim a tal sofrimento, a mulher pode desenvolver, nas palavras do Dr. Talvane Marins de Moraes, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria[85], “um quadro psiquiátrico grave de depressão, de transtorno, de estresse pós-traumático e até mesmo um quadro grave de tentativa de suicídio, já que não lhe permitem uma decisão, ela pode chegar à conclusão, na depressão, de autoextermínio”[86].

Na audiência pública, também foram reverberadas, entre outras, as vozes de três mulheres que, beneficiadas pela decisão liminar, optaram por antecipar o parto. São elas Érica, Camila e Michele, que expressaram, cada qual a sua maneira, a experiência vivida. Para Érica, continuar a gravidez “seria muito mais sofrimento. Minha barriga estaria crescendo, eu sentindo tudo e, no final, eu não ia tê-lo”[87]. Nas palavras de Camila, “o pior era olhar no espelho e ver aquela barriga, que não ia ter filho nenhum dela. Ela mexendo me perturbava muito. O meu maior medo era o de ter que levar mais quatro meses de gravidez, registrar, fazer certidão de óbito e enterrar horas depois de nascer”[88]. A antecipação do parto, disse Camila, “foi como se tirassem um peso muito grande das minhas costas; como se tivessem tirado com a mão o peso; parecia que eu estava carregando o mundo dentro de mim”[89]. Michele afirmou que, ao decidir interromper a gestação, nada mais fez do que “acquietar aquilo que estava se passando”[90].

Pesquisa realizada no hospital da Universidade de São Paulo, no

ADPF 54 / DF

período de janeiro de 2001 a dezembro de 2003, com pacientes grávidas de fetos portadores de anomalia incompatível com a vida extrauterina, dá conta de que 60% das entrevistadas não só experimentaram sentimento negativo – choque, angústia, tristeza, resignação, destruição de planos, revolta, medo, vergonha, inutilidade, incapacidade de ser mãe, indignação e insegurança – como também diriam a outra mulher, em idêntica situação, para interromper a gestação[91].

O sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que estudiosos do tema classificam como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo. Assim o fizeram, nas audiências públicas, a Dra. Jaqueline Pitanguy[92] e o Dr. Talvane Marins de Moraes[93]. Nas palavras da Dra. Jacqueline Pitanguy, “obrigar uma mulher a vivenciar essa experiência é uma forma de tortura a ela impingida e um desrespeito aos seus familiares, ao seu marido ou companheiro e aos outros filhos, se ela os tiver”. Prosseguiu, “as consequências psicológicas de um trauma como esse são de longo prazo. Certamente a marcarão para sempre. Seu direito à saúde, entendido pela Organização Mundial de Saúde como o direito a um estado de bem-estar físico e mental, está sendo desrespeitado em um país em que a Constituição considera a saúde um direito de todos e um dever do Estado”[94].

Como bem destacam Telma Birchal e Lincoln Frias, embora:

[...] no contexto, existam outras pessoas envolvidas, o sofrimento de ninguém é maior do que o da gestante, porque o feto anencéfalo é um acontecimento no corpo dela. A gestante, neste caso, nem mesmo chegará a ser mãe, pois não haverá – nem ao menos há – um filho. Ao obrigar a mulher a conservar um feto que vai morrer, ou que tecnicamente já está morto, o Estado e a sociedade se intrometem no direito que ela tem à integridade corporal e a tomar decisões sobre seu próprio corpo. No caso de fetos saudáveis, pode-se ainda discutir se a mulher é obrigada a ter o filho, pois ele será uma pessoa e, portanto, presume-se que tenha direito a ser preservado. Mas o

ADPF 54 / DF

feto anencéfalo nunca será uma pessoa, não terá uma vida humana, não é nem mesmo um sujeito de direitos em potencial [...] [95]

Consoante Zugaib, Tedesco e Quayle, “a ausência do objeto de amor parece tão irreparável que pode levar ao desejo de morrer, como maneira de reunir-se ao filho perdido. Tal dinâmica merece cuidados especiais, podendo levar a comportamentos impulsivos de autodestruição, especialmente se associada à depressão” [96].

Esse foi o entendimento endossado pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas [97]. Em decisão histórica, proferida em novembro de 2005, no “Caso K.L. contra Peru”, o Comitê assentou equiparar-se à tortura obrigar uma mulher a levar adiante a gestação de um feto anencéfalo. A paciente de 17 anos e a mãe dela, alertadas pelo ginecologista sobre os riscos advindos da manutenção da gestação de um feto anencéfalo, concordaram em realizar o procedimento de interrupção terapêutica. Apesar de a lei penal peruana permitir o aborto terapêutico e atribuir pena de pequena graduação ao aborto sentimental ou eugênico [98], o diretor do hospital, Dr. Maximiliano Cárdenas Diaz, recusou-se a firmar a autorização necessária para o ato cirúrgico, o que obrigou a paciente a dar à luz o feto. Como consequência, a gestante foi acometida de depressão profunda, com prejuízos à saúde mental e ao próprio desenvolvimento. Ao analisar o episódio, o Comitê de Direitos Humanos considerou cruel, inumano e degradante o tratamento dado a KL. Reputou violado também o direito dela à privacidade [99].

Posteriormente, em dezembro de 2008, em entrevista concedida ao *Center for Reproductive Rights*, K.L., então com 22 anos, residente em Madrid, local onde estudava para formar-se em engenharia, descreveu ter-se sentido extremamente deprimida, solitária, confusa e culpada à época da gravidez e do nascimento do anencéfalo, que perdurou por apenas quatro dias [100]. Indagada sobre como se sentia em relação à decisão do Comitê de Direitos Humanos, revelou estar feliz e disse que dificilmente quem não experimentou tal situação sabe o quão penosa e

ADPF 54 / DF

dolorosa ela é [101].

Quando inexistiam recursos tecnológicos aptos a identificar a anencefalia durante a gestação, o choque com a notícia projetava-se para o momento do parto. Atualmente, todavia, podem-se verificar nove meses de angústia e sofrimento inimagináveis. Como ressaltei na decisão liminar, os avanços médicos e tecnológicos postos à disposição da humanidade devem servir não para inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.

É possível objetar, tal qual o fez a Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira[102] em audiência pública, o sentimento de culpa que poderá advir da decisão de antecipar o parto. Na mesma linha, em memorial, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil defendeu que o gesto não reduz a dor. Em resposta a essas objeções, vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante.

Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o que se mostra viável, conforme esclareceu a então Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire[103]. Consignou Sua Excelência que:

[...] os serviços existentes para a interrupção voluntária da gravidez, para o abortamento legal, dispõem de equipes multidisciplinares aptas a fazerem esse acompanhamento [referia-se ao psicológico]. [...] Eu diria que, hoje, todos os serviços universitários existentes no país têm equipes multidisciplinares – e posso dizer isso, com certeza –, com acompanhamento de psicólogos, que permitirão informação e assistência às mulheres no tocante à sua decisão, seja pela

ADPF 54 / DF

continuidade da gestação, seja pela interrupção da gestação [104].

Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que “se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças”[105]. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. Conforme bem enfatizado pelo Dr. Mário Ghisi, representante do Ministério Público na audiência pública, “é constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam”[106].

Alberto Silva Franco chama a atenção para outro aspecto a ser considerado caso se obrigue a mulher a levar a gravidez a termo. Afirma: “se ocorrer o nascimento do anencéfalo, ‘não receberá ele nenhuma manobra médica de reanimação, nem nenhum procedimento de suporte vital, em virtude da inocuidade de qualquer medida’. [...] Nada realmente justifica o emprego de recursos tecnológicos para tornar viável o que não dispõe congenitamente de viabilidade”. Continua: “o argumento de que todos nascemos para morrer e que, por isso, o feto anencéfalo não destoa da regra geral, está longe de ser um argumento válido. Trata-se, na realidade, de um truísmo dispensável”[107]. Digo então, Senhor Presidente, que não se pode exigir da mulher aquilo que o Estado não vai fornecer, por meio de manobras médicas.

Franquear a decisão à mulher é medida necessária ante o texto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência

ADPF 54 / DF

contra a Mulher, também conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995, cujo artigo 4º inclui como direitos humanos das mulheres o direito à integridade física, mental e moral, à liberdade, à dignidade e a não ser submetida a tortura. Define como violência qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada[108].

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura[109] ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

A integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às mulheres o sentimento de meras “incubadoras” ou, pior, “caixões ambulantes”, na expressão de Débora Diniz[110].

Simone de Beauvoir já exclamava ser o mais escandaloso dos escândalos aquele a que nos habituamos. Sem dúvida. Mostra-se inadmissível fechar os olhos e o coração ao que vivenciado diuturnamente por essas mulheres, seus companheiros e suas famílias. Compete ao Supremo assegurar o exercício pleno da liberdade de escolha situada na esfera privada, em resguardo à vida e à saúde total da gestante, de forma a aliviá-la de sofrimento maior, porque evitável e infrutífero.

ADPF 54 / DF

Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal.

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

[1] Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

ADPF 54 / DF

provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

[2] Aborto de fetos anencéfalos, *in* Ethic@. Revista Internacional de Filosofia da Moral. Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 19/30, jun 2009.

[3] *In* O direito fundamental do feto anencefálico. Uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.Br/doutrina/texto.asp?id=10488.>>.

[4] SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico Conciso*. Editora Forense Jurídica. 1ª edição, 2008, p. 45.

Anoto não estar em discussão eventual distinção terminológica entre laicidade e laicismo.

[5] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª edição. SP: Malheiros, 2003. p. 249/250.

[6] Art. 179.

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá efeito retroactivo.

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras,

ADPF 54 / DF

escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

(...)

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXXIV. Os Poderes Constitucionaes não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuaes, salvo nos casos, e circumstancias especificadas no paragrapho seguinte.

XXXV. Nos casos de rebellião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdede individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.

[7] Estado sem Deus – A obrigação da laicidade na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 71.

[8] SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras (estudo filosófico-jurídico comparado), *in* Revista de Informação Legislativa, v. 11, n. 41, p. 75-126, jan./mar., 1974. p. 81.

[9] *Apud* SCAMPINI, Ob. cit. p. 81.

[10] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra Editora, 1996. p. 306 e 307. Laicidade significa uma atitude de neutralidade do Estado, ao passo que

ADPF 54 / DF

laicismo designa uma atitude hostil do Estado para com a religião.

[11] Art 17 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto, ou igreja sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo;

[12] Art 32 - É vedado à União, aos Estados e aos Municípios:

b) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

[13] Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

II - estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício;

III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo;

[14] Art 9º - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas; subvencioná-los; embaraçar-lhes o exercício; ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de Interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar;

[15] Art. 9º - À União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios é vedado: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1980)

II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com êles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar; e

[16] Comentários à Constituição Brasileira, v. 1. SP: Saraiva, 1989. p.

ADPF 54 / DF

71.

[17] CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. Constituição Federal Brasileira: Comentários. Brasília: Senado Federal, 1992.

[18] Publicado no Diário da Justiça de 8 de agosto de 2003.

[19] José Renato Nalini, em texto publicado na seção Tendências/Debates da Folha de São Paulo, em 24 de setembro de 2009, sob o título “A cruz e a Justiça”, destaca o fato de a nação brasileira ter “nascido” sob a invocação da cruz, já tendo sido chamada, inclusive, de Terra de Santa Cruz.

[20] DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here?* Capítulo 3. Religião e Dignidade. *Princeton University Press*, 2006. p. 59.

[21] SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado, *in* Revista de Direito do Estado, Ano 2, nº 8: 75-90, out./dez. 2007.

[22] Diário da Justiça de 26 de junho de 1958.

[23] DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Capítulo 3. Religião e Dignidade. *Princeton University Press*, 2006. p. 60 e 61.

[24] Formado pela Universidade Federal de Minas Gerais, com título de Especialista em Ginecologia e Obstetrícia pela Federação Brasileira das Associações em Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO. Pós-graduado em Medicina Fetal pelo Hospital King’s College – Londres, à época, Vice Presidente da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Diretor da Clínica Gennus – Núcleo de Medicina Fetal de Belo Horizonte e Coordenador do Serviço de Medicina Fetal do Hospital Vila da Serra/Nova Lima.

[25] Sessão de audiência pública realizada em 28 de agosto de 2008, transcrição, folha 24.

[26] Graduado em Medicina pela Faculdade de Medicina da Santa Casa de São Paulo (1971), especialização em Ginecologia e Obstetrícia pela Faculdade de Medicina da Santa Casa de São Paulo (1973), especialização em Genética Clínica pela Sociedade Brasileira de Genética Clínica (1995), especialização em Título de Ginecologia e Obstetrícia pela Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia (1996), especialização em Medicina Fetal pela Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia (2004), mestrado em Ciências

ADPF 54 / DF

Biológicas (Biologia Genética) pela Universidade de São Paulo (1977) e doutorado em Ciências Biológicas (Biologia Genética) pela Universidade de São Paulo (1981).

[27] Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 95.

[28] SHEWMON, David A. *Anencephaly: selected medical aspects*. New York: Hasting Cent Rep, 1988. 18 (5). p. 11/19. No mesmo sentido, o Dr. Thomaz Rafael Gollop asseverou, durante o pronunciamento na audiência pública de 28 de agosto de 2008, “Esta é a condição de um feto anencefálico: ele não tem crânio nem cérebro. Logo, não pode ter nenhum tipo de sentimento, porque não há uma estação que processe isso” (folha 99).

[29] *Apud* FRANCO, Alberto Silva. Ob. Cit. p. 402/403.

[30] Para confirmar tal entendimento, observem os seguintes trechos das exposições realizadas na audiência pública. Na primeira sessão, o Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes anotou que “a anencefalia é, ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, (...) que exigirá dos pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte” e complementou que não há cura, no momento atual, para a citada anomalia. Naquela mesma audiência, a Sra. Marlene Rossi Severino Nobre, ao ser indagada pelo Dr. Luís Roberto Barroso, advogado da arguente, se a anencefalia levava à morte, de maneira peremptória, disse que sim (transcrição, folhas 23, 27 e 55, respectivamente). Na segunda sessão, o Sr. Roberto Luiz D’Ávila consignou que o anencéfalo não se tornará um ser humano, opinião ratificada pelo Dr. Jorge Andalaft Neto que, ao conceituar a anencefalia, aduziu ser “letal e multifatorial”; pelo Dr. Heverton Pettersen, que considera o “feto anencéfalo um natimorto neurológico”; pelo Dr. Salmo Raskin, ao suscitar que padece o anencéfalo de uma “degeneração dos neurônios, e a morte acontece dentre de horas ou dias”. Na lição do Dr. José Aristodemo Pinotti, um feto anencéfalo não tem cérebro e não tem potencialidade de vida, sendo seu diagnóstico, quando corretamente feito, letal em cem por cento dos casos. A Sra. Lenise Aparecida Martins Garcia, mesmo defendendo a tese da inviolabilidade da vida humana, curvou-se ao fato de que apenas um por cento dos anencéfalos sobrevive

ADPF 54 / DF

por cerca de três meses, de acordo com dados de 1987, e o prazo máximo observado foi de um ano e dois meses. O Dr. Thomaz Rafael Gollop mostrou-se enfático ao definir o anencéfalo como um morto cerebral, dotado de batimento cardíaco e respiração (transcrição, folhas 7, 16, 30, 60, 70, 82 e 94, respectivamente). A terceira sessão de audiência pública foi aberta com a exposição do então Ministro de Estado da Saúde, José Gomes Temporão, que tratou da anencefalia como uma “má-formação incompatível com a vida do feto fora do útero”, sendo isso, afirmou, uma certeza médica e científica atestada pela Organização Mundial da Saúde. A Dra. Cláudia Werneck sustentou não possuir o anencéfalo expectativa de vida fora do útero (transcrição, folhas 3 e 24, respectivamente). No quarto dia de audiência pública, a Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira anotou ser o feto anencéfalo um bebê com “curtíssimo” tempo de vida e o Dr. Talvane Marins de Moraes mencionou que, na anencefalia, está excluída a vida de relação, inexistindo atividade cortical, correspondendo à morte cerebral (transcrição, folhas 4, 53 e 57, respectivamente).

[31] Médico sanitário, especialista pelas Univeridades de Florença e Milão, Itália, e pelo Institute Gustave Roussy de Paris.

[32] O Dr. Thomaz Rafael Gollop corroborou tal afirmativa, dizendo-nos: “Existem dois diagnósticos em Medicina Fetal que são absolutamente indiscutíveis: óbito fetal e anencefalia” (sessão de audiência pública realizada no dia 28 de agosto de 2008, transcrição, folha 97).

[33] Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 75.

[34] Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 76.

[35] Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 77.

[36] Ver nota de rodapé 24.

[37] Ver nota de rodapé 26.

[38] Médico ginecologista e obstetra, mestre e doutor em obstetrícia pela Escola Paulista de Medicina – UNIFESP, professor titular de obstetrícia e ginecologia da Universidade de Santo Amaro, membro da Comissão Nacional de Aborto Previsto em Lei da FEBRASGO, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e

ADPF 54 / DF

Obstetrícia.

[39] Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 16.

[40] Médico sanitaria, com título de Especialista em Doenças Tropicais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, mestre em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz e doutor em Medicina Social pelo Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

[41] Terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 4.

[42] Ver nota de rodapé 26.

[43] Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 96.

[44] Expôs o Dr. Gollop que “aproximadamente setenta e cinco por cento dos fetos anencéfalos morrem dentro do útero. As estatísticas oscilam entre cinqüenta e setenta e cinco por cento, porque dependem da legislação de cada país (...). Dos vinte e cinco por cento que chegam a nascer, todos têm sobrevida vegetativa, que cessa, na maioria dos casos, dentro de vinte e quatro horas e os demais nas primeiras semanas de sobrevida” (segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 97).

[45] Confirmando tais dados, remeto às informações prestadas pelo Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes, no primeiro dia de audiência pública. Relatou que, consoante dados de Pomerance, a expectativa é de que 47% das crianças morram no 1º dia, 44% entre um dia e uma semana, 8% entre uma semana e um mês e 1% com cerca de três meses (transcrição, folha 27). Igualmente, durante a segunda audiência pública, os Drs. Salmo Raskin e Lenise Aparecida Martins Garcia sustentaram, respectivamente, que o feto anencéfalo padece de uma degeneração dos neurônios, circunstância que ocasiona a morte dentro de horas ou dias; que o período máximo encontrado de sobrevida na literatura médica foi de um ano e dois meses, sendo que, ocasionalmente, de sete a dez meses (transcrição, folhas 60 e 82 e 83). No terceiro dia de audiência pública, a Sra. Ieda Therezinha do Nascimento Verreschi anotou que de 40 a 60% dos fetos anencéfalos nascem com vida, mas apenas 8% sobrevivem por algum tempo (transcrição, folha 35). No quarto dia de audiência pública, o Dr. Talvane Marins de Moraes apontou, em consonância com a

ADPF 54 / DF

exposição do Dr. Thomaz Rafael Gollop, a ocorrência da morte de 75% dos fetos anencéfalos ainda dentro do útero, o que importaria em uma gravidez de alto risco (transcrição, folha 58).

[46] Médica especialista em endocrinologia, professora da aludida disciplina na Escola Paulista de Medicina.

[47] A Dra. Ieda Therezinha sustentou que, apesar de a expectativa de vida ser variável no caso dos fetos anencéfalos, há situações “que são nascidos vivos – e esse número é expressivo: 40% a 60% – se bem que, após o nascimento, somente 8% sobrevivem por algum tempo” (terceira audiência pública, transcrição, folha 35).

[48] Ver nota de rodapé 24.

[49] Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 29.

[50] Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 32.

[51] Ver nota de rodapé 31.

[52] A doutora Lia Zanotta Machado foi ouvida como representante da Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. É graduada em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo, tem mestrado em Sociologia pela mesma Universidade e doutorado em Ciências Humanas, também pela Universidade de São Paulo, fez cursos de pós-graduação, compõe o Conselho Diretor da Rede Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, tendo integrado a Comissão que elaborou o anteprojeto de lei sobre a revisão da legislação punitiva e restritiva ao aborto no Brasil (terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 51).

[53] Jornalista, pós-graduada em Comunicação e Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz.

[54] Como bem afirma Débora Diniz, não há pessoas anencéfalas no mundo. É um desrespeito à comunidade deficiente compará-los aos anencéfalos, *in Em nome da mãe*. Entrevista concedida à Revista Época. Edição 321. 17 de julho de 2004. Disponível em <http://revistaepoca.com.br>.

[55] Terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 24.

[56] Ratificada pelo Estado brasileiro em 24 de setembro de 1990. Informação disponível na página eletrônica do Ministério das Relações

ADPF 54 / DF

Exteriores.

[57] Há estudos que indicam que, em razão da imensa qualidade dos exames de ultrassonografias, é possível identificar a malformação já na oitava semana gestacional. Nesse sentido, pronunciou-se o representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Doutor Heverton Neves Pettersen, na sessão de audiência pública realizada em 28 de agosto de 2008.

[58] Ver nota de rodapé 26.

[59] Ver nota de rodapé 40.

[60] O ex-Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, em manifestação de agosto de 2004, asseverou que o “pleito da autora, titulado por órgão que representa profissionais da área da saúde, impede possa acontecer a doação de órgãos do bebê anencéfalo a tantos outros bebês que, se têm normal formação do cérebro, todavia têm grave deficiência nos olhos, nos pulmões, nos rins, no coração, órgãos estes plenamente saudáveis no bebê anencéfalo, cuja morte prematura frustrará a vida de outros bebês, assim também condenados a morrer, ou a não ver” (folha 218).

[61] p. 135.

[62] FERNANDES, Maíra Costa. *Interrupção de Gravidez de Feto Anencéfalo: Uma Análise Constitucional*. p. 111/158. In SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos* RJ: Lúmen Júris, 2007. p. 150 e 152.

[63] Antropóloga, mestre e doutora em Antropologia pela Universidade de Brasília, representante do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS.

[64] *In O luto das mulheres brasileiras*. Jornal da Febrasgo, São Paulo, out./2004. p. 8/9. Disponível em [HTTP://www.febrasgo.org.br/anencefalia3.htm](http://www.febrasgo.org.br/anencefalia3.htm). Acesso em 14 de setembro de 2010.

[65] Médico pediatra e geneticista, especialista em Genética Molecular pela Universidade de Vanderbilt, Estados Unidos, especialista

ADPF 54 / DF

em Genética Clínica pela Sociedade Brasileira de Genética Médica, doutor em Genética pela Universidade Federal do Paraná.

[66] Ver nota de rodapé 31.

[67] Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 64.

[68] Volume V, RJ: Forense, 1958. p. 15, 286 e 287.

[69] Idem, ibidem. p. 297/298.

[70] Marcos Valentin Frigério examina o histórico do surgimento e dos desenvolvimentos dos diagnósticos da medicina fetal. Ob. cit. p. 272/275.

[71] Cito como exemplos de evidência da visão machista reinante a redação original dos artigos 215 e 216 do Código Penal, nos quais constava a expressão “mulher honesta” como elementar dos crimes de posse mediante fraude e de atentado ao pudor mediante fraude, e a do artigo 217, revogado pela Lei nº 11.106/2005, em que se tipificava como crime a sedução de mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze. No mesmo sentido, o antigo Código Civil, Lei nº 3.071/16, previa como erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge o “defloramento da mulher, ignorado pelo marido” (artigo 219, inciso IV), dispunha ainda que o marido fosse o chefe da sociedade conjugal, função que exercia com a colaboração da mulher, competindo-lhe, entre outras, a representação legal da família e a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher (artigo 233), e que a autorização pelo marido para a compra, ainda a crédito, das coisas necessárias à economia doméstica era presumida (artigo 247, inciso I). Existia a previsão do regime dotal como espécie de regime de bens entre os cônjuges, em franca demonstração da situação jurídica inferior da mulher (artigos 278 a 311) e a de competir ao marido, durante o casamento, o exercício do pátrio poder (artigos 380, cabeça, e 385). Interessante anotar que, somente em 1962, com a vigência da Lei nº 4.121, a mulher tornou-se capacitada para litigar em juízo civil ou comercial e aceitar mandato. Destaco que as restrições ao pleno exercício do voto feminino só foram eliminadas no Código Eleitoral de 1934. No entanto, o Código não tornava obrigatório o voto feminino. Apenas o masculino. O voto feminino, sem restrições, só passou a ser

ADPF 54 / DF

obrigatório em 1946.

[72] Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser conseqüência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sangüínea cerebral.

[73] Trecho extraído de SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2006. p. 103.

[74] Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

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

Pena - detenção, de um a três anos.

[75] *Vida Digna: Direito, Ética e Ciência*, in ROCHA, Cármen Lúcia

ADPF 54 / DF

Antunes (Coord.). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 22 a 34. p. 22.

[76] O ato constituidor da Organização Mundial da Saúde encontra-se disponível no sítio eletrônico O ato constituidor da Organização Mundial da Saúde encontra-se disponível no sítio eletrônico <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>. Acesso em 4 de maio de 2011.

[77] Conforme informações prestadas no segundo dia de audiência pública – folha 7.

O Doutor Roberto Luiz D'Ávila, em manifestação no segundo dia de audiência pública, destacou ser alta a taxa de mortalidade materna devido à presença de doenças hipertensivas, hemorragias e infecções, inclusive, em gestações de fetos viáveis (transcrição, folha 12).

[78] Médica especialista em ginecologia e obstetrícia, ex-Secretária de Saúde do Município de Jacareí/SP, à época, diretora do Centro Interdisciplinar de Estudos Bioéticos do Hospital São Francisco, São Paulo.

[79] Consoante informações prestadas na sessão de audiência pública realizada em 16 de setembro (transcrição, folhas 4, 5 e 8).

Há tanta divergência acerca do fato de a gravidez de feto anencéfalo constituir ou não um risco maior à vida materna que o Doutor Dernival da Silva Brandão chegou a sustentar que “a criança anencéfala – vejam bem – não causa perigo à vida da sua mãe mais do que uma gestação gemelar” (transcrição, folha 81).

[80] Ver nota de rodapé 40.

[81] Médico especialista em psiquiatria forense, livre docente e doutor em Psiquiatria pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, membro das Câmaras Técnicas de Perícia Médica e Medicina Legal do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria.

[82] À folha 1409 da transcrição da sessão de audiência pública realizada em 16 de setembro, tem-se “(...) É outro dado de saúde pública também. Quer dizer, uma gravidez anencéfala é uma gravidez de alto

ADPF 54 / DF

risco, porque o feto vai morrer intraútero muitas vezes”.

[83] O inteiro teor do documento expedido pela FEBRASGO encontra-se disponível em <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>. Acesso em 5 de maio de 2011.

[84] *In* FERNANDES, Maíra Costa. Ob. Cit. p. 138.

[85] Ver nota de rodapé 81.

[86] Quarto dia de audiência pública (transcrição, folha 1413).

[87] Depoimentos trazidos pela Dra. Lia Zanotta Machado no terceiro dia de audiência (transcrição, folhas 1299 e 1300).

[88] folha 1300.

[89] folha 1301.

[90] folha 1301.

[91] BENUTE, Gláucia Rosana Guerra; NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto; LÚCIA, Mara Cristina Souza de; ZUGAUB, Marcelo. *Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais*. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, vol. 28, nº 1, Rio de Janeiro, Jan./2006. Disponível em <http://www.scielo.br>.

[92] Socióloga e cientista política, ex-professora de Sociologia na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e na Rutgers University, Nova Jérsei, Estados Unidos, representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher.

[93] Ver nota de rodapé 81.

[94] Terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 1350.

[95] Ob. cit. p. 27.

[96] *Apud* MENDES, Thalita Bizerril Duleba. *A interrupção seletiva de gestação de feto anencéfalo como conduta atípica*. Universidade Federal do Paraná, 2007. p. 60.

[97] A Dra. Eleonora Menecucci de Oliveira, ouvida no quarto dia de audiência pública, referiu-se ao precedente. Leiam: “Nosso país deveria observar o que vem acontecendo no plano internacional em relação, por exemplo, às respostas que os Comitês de Direitos Humanos das Nações Unidas vem ofertando no plano global. Este Comitê, em duas oportunidades, já se manifestou sobre o assunto: em 1996, considerou que

ADPF 54 / DF

a possibilidade de um aborto gerar uma penalidade criminal representa uma forma de tratamento desumano em relações às mulheres; em 2005, considerou que a impossibilidade de interromper a gravidez, em caso de gestação de anencéfalo, foi causa de um grande sofrimento. Tratava-se do caso específico de Caelli, uma jovem peruana, que, aos 17 anos de idade, viu-se confrontada com uma gravidez de feto anencéfalo” (folha 1380).

[98] Os artigos 119 e 120 do Código Penal peruano trazem as seguintes disposições:

Art. 119 – Aborto terapêutico

Não é punível o aborto praticado por um médico com o consentimento da mulher grávida ou de seu representante legal, se o tiver, quando é o único meio para salvar a vida da gestante ou para evitar um mal grave e permanente em sua saúde.

Art. 120 – Aborto sentimental e eugênico

O aborto será reprimido com pena privativa de liberdade não maior que três meses:

1. Quando a gravidez seja consequência de violação sexual fora do matrimônio ou inseminação artificial não consentida e ocorrida fora do matrimônio, sempre que os fatos tiverem sido denunciados ou investigados, ao menos policialmente; ou

2. Quando é provável que o ser em formação leve a um nascimento com graves defeitos físicos ou psíquicos, sempre que exista diagnóstico médico.

(Tradução livre. Cópia eletrônica do referido diploma legal encontra-se disponível em <http://www.devida.gob.pe/documentacion/Decreto%20Legislativo%20635-CODIGO%20PENAL.doc>. Acesso em 6 de maio de 2011.)

[99] O pronunciamento completo do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas está disponível em http://ww.cladem.org-espanol-regionales-litigio_internacional-CAS5-Dictament%20KL.asp. Acesso em 8 de junho de 2010.

[100] Disponível em <http://reproductiverights.org>. Acesso em 8 de junho de 2010.

ADPF 54 / DF

[101] Disponível em <http://reproductiverights.org>. Acesso em 8 de junho de 2010.

[102] Ver nota de rodapé 78.

[103] Graduada em Medicina pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ex-professora e ex-reitora desta instituição.

[104] Quarto dia de audiência pública, 16 de setembro de 2008 (transcrição, folhas 1397 e 1398).

[105] Quarto dia de audiência pública (transcrição, folha 1421).

[106] Último dia de audiência pública (transcrição, folha 77).

[107] Ob. cit. p. 409.

[108] O texto completo da Convenção encontra-se disponível em www.cidh.oas.org. Acesso em 11 de janeiro de 2011.

[109] O artigo 1º da Constituição Federal define como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e o artigo 5º, inciso III, dispõe que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

A Lei nº 9.455/97, no artigo 1º, prevê:

Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental (...);

c) em razão de discriminação racial ou religiosa.

[110] Ver nota de rodapé 63.

ADPF 54 / DF

11/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É assim que voto, ressaltando a valia maior da audiência pública realizada e do fato de ter colocado intencionalmente na prateleira o processo, já que não envolvia interesses subjetivos, sendo um processo objetivo, no que, em janeiro de 2004, em uma página – continuo convencido – repleta da maior tristeza, este Tribunal lançou as mulheres brasileiras em geral em uma verdadeira *via crucis* para, caso a caso, pleitearem em Juízo o que normalmente é deferido: a autorização para a interrupção da gravidez.

Presidente, quando assentamos – em escore apertado, é certo – a possibilidade de ter-se a pesquisa com células-tronco, vislumbrei sensibilidade do Colegiado para enfrentar a matéria. Então, retomei a direção do processo, realizando audiência pública, ouvindo os diversos segmentos da sociedade, como convém em um Estado Democrático de Direito, em uma República, verdadeiramente República, e, aparelhado o processo, trouxe-o a julgamento.

Diria, Presidente, que, interpretado o próprio Código Penal, ter-se-ia na possibilidade do que se aponta no preceito como aborto, e aqui não se cogita sequer de aborto, mas de interrupção terapêutica da gravidez, base para a providência, considerada a preservação da saúde da mulher, no que a gestação de feto anencéfalo apresenta risco maior. Mas veio o Tribunal a ser convocado, a meu ver, em boa hora, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, nessa ação nobre que é a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a emitir entendimento a respeito da matéria.

Estou certo de que há de prevalecer a Carta da República, a figura do Supremo como guardião maior desse documento básico, que realmente precisa ser mais amado pelos brasileiros, deixando até mesmo de ser um simples periódico, tamanho é o número das emendas constitucionais.

É como voto, Presidente. Peço a compreensão dos pares pela

ADPF 54 / DF

extensão do que veiculei, mas entendo importantíssimo o julgamento. Alfim, pela disciplina que adoto no Plenário, creio ser, até certo ponto, credor de tempo.

11/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS**
 TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS
ADV.(A/S) : **LUÍS ROBERTO BARROSO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) -
Senhores Ministros, vamos retomar o julgamento deste processo cientes de que estamos num Estado laico, mas devemos todos levar em consideração as consequências práticas das nossas decisões.

11/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

1. Sr. Presidente, em breve rememoração, trata-se de ação de descumprimento de preceito fundamental, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, entidade sindical de terceiro grau do sistema confederativo devidamente representada, em que se reputam violados os seguintes preceitos fundamentais: dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal – CF); legalidade, liberdade e autonomia da vontade (previstos no art. 5º, II, da CF); e o direito à saúde (presente nos arts. 6º e 196 da CF). E o ato do poder público apontado como violador dos preceitos fundamentais evocados é o conjunto normativo dos arts. 124 e 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal – Decreto-lei 2848, de 07.12.1940. A violência decorreria da aplicação inadequada daqueles dispositivos, diante do entendimento de diversos tribunais e juízos singulares de que por eles abrangida a antecipação terapêutica do parto de fetos portadores de má-formação denominada *anencefalia*, inviabilizadora da vida extrauterina. Como forma de demonstrar as violações apontadas, são trazidas, por cópia, notícias e julgados sobre a proibição da retirada do feto anencéfalo, inclusive um deles oriundo do Superior Tribunal de Justiça (*Habeas Corpus* n. 32.159-RJ).

O pedido deduzido é de interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do CP, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, “reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado” (fl. 4), sem que necessária condição outra que não sua própria vontade para a interrupção da gravidez, resultado, assim, de ato de escolha pessoal da mulher.

Funda-se, a arguente, nos seguintes argumentos, em síntese:

(a) a anencefalia é má-formação que causa defeito no fechamento do tubo neural no processo da gestação, o que faz com que o feto não apresente os hemisférios cerebrais e o

ADPF 54 / DF

córtex, e fique apenas com resíduo do tronco encefálico. Em razão disso, não há o desenvolvimento das funções cerebrais superiores do sistema nervoso central: consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Apenas presentes as funções de controle parcial da respiração, funções vasomotoras e a medula espinhal. Com este quadro, fatal a anencefalia em 100% dos casos. E ainda que haja sobrevivida por alguns instantes (em 65% dos casos a morte ocorre dentro do útero), a morte é certa e o quadro, irreversível;

(b) a gravidez de feto anencéfalo é mais gravosa. Segundo a Federação Brasileira de Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO, eis os complicadores: a duração da gestação tende a ser superior a 40 semanas; aumento do volume do líquido amniótico; associação de doença hipertensiva específica da gestação; associação com vasculopatia periférica de estase; alterações de comportamento e psicológicas de monta; dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto; necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério; necessidade do registro de nascimento e sepultamento do recém-nascido, com passagem pela delegacia de polícia para registro do óbito; necessidade de bloqueio da lactação; puerpério com mais casos de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina; e maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.

(c) como não há o que possa ser feito pelo feto, sua retirada é a única indicação terapêutica para a gestante;

(d) a retirada do feto por médico habilitado constitui antecipação terapêutica do parto, e não aborto ao feitiço do Código Penal, crime cuja característica é a morte de feto viável para a vida extrauterina causada por procedimento abortivo. Na anencefalia, não há perspectiva de vida extrauterina, o que afasta a caracterização de aborto eugênico, inexistente seleção de fetos, ausente possibilidade de vida;

(e) a anencefalia só não é causa de excludente de ilicitude, nos moldes do art. 128 do Código Penal, porque, à época de

ADPF 54 / DF

aprovação da lei (1940), não havia diagnóstico preciso para a má-formação;

(f) ofensa à dignidade humana da gestante (art. 1º, III, CF) pois a aplicação dos dispositivos referentes ao aborto à espécie representa forma de imposição de sofrimento físico e moral à mulher, sujeita aos riscos e à certeza inafastável da morte do ser gestado, em situação equiparável à tortura;

(g) afronta ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF), na medida em que não subsumível, a interrupção da gravidez em caso de anencefalia, nas hipóteses de aborto, e à liberdade da mulher, enquanto impõem, as decisões proibitivas, em tais circunstâncias, obrigação não prevista em lei;

(h) violência ao direito à saúde (arts. 6º e 196 da CF) pelo comprometimento do bem-estar físico, mental e social da gestante, submetida, na gravidez de fetos anencéfalos, a maiores riscos físicos e agravos psicológicos. Acrescenta que a retirada do feto é o único meio de preservar a saúde da mulher e que essa forma de tratamento é, por óbvio, escolha pessoal.

Deferida a liminar, pelo relator, *ad referendum*, para que os processos e decisões que tendessem à aplicação dos dispositivos penais reguladores do aborto no caso de fetos anencéfalos ficassem sobrestados, com a consequente autorização para que as gestantes pudessem se submeter ao procedimento cirúrgico indicado por médico habilitado.

O Procurador-Geral da República propôs questão de ordem sobre a adequação da via eleita para discutir o tema. Submetido o feito ao Plenário desta Suprema Corte, durante os debates, por força de nova questão de ordem levantada pelo Min. Eros Grau, a liminar foi parcialmente cassada, mantidos apenas o sobrestamento dos feitos e a suspensão das decisões proferidas sem trânsito em julgado.

Em voto-vista, o Ministro Ayres Britto reputou cabível a ação, destacando a possibilidade, forte em acórdãos distintos, de extrair três significados das normas penais em exame: (i) a antecipação terapêutica do parto de anencéfalos é crime (caso suficiente a só interrupção intencional da gestação para configurar o tipo penal); (ii) a interrupção

ADPF 54 / DF

intencional da gravidez em caso de anencefalia não se enquadra no tipo penal do aborto (na ausência de qualquer possibilidade de sobrevivência ao feto); e (iii) o fato é típico, mas não punível (injustificável o agravamento das dificuldades físicas e psíquicas da gestante para a proteção de vida inviável).

Os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim também acompanharam o relator quanto ao cabimento da ação, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso.

Realizadas audiências públicas com o objetivo de dar voz aos diferentes setores da sociedade civil organizada, em especial à comunidade científica, delas emergem pontos altamente controversos e posições éticas e religiosas antagônicas.

Sobreleva, por fim, lembrar que o tema começou a ser discutido no Plenário desta Casa no *Habeas Corpus* n. 84.025, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, extinto, contudo, sem resolução do mérito, por perda de objeto (a gestante paciente do HC deu à luz a criança cujos órgãos vitais funcionaram por sete minutos apenas).

2. Como relatado, Sr. Presidente, o pedido deduzido, nesta ação de controle concentrado, é de interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, dos arts. 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-lei 2848, de 1940 -, à compreensão de que inconstitucional a exegese que enquadra no crime de aborto a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

O tema é de uma delicadeza ímpar. E o é porque perpassa pelas nossas convicções e crenças - ou descrenças - mais profundas, e nos remete de alguma forma à questão básica existencial que nos angustia e acompanha neste voo no tempo que somos desde que nascemos (Menotti del Picchia), efêmeros e precários, poeira das estrelas, na imagem do físico e astrônomo brasileiro Marcelo Gleiser.

Significativos a respeito os versos lapidares do poeta português Luis Miguel Nava, que há poucos dias reli: *são outras as paisagens, quando*

ADPF 54 / DF

alguém as vê pelas janelas de seu próprio coração. É isso, o olhar de cada um de nós, com nossas circunstâncias, nossos medos e nossas idiossincrasias, nossas crenças e convicções, de ordem religiosa, moral, filosófica, científica, social e cultural, que explica, em uma sociedade plural, as visões antagônicas e as defesas apaixonadas que o tema tem suscitado no seio da sociedade.

Faço o registro - porque não participei do início do julgamento -, que assisti, graças aos vídeos da TV Justiça, as quatro audiências públicas que se realizaram nos dias 26 e 28 de junho e 04 e 16 de setembro de 2008, e li - com ressalva dos livros que só ontem me foram encaminhados ontem, pela óbvia impossibilidade material-, com a maior atenção todos os memoriais e textos encaminhados por diferentes setores e entidades da sociedade civil.

Pretendia fazer um resumo oral do meu voto escrito, que é longo, mas fiquei tão sensibilizada com a visita que recebi ontem, em meu gabinete nesta Casa, da Vitória de Cristo, levada por seus pais, e ao que parece acometida de acrania, que peço vênias a V. Exas. para proceder a sua leitura, de modo a deixar bem claro o caminho que percorri para formar a minha convicção, à luz do ordenamento positivo, tendo como farol e norte a nossa Constituição. Ao mesmo tempo em que rendo as minhas homenagens ao judicioso voto do eminente Relator, que praticamente esgotou o tema, registro de antemão o maior respeito pelas posições contrárias à minha.

A anencefalia, como já tão bem esclarecido, consiste em má-formação resultante, simplificadamente, no não fechamento da calota craniana, que leva ao não desenvolvimento da parte superior do sistema nervoso central, sobretudo da parte superior do encéfalo. Dizem os favoráveis à permissão da antecipação terapêutica do parto que a anencefalia é fatal em 100% dos casos e que no brevíssimo período de tempo de sobrevivência existem apenas reações automáticas do organismo. É de se ressaltar, no entanto, que há relatos na literatura de fetos anencéfalos com sobrevivência por meses e até mais de um ano, a indicar, ao que parece, imprecisão terminológica na designação do fenômeno, ou

ADPF 54 / DF

talvez erro de diagnóstico. Caso famoso, muito debatido nestes autos, é o de Marcela de Jesus, diagnosticada com anencefalia, que viveu um ano e oito meses. Nas audiências cogitou-se de que acometida de meroencefalia, situação em que se faz presente uma pequena parte do encéfalo, suficiente para manter a existência de funções vitais e respostas do corpo a estímulos externos por período mais prolongado.

Essas considerações iniciais são importantes para o direcionamento das posições que fundamentam o meu voto. Para a clareza da exposição, é possível enfrentar o tema por três enfoques: (i) atipicidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia, quanto ao crime de aborto; (ii) vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude; e (iii) ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico. A sopesar, ainda, à luz da causa de pedir aberta própria dos processos objetivos, o fundamento adicional trazido da tribuna, qual seja, o de que a criminalização da interrupção da gestação de feto anencéfalo, ou de feto sem viabilidade de vida extrauterina, implica violação de direito fundamental da mulher no tocante aos chamados direitos reprodutivos.

(i) A antecipação terapêutica do parto como fato atípico.

O debate travado, com dependência argumentativa da definição de vida por parte da ciência, parece ter se estruturado em torno de uma falácia (na acepção técnica, e não pejorativa, do termo), enquanto busca derivar de uma descrição (científica) de um fato um dever de proteção.

Há, a meu juízo, ao menos dois equívocos fundamentais nesse raciocínio: primeiro, não se pode extrair de uma relação empírica de causa e consequência (estabelecida na linguagem pela relação lógica “se... então...”) uma consequência de dever que direciona uma ação como necessária (um “se... então *deve ser*...”). Essa é a chamada falácia naturalista, em que se pretende retirar de algo do mundo dos fatos um dever que pertence ao mundo da escolha sobre a ação. Em suma, não se pode derivar um dever ser de um ser.

A falácia naturalista aparece nas discussões sobre a ocorrência ou

ADPF 54 / DF

não de aborto no caso de anencefalia com a seguinte estrutura: se a medicina considera determinadas características necessárias e suficientes para a vida e o feto anencéfalo apresenta tais características, ele há de ser protegido. Se a Medicina considera determinadas características como necessárias e suficientes para a vida e o feto anencéfalo não as apresenta, não há de ser protegido. Ocorre que a proteção ou não do feto anencéfalo, da ótica constitucional não há de decorrer puramente de critérios esposados pela Medicina em um dado momento, mas sim dos critérios jurídicos que envolvem o conceito de vida. Com isso quer-se dizer que, da circunstância de a Medicina descrever determinado fenômeno como fato não decorre o dever jurídico de protegê-lo ou ignorá-lo. Em suma, a ciência não pode determinar um dever de proteção a partir de um fato que considera verdadeiro ou falso.

Essa confusão ocorre em razão do segundo equívoco, a meu juízo, no debate desta ADPF. Parte-se da premissa de que o emprego de um conceito na ciência deve condicionar o conteúdo do seu uso nas outras áreas, pois fruto de verdade empírica, bem estabelecida e, portanto, inquestionável por outras esferas. Isso leva à ideia de que a “verdade científica” determina o uso da linguagem em outras áreas da vida e do conhecimento. Entretanto, nem a ciência tem total controle dos seus próprios conceitos nem pode ter a pretensão de estabelecer verdades que vinculem outras áreas do conhecimento, dentre as quais está o Direito.

Um exemplo claro da dificuldade do uso preciso dos conceitos no âmbito das ciências pode ser tirado do debate sobre Plutão como planeta. Poucas ciências são tidas como mais rigorosas que a física, em especial, a astrofísica. No entanto, Plutão, que durante muitos anos do século XX foi considerado um planeta, deixou de sê-lo em 2006 em razão de uma votação promovida pela International Astronomical Union. Ora, quem diria que uma área do conhecimento pertencente às *hard sciences* poderia recorrer a uma convenção mundial para se debater e *votar* o uso correto de um conceito como o de “planeta”? Em 2008 foi feito um novo evento no Laboratório de Física Aplicada da Universidade John Hopkins para se discutir se não era o caso de devolver a Plutão o *status* de planeta. E o

ADPF 54 / DF

debate ainda não acabou[1][1].

A problemática que envolve Plutão não é, na verdade, se a afirmação “Plutão é um planeta” é verdadeira ou falsa, mas sobre o *uso* do conceito “planeta”. O ponto controverso (em um resumo bem simplificado) era o de que, se Plutão continuasse sendo considerado um planeta, diversos outros objetos astronômicos deveriam passar a ser classificados como planetas também. Isso causaria muitas dificuldades para as futuras classificações astronômicas. Assim, era necessário *optar* entre o conceito permanecer o mesmo e o signo “planeta” ser usado de modo diferente. A escolha foi baseada por razões utilitárias a partir de um critério (quem diria?) democrático (o resultado saiu, inclusive, de muito apertada maioria: 186 a 183). No entanto, ainda há divergências sobre o novo critério utilizado para o uso da palavra “planeta”, o que demonstra que o conceito não é nem um pouco estável.

Há outro exemplo interessante e mais próximo do ponto controverso aqui tratado. O uso do conceito “vida” em biologia é razoavelmente estável, significando, simplificada, a existência de um organismo com metabolismo próprio e capacidade de reprodução. No entanto, a biologia se vê às voltas com a aplicação do conceito aos vírus. Estes “organismos” se reproduzem ou apenas se replicam em razão de suas cadeias de DNA ou RNA? A capacidade de se replicar e adaptar a algumas circunstâncias novas poderia ser aplicada aos chamados vírus de computadores, que obviamente não são seres vivos. Com relação ao critério de presença de metabolismo próprio, os vírus não são capazes de metabolizar carbono ou qualquer tipo de energia[2][2]. A definição sobre a “vida” dos vírus é uma questão de escolha em razão das necessidades de definição e desenvolvimento coerente do conhecimento na biologia. Além disso, a falta de definição não impede que a virologia continue funcionando adequadamente como um ramo da biologia.

É de se deixar claro que, nos dois exemplos citados (o problema da definição de Plutão como planeta e dos vírus como seres vivos), não se trata de discutir qual é o caso, o que está correto, o que é a *verdade*, mas sim de demonstrar que os conceitos em ciência não são decorrentes de

ADPF 54 / DF

definições lógicas ou empiricamente precisas ou inquestionáveis, mas fruto das necessidades procedimentais e descritivas de acordo com o padrão de conhecimento em um determinado momento.

Não é diferente o caso do conceito de vida para a Medicina, que é o ponto sensível na discussão sobre a anencefalia.

Antes do critério da morte encefálica, a Medicina tratava um indivíduo como morto após a falência cardiorrespiratória. No entanto, o desenvolvimento de técnicas que poderiam “recuperar” a vida do indivíduo após a parada cardíaca ou da respiração fez a medicina repensar o seu padrão. Identificou-se que era o funcionamento do cérebro que viabilizava a recuperação e era a falência desse órgão do corpo humano que tornava impossível a recuperação. Mas, e a situação em que o organismo continua funcionando após a morte encefálica? Está vivo o indivíduo? Ora, a Medicina o considera morto, pois a falência dos demais órgãos é iminente e sem nenhuma chance conhecida de recuperação. Além disso, há um critério utilitário: com a declaração da morte cerebral como critério para o fim da vida é possível captar órgãos para transplantes que ainda estejam funcionando (e é necessário que ainda estejam em atividade para que sejam transplantados)[\[3\]\[3\]](#).

Assim, o critério de morte encefálica permite o reconhecimento da irreversibilidade do estado de morte ao mesmo tempo em que reconhece o funcionamento de outras partes do organismo humano, mas que em breve sucumbirão. Também na morte encefálica vê-se que o critério é utilitário, ainda que baseado na certeza atual sobre a irreversibilidade da perda da atividade cerebral. Nada impediria que, com a continuidade do funcionamento dos órgãos, ainda que por aparelhos e apoio médico, se considerasse o indivíduo vivo, mas apto a doar porque a morte é iminente.

Toda essa discussão tem como objetivo esclarecer que a ciência é uma atividade social que busca uma descrição acurada dos fatos que lhe são pertinentes, mas não um conhecimento à parte, fora das condições sociais e com a capacidade de definir e descrever os fenômenos empíricos em suas verdades últimas. Mesmo tendo os fatos como critério de suas

ADPF 54 / DF

correções, todo tipo de ciência, da física à medicina, tem de lidar com o limite de significabilidade da linguagem e com a incapacidade de acesso total aos fatos (que decorre do limite do uso da linguagem para a descrição de fenômenos). Assim, os conceitos são meramente funcionais em ciência, eles servem para descrever coerentemente os fenômenos e podem ser mudados ou abandonados conforme as necessidades da descrição e do funcionamento do conhecimento estabelecido.

Para que tudo isso fique mais claro, é importante uma breve digressão sobre os problemas da linguagem como meio de expressão do conhecimento. Partindo-se do pressuposto de que a ciência tem por função a descrição rigorosamente verdadeira do mundo, o uso da linguagem por qualquer cientista deveria ser preciso, para não gerar dúvidas acerca daquilo a que se refere. Essa precisão da linguagem estaria associada à capacidade de produzir afirmações descritivas sobre o mundo. Na medida em que descreve algo, uma afirmação pode ser verdadeira ou falsa. Se uma sentença descritiva não pode ser verdadeira ou falsa, ela funciona como uma tautologia e, portanto, não permite nenhum conhecimento sobre o mundo (seria como um meteorologista afirmar que, de acordo com a previsão do tempo para hoje, ou chove ou não chove). Sentenças que não afirmam nada sobre o mundo deveriam ser eliminadas. Afirmações imprecisas sobre o mundo deveriam ser corrigidas.

Diante desses pressupostos, a verdade de um conhecimento qualquer deveria ser garantida apenas por critérios empíricos, pela correção do uso da linguagem com relação ao fato que ela procura descrever. Se a descrição corresponde ao fato empiricamente verificado, então ela é verdadeira. Se não, é falsa. A partir daí poder-se-ia construir as leis científicas: afirmações gerais que descrevem condições universais sobre uma determinada classe de fenômenos e que abrangem os fatos empíricos possíveis a ela relacionados. As leis gerais permitem a previsibilidade dos fenômenos: espera-se que o próximo fato singular observado esteja em conformidade com uma afirmação sobre ele que pode ser derivada da lei geral. Pois bem, se a afirmação sobre o fato

ADPF 54 / DF

derivada da lei não estiver em conformidade com o fato concretamente observado, ela é falsa. Se ela foi corretamente derivada do conteúdo da lei da natureza em questão, então esta descrição de caráter universal também é falsa.

Esse critério ficou conhecido como verificacionismo[4][4]. A certeza do conhecimento científico deveria vir da aferição indubitável dos fatos. Uma descrição científica, para ser significativa, precisaria ter uma estrutura lógica que a possibilitasse ser verdadeira ou falsa. Ela sobreviveria no sistema enquanto não houvesse a sua refutação (veja-se que o critério não é a proposição ser verificada, mas a verificabilidade, o que quer dizer a possibilidade de vir a ser verificada ou refutada). Com a verificação ela se tornaria uma certeza. Caso não se mostrasse em conformidade com os fatos seria rejeitada como falsa. Assim, o empirismo seria o único critério sobre a verdade de uma proposição e a correção derivaria do fato de estar de acordo com as regras de inferência da linguagem científica estabelecida e com os conteúdos empiricamente determinados anteriormente[5][5].

A descrição acima parece estar em conformidade com o que o senso comum aceita como atividade científica e pode causar estranheza que várias afirmações estejam no modo condicional. Entretanto, isso se justifica pelo fato de que as coisas nem são tão simples nem funcionam assim no mundo da ciência. Os próprios defensores das teses acima expostas chegaram à conclusão de que as condições de significado da linguagem e a exigência de verificação precisavam ser flexibilizadas. Os critérios de definição e equivalência de uso de expressões e signos podem muito bem ser arbitrários, desde que estejam de acordo com as exigências formais e empíricas já aceitas em uma linguagem de base. E a linguagem de base é fruto de um critério de seleção, não havendo uma única que seja logicamente necessária.

Além disso, uma sentença que designa um fato nunca pode ser completamente verificada. Isso quer dizer que, quando uma proposição se mostra falsa, nada impede que se abandone a proposição e se mantenha a linguagem de base, com o intuito de manter a coerência do

ADPF 54 / DF

sistema de referência. Ademais, a linguagem de base pode ser ajustada para se conformar aos novos fatos descritos e, muitas vezes, há a alteração de conceitos ou a eliminação de alguns com a substituição por outros para que a linguagem permita uma descrição mais acurada da nova situação do conhecimento dado. Também pode acontecer que a ciência permaneça com o uso de uma linguagem em que alguns signos ainda não têm uma definição clara para casos limites, na medida em que não está bem estabelecida a compreensão do fenômeno. Mas o conhecimento científico não deixa de funcionar por causa disso e as definições são substituídas por sentenças de redução, em que uma sentença pode ser reduzida a outra já conhecida na linguagem utilizada pela ciência[6][6].

A tentativa subsequente de substituição do critério de verificação ou confirmação pelo de falsificação[7][7] não altera muito o quadro sobre a incerteza da linguagem. Pelo contrário, o confirma, principalmente no que tange à questão da verdade. Segundo o falsificacionismo, o dever do cientista é, ao apresentar suas afirmações de conteúdo fatural, tentar falsificar a afirmação. Como esta deve ser uma decorrência lógica do sistema ou dos conteúdos empíricos assumidos como verdadeiros na lei científica de caráter universal, demonstrando-se que a afirmação singular corretamente derivada é falsa com relação ao fato que descreve, isso significaria que a lei geral, viabilizadora da derivação lógica ou do conteúdo empírico, é falsa. Dever-se-ia, então, abandonar a lei geral e buscar, por meio da intuição e da criatividade, novas criações de hipóteses gerais que pudessem ser testadas e que viessem a resistir a testes futuros. O requisito para essas proposições de conteúdo generalizado ou universal é que sejam falsificáveis, ou seja, que sua estrutura lógica permita que elas possam se mostrar falsas a qualquer momento, de modo que sobreviveriam no sistema científico enquanto os fatos empíricos derivados da observação não as refutassem.

Essa posição traz algumas consequências interessantes para a epistemologia contemporânea, principalmente no que tange ao problema da verdade. Tal ocorre porque, como as proposições da ciência (sejam as de caráter de lei científica, sejam as que tratam de fatos singulares)

ADPF 54 / DF

sempre podem ser falsificadas, isso significa que, por mais que sobrevivam aos testes empíricos, nunca se pode saber se uma afirmação é definitivamente verdadeira, pois sempre é, em princípio, possível que um fato ou um conjunto de fatos posteriores venha a mostrar que a afirmação posta em questão era falsa. Daí decorre que a **Verdade** deixa de ser um objetivo a ser alcançado pelo cientista (porque impossível logicamente) para se tornar um ideal direcionador da atividade científica e o cientista passa a ter uma **verdade** parcial com a qual ele lida para fins operacionais.

Outro problema do modelo falsificacionista é que, quando uma teoria se mostra falsa, não é possível ter certeza se é a afirmação singular dela decorrente e que se mostrou incompatível com o fato é que é falsa ou se as condições de observação é que não eram propícias para o teste empírico que foi realizado. Retorna o problema de não ser possível dizer se se afasta a afirmação ou se a mantém contra a observação, que pode ser precária. Outra questão é a seguinte: quando um cientista se vê às voltas com o problema de ter de abandonar a teoria, ele fica sem instrumental para pensar e refletir sobre a realidade, já que a teoria era o que o guiava em suas pesquisas. Assim, nada impede que seja mantida a teoria ou mesmo que esta seja simplesmente ajustada para dar conta da nova informação recebida. Mais uma vez, é possível que, no confronto com uma informação empírica nova, a teoria seja mantida e o fato, “abandonado”^{[8][8]}. Essa confusão traz o problema do relativismo, decorrente da dúvida sobre a possibilidade de se encontrar a verdade de uma proposição^{[9][9]}. A ciência, obviamente, não tem uma linguagem, nem mesmo definições, capazes de representar a realidade de maneira segura.

Tais considerações levam a própria teoria da ciência a recolocar a atividade científica dentre as atividades sociais praticadas institucionalmente. A ciência é uma instituição social que funciona de modo a produzir um conhecimento estável que possa ser reproduzido intersubjetivamente. Dessa forma, a “verdade” do conhecimento científico passa a depender da prática e do reconhecimento institucional

ADPF 54 / DF

daqueles que com ele lidam. Tal compreensão da atividade científica leva à construção da ideia de paradigma na ciência[10][10].

Simplificadamente, a ideia de paradigma representa o conjunto de crenças, valores, teorias e métodos compartilhados por uma comunidade científica. A noção de comunidade é aqui muito importante, porque determina que o conhecimento aceito a partir dos elementos citados depende da prática institucional dos membros dessa comunidade e não de uma realidade empírica alheia ao que é compartilhado intersubjetivamente. Assim, aquele que não comunga dos pressupostos do paradigma não é um cientista, pode ser no máximo um filósofo. Por sua vez, aquele integrado à comunidade científica só consegue enxergar a realidade em conformidade com as condições paradigmáticas, de modo que se pode dizer, inclusive, que o paradigma serve como os “óculos” que o cientista usa para enxergar a realidade[11][11]. Sem ele, não há atribuição de sentido aos fatos empíricos que servem de base para a prática científica.

Isso quer dizer que cada tipo de prática científica apresenta as suas condições paradigmáticas e cada subdivisão, por sua vez, tem paradigmas próprios que não contrariam o paradigma abrangente[12][12] daquela prática como um todo. Cada ciência apresenta uma linguagem própria que está em conformidade com as condições paradigmáticas aceitas e que é pertinente ao seu campo de atuação e suas pretensões cognitivas. Assim é que a física se vê às voltas com o conceito de planeta originado com o problema de Plutão; a biologia discute o conceito de vida na tentativa de resolver a questão da classificação dos vírus e a medicina precisa de um conceito adequado de vida para aproveitar as benesses das novas tecnologias e cumprir a sua missão de melhorar as condições de saúde dos indivíduos e da sociedade. No que concerne às duas últimas ciências, os conceitos de vida são utilizados de maneira absolutamente distinta, o que demonstra que não há um significado único para a palavra “vida”, ela não traz qualquer essência em si. Dizer o contrário seria se basear em um pressuposto dogmático inquestionável ou em alguma autoridade transcendente que não se pode questionar, **o que**

ADPF 54 / DF

não é nem propriamente científico, tampouco democrático.

Pois bem, nada impede que a ideia de paradigma utilizada para descrever a prática científica seja aplicada a outras esferas do conhecimento. O que é necessário é que a atividade tenha uma linguagem direcionada a preocupações próprias, conceitos utilizados de maneira razoavelmente estável, o que é demonstrado pelo compartilhamento intersubjetivo de uma comunidade linguística direcionada à mesma prática, e regras de criação, derivação e transformação da sua linguagem. No que é pertinente ao Direito, é com base nesses elementos que Alexy compreende a função da dogmática jurídica: um saber que busca uma estabilidade conceitual para direcionar a aplicação dos conceitos e institutos propriamente jurídicos e que leva em consideração a jurisprudência e a legislação para manter a consistência do sistema^[13] ^[13], e não um conjunto de pressupostos inquestionáveis a descrever a própria essência dos conceitos e objetos por ela estudados. Entendida a dogmática jurídica dessa forma, a ideia de paradigma pode ser aplicada ao direito.

Diante dessa constatação, os conceitos jurídicos, que, inclusive, se transformam em institutos ou princípios, têm uma função própria: a de dizer quais são as ações viabilizadas institucionalmente aos indivíduos que convivem em uma sociedade concreta (em outras palavras, o Direito diz ao indivíduo se uma ação é proibida, obrigatória, permitida em sua realização ou permitida em sua omissão e, se ambas as permissões forem o caso, o indivíduo está no que pode ser chamado de “posição geral de liberdade”^[14]^[14]). Portanto, evidentemente as preocupações do Direito, como área do conhecimento humano aplicado, não se confundem com aquelas pertinentes às ciências, sejam elas sociais ou naturais. Os conceitos e a linguagem do Direito devem dar conta, de uma maneira coerente e inteligível, de fenômenos ligados à regulação do agir humano e, por isso, têm uma função própria e um uso próprio que determina, pragmaticamente, a sua semântica^[15]^[15].

Essa digressão rápida e simplificada sobre epistemologia que culmina com a conclusão da independência do conhecimento jurídico e,

ADPF 54 / DF

portanto, da sua aplicação, é o que permite desmascarar a falácia inicialmente apontada: o conceito de vida no Direito há de ser discutido de acordo com sua significação própria no âmbito da dogmática jurídica, da legislação e da jurisprudência. Entendimento diverso que vincule o saber jurídico ao saber médico ou a um conceito único de vida só faz confundir os campos do conhecimento empírico com o campo da ação humana. Além do mais, a negação dessas considerações só pode ser baseada em uma postura dogmática e autoritária injustificável, e não é outra a consequência da falácia naturalista.

Isso não quer dizer, é necessário ficar claro, que o Direito não deva ou não possa se valer de outros ramos do conhecimento ou da regulação da ação (da ciência e da ética de uma maneira geral). Significa, apenas, que nenhum deles determina o Direito ou o seu conteúdo como condição necessária, como algo que vincule as decisões jurídicas. E é também importante deixar muito claro que toda essa discussão não pretende colocar o Direito como alheio, intangível ou superior no que se refere aos outros saberes, mas apenas estabelecer os seus pressupostos e necessidades próprios.

Para os fins do Direito todas as demais áreas do conhecimento são importantes no auxílio à compreensão dos limites daquilo que pretende regular e para a aplicação dos conceitos de forma coerente com os seus próprios pressupostos. Os outros ramos do conhecimento informam ao Direito como se estabelecem e qual a gramática dos fenômenos que a ele estão submetidos em forma de ação, para que se mantenha coerente com seus princípios e objetivos. É sob esta perspectiva que têm de ser interpretadas todas as colaborações presentes nas audiências públicas realizadas.

É necessário, então, perquirir sobre como o Direito regula a vida, para, depois, tentar-se extrair uma prática que possa ser razoavelmente coerente sobre o uso do conceito. Como a discussão posta está relacionada com o problema da interpretação conforme à constituição de normas do direito penal, faz mais sentido começar por ele.

No Direito Penal, os crimes contra a vida estão regulados nos arts.

ADPF 54 / DF

121 a 128 do Código Penal. No que concerne aos tipos específicos, sem levar em consideração as suas formas qualificadas ou causas de aumento ou diminuição da pena e causas agravantes e atenuantes, há uma gradação na importância da vida protegida como bem jurídico: no homicídio, a pena é de 6 a 20 anos de reclusão; no induzimento, auxílio ou instigação ao suicídio, a pena é de reclusão de 2 a 6 anos; no infanticídio, que só pode ser praticado pela mãe e se estiver em estado puerperal, pena de detenção de 2 a 6 anos; no aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, a gestante pode ser punida com detenção de 1 a 3 anos e o indivíduo que provoca o aborto é punido com reclusão de 1 a 4 anos.

Vê-se, claramente, que os graus de reprovabilidade são diferentes e que a situação da mãe ou gestante é levada em consideração. Praticar o infanticídio não gera penas tão graves quanto cometer um homicídio, que, por sua vez, é punível de forma mais exasperada do que a prática de um aborto. Ainda, é de se considerar que a lesão corporal grave tem uma pena máxima maior do que a do aborto. Também é importante frisar que o aborto provocado sem o consentimento da gestante tem pena de 3 a 10 anos, bem inferior à de homicídio. Assim, para fins de valoração da reprovabilidade, espera-se menos da relação da gestante e da sociedade com o feto do que na relação entre dois indivíduos já totalmente formados organicamente no que tange à proteção da vida e do direito à plenitude da integridade física como bens jurídicos. Lembre-se, ademais, que o estupro é causa de excludente de ilicitude do crime de aborto (art. 128, II, do Código Penal), mesmo que o feto seja plenamente viável. Ou seja, no caso de estupro não há interesse em proteger o feto contra a gestante. Fica evidente que, para o direito penal, vida não é, em hipótese alguma, um valor único e absoluto.

É necessário reiterar (porque já dito) que não há uma definição de vida, de modo que o vocábulo “vida” parece poder ser substituído, na linguagem do Direito Penal, por manutenção dos sinais orgânicos vitais do ser humano. Mas quais são esses sinais e se há algum que seja suficiente e necessário não está no espectro dos dispositivos que

ADPF 54 / DF

protegem a vida. No caso do aborto, fica ainda mais difícil a decisão, pois o que está protegido, o desenvolvimento biológico intrauterino pura e simplesmente ou a vida como perspectiva de desenvolvimento após o parto? Aqui se pode recorrer à doutrina, tendo sido escolhidos três autores de renome na dogmática penal do direito brasileiro.

Nelson Hungria^{[16][16]} afirma que o bem jurídico protegido no caso do aborto é a vida do feto e o crime se consuma independentemente de a morte ter se dado dentro ou fora do útero, desde que, ocorrendo o falecimento no ambiente exterior, ele tenha resultado das manobras abortivas. Entretanto, se já morto o feto antes da prática do procedimento abortivo, não há crime.

Luiz Regis Prado^{[17][17]} segue a mesma linha de Nelson Hungria e considera que o bem jurídico tutelado é a vida do feto dependente da mãe dentro do útero. Deste modo, o crime só se configura se vivo o feto antes dos atos abortivos e decorrente, sua morte, das manobras para o aborto. No que tange à anencefalia, entende que, apesar de não se poder incluir a má-formação no critério de morte encefálica, a falta de capacidade para a afetividade, consciência e comunicação faz com que o feto não possa ser considerado “tecnicamente vivo”, não sendo protegido o aspecto apenas biológico da vida. Neste caso, o fato seria atípico em razão de uma “excludente de desvalor” da conduta (nas palavras do autor).

Cezar Roberto Bitencourt^{[18][18]}, por seu turno, identifica como sujeito passivo do crime de aborto o feto, mas como ser humano em formação, não propriamente como pessoa. Como o Direito Penal protege a vida humana desde o seu princípio, o aborto é a destruição desta vida até o início do parto. No que tange à questão da anencefalia, entende que o fato é atípico por tratar-se de natimorto e que, ademais, seria caso de inexigibilidade de conduta diversa.

Para o Direito Penal, o feto é, portanto, protegido, mas só se delineará o aborto se houver vida no ser que é fruto da concepção. Não há clareza, contudo, sobre o que pode ser considerado como conteúdo da expressão “vida”. Necessário, portanto, levar adiante a indagação sobre o

ADPF 54 / DF

uso desse conceito dentro do jogo da linguagem jurídica.

No direito privado, o Código Civil é claro ao dizer, em seu art. 2º, que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. Mais uma vez fala-se em vida, mas não há definição. Todavia, é fato que há interesse na proteção do feto, pois a lei reconhece que tem direitos. Importa, então, entender qual o âmbito de proteção do nascituro no Direito Civil.

Não só o art. 2º do Código Civil fala do nascituro. O art. 542 do mesmo diploma legal dispõe que o nascituro pode receber bens em doação; o art. 1.609, no seu parágrafo único, fala sobre a possibilidade de reconhecimento de filho antes mesmo do seu nascimento; na ausência do pai e na impossibilidade ou no caso da perda de poder familiar por parte da gestante, deve-se nomear curador ao nascituro, como preceitua o art. 1.779; enfim, as pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão estão legitimadas a suceder, conforme o art. 1.798. Há, ainda, a preocupação com o devido desenvolvimento da gestação por meio da garantia de alimentos gravídicos, conforme preceitua a Lei n. 11.804/2008.

No entanto, o que ocorre no mundo jurídico se o nascituro, herdeiro ou donatário, vier a falecer antes do nascimento? Nada, o exercício dos direitos é condicionado ao seu nascimento com vida, quando ele adquire personalidade civil. O contrato de doação com o nascituro só se perfaz com o seu nascimento com vida. O mesmo acontece com o direito à herança, que só se concretiza com o nascimento com vida. E a curatela extingue-se com o nascimento com vida e sendo necessário, à criança será nomeado um tutor.

Assim, há proteção dos direitos materiais futuros do nascituro, mas não há definição clara do que é vida para os fins do Direito Civil. Essa ideia de vida a ser protegida fica dependente de critérios não delimitados pelo Código Civil. O que se pode dizer é que há um interesse jurídico na preservação da possibilidade do nascimento com vida e que não há transmissão de bens pelo nascituro nos casos de não nascimento ou de natimorto.

Deste modo, o critério de vida precisa ser analisado em outro

ADPF 54 / DF

âmbito, que indicará às demais esferas do Direito como usar o conceito vida e quais os seus limites. Tal consideração pode ser buscada no que se tem chamado de Biodireito, que trata da relação do Direito com aspectos da vida biológica e da ética a respeito do ser humano. Para esse fim, é importantíssimo destacar que a Lei de Transplantes de Órgãos (Lei n. 9.434/97) determina como morte a chamada morte encefálica, quando não há mais atividade cerebral no indivíduo, e remete os critérios clínicos do diagnóstico da morte ao Conselho Federal de Medicina (art. 3º da Lei n. 9.434/97). *A contrario sensu*, portanto, vida é a existência de atividade cerebral.

Essa situação indica que, para o Direito, o que importa não é o simples funcionamento orgânico, mas a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social. Não há interesse em proteger a mera vida orgânica. Até porque, sabe-se: sem o cérebro, o organismo não sobrevive por muito tempo e, ainda que sobrevivesse, não teria característica subjetiva alguma a ser partilhada intersubjetivamente. Funções orgânicas e atos reflexos não interessam ao Direito como objeto de proteção daquilo que se designa por vida na linguagem jurídica. Isso não quer dizer que o organismo em funcionamento não possa ser objeto de proteção, seja para um fim utilitário (o transplante de órgãos), seja como respeito à família e à sociedade, no sentido de preservação dos sentimentos familiares sobre a memória e a integridade do corpo do ente querido ou a segurança jurídica para a sociedade de que a percepção sobre a morte será respeitada e o corpo permanecerá protegido como forma de respeito aos mortos (o que se dá com a proibição do vilipêndio a cadáver, por exemplo). Mas essa proteção não é de forma alguma absoluta. Por exemplo, a família pode doar o corpo para um laboratório de anatomia.

Estabelecidos os fatos que interessam ao universo jurídico, agora sim a Medicina, como saber especializado, pode ser determinante para o Direito. Se o interesse jurídico é a proteção das capacidades de convivência, emoção, inter-relação, cognição, consciência, etc, à Medicina cumpre esclarecer em quais circunstâncias essas capacidades estão

ADPF 54 / DF

presentes, como se perdem e como funcionam, de modo que o Direito vai assumir estes dados de acordo com o conhecimento atual da técnica. Assim é que a Lei de Transplantes de Órgãos remete a regulação dos critérios de diagnóstico de morte encefálica a resolução do Conselho Federal de Medicina (o que foi feito por meio da Resolução n. 1.480/97).

No caso da morte encefálica, a Resolução n. 1.480/97 do CFM determina que o diagnóstico deve ser consequência de processo irreversível e causa conhecida e que clinicamente o paciente deve apresentar coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apneia. Além disso, exames complementares devem demonstrar, inequivocamente, ausência de atividade elétrica cerebral ou ausência de atividade metabólica cerebral ou ausência de perfusão sanguínea cerebral. Com um desses requisitos presente, a falência do cérebro é irreversível. Assim, os critérios para o diagnóstico e declaração de morte cerebral são tais que se tem certeza de que o indivíduo, que já possuiu um dia as suas capacidades cerebrais, não apresenta chance alguma de voltar a tê-las no estágio atual da Medicina.

Diante dessas características, o direito positivo reputa suficiente a declaração de morte encefálica para o indivíduo ser considerado morto, não sendo mais necessário aguardar a falência cardiorrespiratória. A morte cerebral levará inevitavelmente a esse quadro e a situação é irreversível. E, ainda que o indivíduo possa ser mantido por algumas horas ou dias, ele jamais terá qualquer consciência, emoção, sentimento, capacidade de resposta ao (ou interação com) ambiente (mesmo que possa acontecer de, com morte cerebral declarada, apresentar determinados reflexos, como movimento de flexão dos dedos da mão, flexão do tronco, entre outros)[19][19]. Portanto, a morte encefálica, dentro dos parâmetros de diagnóstico estabelecidos pela Medicina, é critério claro, seguro e garantido de que o indivíduo não recuperará quaisquer capacidades físicas ou psíquicas. O critério da morte cerebral é o hoje usado para a definição de vida e morte tanto no Direito Civil como no Direito Penal e no Biodireito.

Ainda no campo do Biodireito, no tocante à proteção da vida, a Lei

ADPF 54 / DF

de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) também favorece a compreensão do que se pode entender por vida na esfera da proteção jurídica. Em seu artigo 5º, permite a pesquisa com células-tronco obtidas de embriões humanos. Aqui se vê que, apesar dos cuidados tomados (os embriões devem ser inviáveis ou congelados há mais de 3 anos), não trata o fruto da concepção humana *in vitro* nas condições por ela determinadas como merecedor de proteção. Estes embriões são, na verdade, objetos que podem ser manipulados para fins de desenvolvimento do conhecimento científico. Não basta a formação do material genético humano para o tratamento como vida a ser protegida. Se o embrião pode ser considerado biologicamente vivo é outro caso. Para o Direito ele simplesmente não o é.

Essa questão ficou definida por este Supremo Tribunal Federal na discussão da ADI n. 3.510/DF, de relatoria do Ministro Ayres Britto, em que se entendeu não ser, o embrião fecundado *in vitro*, um ser vivo no sentido do que dispõe o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Ficou assentado que a vida protegida pelo Direito pressupõe a possibilidade de desenvolvimento de um indivíduo com capacidades humanas, não apenas possíveis condições biológicas. É preciso que o embrião, para merecer proteção do ordenamento jurídico, tenha a possibilidade concreta de vir a ser pessoa, não bastando tenha sido fecundado por meio artificial. Se não implantado, o embrião produzido *in vitro* jamais poderá ser pessoa e, portanto, não é alvo da proteção jurídica. Independente da genética humana, só é ser humano vivo para os fins do Direito o organismo que possa vir a desenvolver as capacidades mínimas intrínsecas aos seres humanos. Essa a tônica dos que votaram pela improcedência da mencionada ADI. Esse direcionamento serve também para indicar qual é o uso de “vida” como direito previsto no espectro não mais do Biodireito, mas do Direito Constitucional, e é esse uso que deve direcionar a compreensão da vida como direito (e não como fato) em todos os demais microsistemas do nosso ordenamento jurídico.

Mais uma vez, vê-se que o conceito de vida, não delimitado pelas normas civis e penais, tratado como presença de atividade cerebral pelo Biodireito, é entendido como dependente da possibilidade do

ADPF 54 / DF

desenvolvimento de propriedades intrinsecamente humanas no âmbito do Direito Constitucional, em conformidade com o decidido na ADI n. 3.510/DF, características essas que não são apenas a presença de aspectos da genética humana, mas a capacidade dessas particularidades se desenvolverem em capacidades físicas e psíquicas mínimas que permitam identificar um indivíduo como pertencente ao universo humano.

Também é possível ver esse direcionamento da questão na discussão que se iniciou nesta Corte no *Habeas Corpus* n. 84.025/RJ, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa e que não teve o mérito julgado em razão da perda de objeto da ação. Nesse *habeas corpus*, que inaugurou, no seio desta Corte, o debate sobre a condição jurídica dos fetos anencefálicos, entendeu o eminente Relator que o Direito protege a vida humana viável, completa, não apenas a vida vegetativa, e que a ausência de cérebro não permite essa vida completa, no sentido de envolvimento maior que os aspectos biológicos. E, levando-se em consideração que o referido *habeas corpus* diz com outro *writ*, impetrado no Superior Tribunal de Justiça, em que a 5ª Turma daquela Corte reputou inviável a antecipação do parto de feto anencéfalo, é de se ressaltar que, em acórdão publicado em 15.5.2006, a mesma 5ª Turma deixou consignado em ementa, apesar da perda de objeto da ação, que em caso de gestação de feto inviável para a vida extrauterina não há falar em aborto (HC n. 56.572-SP, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima).

Como se vê, a tendência do uso semântico do conceito de vida no Direito está relacionado com critérios voltados às ideias de dignidade, viabilidade de desenvolvimento e presença de características mentais de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade e não apenas atos reflexos e atividade referente ao desenvolvimento unicamente biológico. Diante disso, é de se reconhecer que merecem endosso os posicionamentos de não caber a anencefalia no conceito de aborto. O crime de aborto diz respeito à interrupção de uma vida em desenvolvimento que possa ser uma vida com algum grau de complexidade psíquica, de desenvolvimento da subjetividade, da consciência e de relações intersubjetivas. E, por tudo o que foi debatido

ADPF 54 / DF

nos autos desta ação de descumprimento de preceito fundamental, a anencefalia não é compatível com essas características que consubstanciam a ideia de vida para o Direito. Essa é a vida que a Constituição garante, de modo que a compreensão de “vida” como conceito nas demais esferas do Direito deve seguir essa delimitação.

Portanto, a interrupção da gravidez, ou a antecipação do parto em caso de anencefalia, é fato atípico, motivo pelo qual é de se dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal para excluí-la do âmbito de abrangência do conceito de aborto. A interpretação ora declarada inconstitucional é incompatível com o conceito de vida que se pode extrair do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Sendo atípico o fato, a proibição da retirada do feto anencefálico ou da antecipação do parto fere a liberdade de escolha da gestante. Os dispositivos questionados permanecem intocados, apenas a interpretação extensiva – a que inclui o feto anencéfalo – é que viola direito fundamental da gestante. Nessa linha, é procedente a presente ação.

(ii) A vontade do legislador na ausência da anencefalia como causa excludente de ilicitude.

Além do debate sobre o conceito de vida, cumpre analisar, para o adequado equacionamento do tema, se deve, ou não, ser levado em conta o fato de o legislador supostamente ter retirado, de forma deliberada, a anencefalia do rol das excludentes de ilicitude do crime de aborto previstas no art. 128 do Código Penal. Definido o fato como atípico, em princípio a discussão estaria prejudicada, não cabendo cogitar de interpretação extensiva daquele preceito legal, e sim dizer que a antecipação do parto em caso de anencefalia não está abrangida pelo conceito de aborto. Repita-se: atípico o fato.

Contudo, no caso dos autos o argumento da vontade do legislador não pode ser simplesmente ignorado, ainda que sabidamente a interpretação histórica, pelo caráter subjetivo e pelo influxo da passagem do tempo autorizador da releitura dos enunciados normativos (basta lembrar o fenômeno das mutações constitucionais), não se revista de

ADPF 54 / DF

maior relevo e esteja em jogo preceito muito anterior à Constituição de 1988, fundamento de validade de todas as normas integrantes do ordenamento jurídico em vigor (Kelsen). E isso porque a tese esgrimida se escora na premissa de que rejeitada voluntariamente no processo legislativo a exegese perseguida na presente ADPF. Assim, ao optar, o legitimado para tomar as decisões políticas e valorativas do país, de modo a vincular todos os demais, por não considerar a anencefalia caso de excludente de ilicitude, teria pretendido abranger a interrupção da gravidez de anencéfalo no tipo do aborto. Desse modo, a antecipação do parto, em tal circunstância, seria sim fato típico e, conseqüentemente, não haveria espaço para falar em interpretação extensiva do art. 128 do Código Penal, limitado que teria sido intencionalmente o seu alcance.

Nessa forma de colocar a questão, não importa mais se a ciência diz, ou não, que o anencéfalo é merecedor de proteção jurídica. O próprio legislador assim teria considerado, não cabendo ao Judiciário atuar como legislador positivo, acrescentando nova excludente contra o Poder legitimado para a criação das leis.

Enfrentada a *quaestio* sob esse ângulo, o rumo do discurso deve ser outro, para a demonstração de que, nesse caso, a vontade do legislador é no mínimo questionável. Com efeito, em ordenamento jurídico em que o estupro - quando dele resulta gravidez mesmo que de feto absolutamente viável-, é excludente de ilicitude do aborto (CP, art. 128, II), a presunção é de que como tal não foi contemplada a anencefalia unicamente em razão da deficiência tecnológica, em 1940, para o diagnóstico seguro da má-formação. Como se sabe, data de 1940 o Código Penal - Lei nº 2848, de 07.12.1940 -, e o uso da ultrassonografia, apenas da década de noventa.

Nessa linha, entendo que o argumento não se sustenta.

A tese fundada na vontade do legislador tem como pressuposto a de que a intenção do Poder Legislativo há de ser preservada. E isso porque o querer do legislador, e não o do juiz, é que deve vincular a ação dos indivíduos em sociedade, uma vez que o Legislativo é a Casa dos representantes dos sujeitos a quem a lei se destina. Logo, preservar a vontade do legislador como elemento de legitimidade é respeitar a

ADPF 54 / DF

separação dos poderes, para que não haja sobreposição de funções e se evite o arbítrio nas decisões.

A preservação da vontade do legislador está relacionada com o princípio da supremacia do Poder Legislativo, que, por sua vez, decorre do princípio da democracia representativa. Então, é preciso desenvolver rapidamente a idéia de supremacia do legislador na sua origem conceitual.

O modelo do Estado Moderno, cuja primeira versão foi a do Estado liberal, nasce em oposição ao Estado absoluto, que por sua vez é a última forma de racionalização da organização política medieval^{[20][20]}. Seja nos sistemas políticos ainda feudais, seja nos Estados absolutos já formados, não há instituições estatais claramente estabelecidas, o exercício do poder é realizado ou pelo senhor feudal ou pelo rei, o que leva a uma confusão entre normas jurídicas e vontades subjetivas. Deve-se acrescentar que não há uma separação precisa entre o Direito e a tradição (que englobava a moral e a religião), o que quer dizer que o Direito é basicamente a generalização da vontade de quem exerce o poder de fato ou forte em critérios de legitimidade pré-modernos (costume, religião ou vivência comunitária) ou dos costumes já arraigados na sociedade.

Resulta que o Direito pré-moderno é um Direito voltado para a manutenção do passado, não para a regulação do futuro^{[21][21]}. Como a maior parte do direito vigente não é escrito, obviamente não há controle dos poderes existentes, nem garantia de manutenção do respeito aos costumes^{[22][22]}. Acrescente-se que, na visão medieval, o princípio básico é a desigualdade estamental, pois a sociedade é vista como um todo orgânico que deve funcionar harmonicamente, com cada grupo ou parte realizando devidamente as suas funções. É a ideia de função social dentro de um organismo que não pode deixar de funcionar que faz com que o modelo social da Idade Média seja baseado no princípio da diferença, em que cada estamento deve cumprir o seu papel e não se confundir com o outro^{[23][23]}.

A transformação por que passa a sociedade feudal com a crescente

ADPF 54 / DF

urbanização e o desenvolvimento do comércio, fonte de renda que se torna mais promissora que o cuidado e o cultivo da terra, começa a minar a forma de sociedade comunitária típica da Idade Média, pois o comércio depende de se assumir riscos individualmente, bem como de regras comuns para que não haja controle das possibilidades de mercado e de produção[24][24]. Assim, as transformações do final da Idade Média, que levaram ao crescimento e desenvolvimento urbano, criaram as condições para a Revolução Industrial, que transforma todas as bases da sociedade ocidental[25][25].

A valorização da economia de mercado, o começo da produção em massa, o desenvolvimento urbano e a Reforma Protestante abalaram as estruturas sociais estáveis da Idade Média, retirando tanto a força da legitimação divina do poder em razão da pergunta hobbesiana sobre quem obedecer[26][26], como o reconhecimento da legitimidade dos costumes, pois o modelo social que se apresenta é inteiramente novo, porque retira o sujeito da esfera de submissão da comunidade e o atira no mundo da responsabilidade pessoal pelas suas escolhas e por seu futuro: surge o indivíduo na história do Ocidente.

O indivíduo, para agir no mercado, necessita de liberdade, basicamente liberdade de ação na sua vida privada para poder escolher o que é melhor para si e quais riscos correr (a invenção moderna do indivíduo levou ao desenvolvimento do direito privado moderno). Entretanto, não apenas a liberdade é necessária para a existência do indivíduo. É preciso, para que ele faça as suas próprias escolhas e assuma os próprios riscos, que não haja interferência de outros sujeitos, ou privados ou que exerçam qualquer poder público. É fundamental, destarte, que o sujeito, agora indivíduo, seja objeto de igual tratamento com relação aos demais e que o Direito passe a regular ações futuras de maneira clara e direta, para que os indivíduos, ao realizarem as suas escolhas, saibam quais os limites sem que sofram interferências nas suas preferências. A norma jurídica transforma-se em lei, que, por definição, deve ser geral e abstrata. Portanto, aplica-se a todos da mesma forma, sem distinção de origem social[27][27]. Se, na Idade Média, o princípio

ADPF 54 / DF

básico da coesão social era a manutenção da diferença dos grupos que podiam ser reconhecidos como atores sociais, na Modernidade os princípios básicos que permitem a existência de uma sociedade de mercado são a liberdade de escolha (a famosa liberdade negativa) e a igualdade diante da lei[28][28].

O problema institucional que tal transformação da sociedade gera é que, no intuito de que o indivíduo seja livre para escolher e tenha essa liberdade de escolha protegida contra interferências externas (públicas ou privadas), limitada apenas por regras gerais que fazem com que a escolha de um não impeça a liberdade dos demais, ele necessita de proteção contra abusos e garantia de que as liberdades serão respeitadas. É necessário, então, que o poder seja controlado. Pois bem, o maior poder e o que mais tinha capacidade de interferir na vida dos sujeitos e o que mais o fazia efetivamente era, sem dúvida alguma, o Estado. Assim, o Estado Moderno nasce de duas necessidades jurídico-sociais básicas: proteção do indivíduo e, como consequência, contenção efetiva do poder. Estas as características básicas do que ficou conhecido como Estado liberal.

Nessa linha de ideias, a proteção do indivíduo contra outros indivíduos (agora formalmente iguais) era feita pela lei geral e abstrata, principalmente direcionando as atividades privadas e suas formas de realização para serem consideradas atos jurídicos válidos. A racionalização da vida privada tem como auge a codificação civil, cujo maior exemplo é o modelo liberal do Código Civil Napoleônico. Já a proteção do indivíduo contra o Estado começa a se pautar pelo documento que tem de organizar a vida política dando os parâmetros para as demais normas: a Constituição. Mas a Constituição não se torna, prontamente, o documento de defesa das garantias do indivíduo contra o Estado[29][29]. Tal função só fica clara com o famoso julgamento *Marbury versus Madison* promovido pela Suprema Corte americana, já no século XIX.

Além disso, a Europa não reconhece de imediato o controle de constitucionalidade, não concordando com a ideia da Corte americana de

ADPF 54 / DF

que ele decorre logicamente do princípio da supremacia da Constituição. Até porque as Cartas Constitucionais do século XIX em sua maioria são documentos que se preocupam mais com a formação, organização e estruturação do Estado do que com a garantia de direitos fundamentais (basicamente, liberdade e igualdade)[\[30\]\[30\]](#). A lógica da primeira fase do constitucionalismo europeu é o da preservação política das funções inerentes da separação dos poderes. Essa afirmação precisa ser melhor explicada.

A razão de ser mais elementar da formação do Estado moderno europeu está relacionada com a mudança de foco na fonte de legitimidade. Enquanto na vida política pré-moderna a legitimidade provinha da graça de Deus ou do costume, na vida política moderna vem do povo, que a exerce e controla por meio dos seus representantes. É bem verdade que a representatividade é uma herança medieval[\[31\]\[31\]](#). Para cumprir o preceito medieval básico da vida pública segundo o qual o que é do interesse de todos deve ser decidido por todos, os reis convocavam os representantes das diversas localidades de seu país (como no caso da formação da Câmara dos Comuns e da Câmara dos Lordes na Inglaterra) ou os representantes dos três estamentos básicos da sociedade feudal – povo, clero e nobreza (por exemplo, os Estados Gerais na França). Essa assembleia temporária formada aprovava ou não as decisões do rei[\[32\]\[32\]](#).

Ocorre que, com a perda da legitimidade consuetudinária ou transcendental da monarquia, outra fonte precisou ser encontrada, de forma que as perguntas “por que obedecer?” e “a quem obedecer?” não ficassem sem resposta. A alternativa imediata era a vontade do povo. Na sua função de exercício do poder temporal (enquanto o espiritual ficava a cargo da Igreja), era entendimento comum que o rei deveria buscar e promover o bem-estar e a felicidade dos seus súditos. Assim, a mudança para o critério da vontade do povo como legitimador do exercício do poder político não foi vista necessariamente como uma ruptura com a ordem vigente. O fato é que o rei passou a ter a sua própria legitimidade contestada, e a vontade do povo chegava-lhe por meio dos representantes

ADPF 54 / DF

escolhidos pelos súditos. A transição do poder real para o poder de uma câmara representativa causou uma transformação importante, mas não uma ruptura drástica com o sistema político que vinha ocorrendo.

Ora, se os representantes do povo são os manifestantes da sua vontade, nada mais natural que a assembleia que os reúne seja quem diga ao rei o que fazer em benefício do povo[33][33]. Isso é o que causa a perda de poder do rei na Inglaterra e, no aspecto das transformações políticas, é um dos motivos mais importantes para a Revolução Francesa. No caso francês, a desconfiança e a perda total de prestígio por parte da monarquia levou à proclamação da Primeira República Francesa. O poder de *criar* o Direito passa a ser competência dos representantes do povo, agora chamado de Poder Legislativo. Ao governo cumpre apenas manter a ordem e administrar os bens públicos no interesse comum, de acordo com a vontade do poder legitimado para dar a ordem que vincula a todos, inclusive ao próprio Estado – é a criação do princípio da legalidade estrita como restrição ao Poder Executivo com base no princípio da soberania do Legislativo. Para que tudo isso funcionasse devidamente, era necessária uma instituição que pudesse dizer quando o Direito criado foi violado ou não, aplicando-o a casos concretos. Este é o papel do Poder Judiciário, cujos magistrados não estão mais submetidos à realização da vontade do rei, mas ao que diz a lei.

Na Europa, portanto, o princípio da separação dos poderes surge como forma de garantir a legitimidade do Poder Legislativo e, como consequência, impede que os demais poderes violem as leis legitimamente criadas pelo órgão que absorve e representa a vontade do povo. A lógica é bastante conhecida: o Estado é limitado externamente pelos direitos naturais à liberdade e à igualdade, como visto anteriormente (a discussão sobre a propriedade não é necessária para o caso sob análise). Mas, quem garante que o Estado respeitará esses direitos? É preciso, então, que o Estado se autolimite, o que foi feito por meio da separação dos poderes[34][34]. Essa limitação interna funciona da seguinte maneira: o Legislativo cria as leis que limitam as ações dos indivíduos e determinam as ações do Estado; o Executivo administra a

ADPF 54 / DF

coisa pública e cumpre as determinações emanadas dos representantes do povo e o Judiciário aplica a lei aos casos concretos, dizendo se foram ou não violadas. Nessa lógica, um poder não pode interferir no outro e, como não podem misturar as suas atribuições, um controla o outro. O Estado liberal é, portanto, o primeiro modelo do Estado de Direito.

Todavia, nessa lógica, quem controla o Poder Legislativo, se é ele que cria as leis limitadoras da atuação dos outros dois poderes? Como já indicado, a solução americana foi a da admissão do controle de constitucionalidade, com base no reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição. Mas, na Europa - região em que a desconfiança com relação ao Judiciário era enorme por causa da sua relação histórica com o poder real e em que a Revolução Francesa criou impacto imenso com a afirmação da soberania popular e a representação da vontade do povo (por meio de uma assembleia constituinte que, em nome desse mesmo povo, determinou nova forma de Estado, nova forma de governo e limites ao próprio poder público)-, um controle da manifestação da vontade do Legislativo, que é o legítimo representante da vontade soberana do povo, pelo Poder Judiciário soaria como um risco de retrocesso institucional (até porque a Revolução e o subsequente império de Napoleão guerrearam um bom tempo contra os movimentos de Restauração).

Nessa linha de raciocínio, o controle do Poder Legislativo sobre os seus atos e até mesmo sobre o respeito aos valores constitucionais deveria ser feito diretamente pelo povo, o que se dava periodicamente por meio de eleição (sem entrar na discussão aqui sobre quem podia votar, já que bastante restrito o direito ao sufrágio). E lembre-se que as Constituições eram vistas principalmente como documentos de organização da vida política, de forma que seus princípios ou declarações de direitos representavam direcionamentos de ideais a serem realizados pelo próprio Legislativo^{[35][35]}. Essa breve recuperação da história é importantíssima, pois é nesse contexto que se há de entender a preocupação com a vontade do legislador.

Diante desse quadro geral de transformação de toda compreensão

ADPF 54 / DF

do Direito e da Política, o Poder Legislativo é o órgão soberano, por ser a própria manifestação da vontade do povo. Interferir na vontade do soberano seria interferir na vontade da entidade detentora do poder de determinar toda a estrutura social. Violar a vontade do legislador seria não só violar a separação dos poderes, mas colocar em xeque o fundamento de legitimidade de toda ordem política. Como o Legislativo é o único legitimado para determinar condutas e restrições, só o que *ele quer* pode ser conteúdo de uma lei.

Daí não se facultar ao Judiciário a interpretação da lei, pena de afronta ao princípio da separação dos poderes e, por consequência, à liberdade, à igualdade e à segurança jurídica, pois a lei, geral e abstrata e, deste modo, aplicável igualmente a todos, com a interpretação do Judiciário passaria a sofrer alteração nos casos concretos, com a concessão de tratamentos diferenciados aos indivíduos, que sofreriam restrições não previstas anteriormente, teriam aplicáveis a si normas concretas imprevisíveis e não saberiam como se portar no futuro. É fácil entender que, no modelo liberal de Estado, o juiz deve se reduzir a fazer a subsunção simples do fato à lei - *la bouche de la loi*-, sem levar qualquer outro elemento em consideração. Essa postura levou, na França, ao extremo do positivismo: a famosa Escola da Exegese^{[36][36]}.

Por tudo isso, o argumento da violação da vontade do legislador está estritamente vinculado à separação dos poderes e à preservação da legitimidade do órgão responsável pela criação das leis, mas também, é preciso ressaltar, à proibição da atividade interpretativa. Nesse sentido, é importante discutir se ela ainda é sustentável nos dias de hoje, principalmente no caso específico que se apresenta nesta ADPF, qual seja, a aplicação dos dispositivos que punem o aborto consentido às situações de gestação de feto anencéfalo.

Para iniciar a argumentação contra a subsistência da vontade do legislador como critério vinculante, é importante lembrar como Kelsen^{[37][37]} discute a relação entre ser e dever ser para este cânone de interpretação. A vontade do legislador é um fato psicológico. Como tal, pertence ao mundo do ser. De acordo com o que já foi visto no primeiro

ADPF 54 / DF

argumento debatido, de um ser não é possível derivar um dever ser, essa passagem é logicamente impossível. Normas só podem ser derivadas de normas. Assim, a força de comando de uma norma não deriva do fato psicológico ou da vontade que levou à sua enunciação. Tal vontade só pode ter pretensão de vincular os sujeitos a ela submetidos se existir outra norma reconhecida como válida que determina que aquela vontade seja seguida. Ou seja, a vontade não vale como norma em si mesma, mas apenas na medida em que é enunciada como um comando de acordo com uma norma que condiciona a sua existência, uma norma superior, por conseguinte.

Ocorre que o sistema constitucional atual não é tão simples quanto a concepção de Constituição que informou os Estados liberais europeus. Entre outras coisas, as Constituições atuais determinam a forma de produção e o *conteúdo* das leis. E, na linha do desenvolvimento do constitucionalismo americano, as Constituições contemporâneas determinaram claramente a sua supremacia institucionalizando o controle de constitucionalidade por meio da jurisdição constitucional, de modo que hoje é inegável caber ao Judiciário controlar constitucionalmente as leis criadas pelo Legislativo.

Claro está que a vontade do legislador agora concorre com a forma e o *conteúdo* da Constituição. Disso decorre que não há hierarquia entre técnicas de interpretação. Como a lei não pertence ao legislador, mas a seus destinatários, pois não é da vontade que decorre a validade, e como a lei (que, como não pertence ao legislador, passa a ser mero texto) tem de estar de acordo com critérios formais e materiais do texto constitucional - que, por sua vez, como texto também precisa ser interpretado-, é necessário que o seu conteúdo seja determinado conforme a leitura que se faz da Constituição. Dentro dessa lógica, qualquer interpretação que possa vir a realizar essa leitura da Constituição é *a priori* válida, e não existe motivo sistêmico ou epistemológico para uma hierarquia entre os métodos que levam a essas possíveis interpretações.

A situação se agrava se levada em conta a realidade dos parlamentos modernos[38][38], em contraposição à ficção do liberalismo iluminista

ADPF 54 / DF

clássico do Legislador como entidade única e racional, dotado da capacidade de regular de maneira uniforme e absolutamente sistêmica toda a sociedade. Os parlamentos modernos funcionam com base na construção de acordos, participação e preservação de maiorias e minorias, lideranças partidárias, liderança de governo e de oposição, *lobby*, institucionalizado ou não. Além disso, o ordenamento jurídico em geral e a Constituição especificamente não só declaram como demandam a inclusão e realização de valores no sistema do Direito. Em uma sociedade complexa e plural, valores entram em oposição e disputam espaço. Programas axiológicos distintos precisam conviver no mesmo tempo e espaço.

É natural, portanto, que haja muita discussão e desacordo na aprovação de leis polêmicas. E não é difícil que, com o objetivo de se chegar a um acordo, o texto da lei seja propositadamente vago, de técnica duvidável e polissêmico. A finalidade desse texto “mal escrito” é permitir que as mais diversas posições de interesse possam se sentir contempladas pelo conteúdo normativo[39][39]. Propositadamente muitas leis são criadas com a finalidade de transmitir a responsabilidade de concretização de um conteúdo estável ao Judiciário, quando a necessidade fizer com que este poder, que para os liberais clássicos deveria apenas subsumir o fato à norma, tenha de enfrentar a situação de aplicar a norma.

Nesse diapasão, como identificar e determinar a vontade do legislador? A vontade a pesquisar seria aquela expressa em documentos oficiais do procedimento legislativo? Ou a da bancada da maioria que participou da votação da norma? Ou a da minoria computada para atingir o *quorum* exigido? Ou, ainda, a vontade da liderança governista, ou a da oposição? Existiria mesmo uma vontade do legislador? A conclusão mais plausível parece ser, no mínimo, a da impossibilidade de determinar concretamente essa vontade do legislador responsável por texto de lei a mais das vezes aprovado com emendas aditivas, supressivas e/ou modificativa.

A situação afigura-se ainda mais sensível em caso, como o dos autos,

ADPF 54 / DF

em que, como já enfatizado, a vontade do legislador diz com um legislador de outros tempos, e mais, com preceito muito anterior à Constituição de 1988. Persistiria a vinculação àquela hipotética vontade, que não leva em consideração o que somos agora e as necessidades atuais da sociedade? A lei não continua a mesma em seu texto exatamente porque comporta outra leitura, com atribuição de outro conteúdo? [\[40\]](#)[\[40\]](#) Vê-se que a vontade do legislador não é critério seguro para a hermenêutica jurídica, embora possa servir, conjugada a outros métodos ou cânones de hermenêutica, como direcionamento no processo de atribuição de sentido aos textos normativos. Ainda mais no direito contemporâneo, em que a aplicação da lei não pode perder de vista a efetivação da Constituição.

No debate sobre a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo, as normas incriminadoras do aborto voluntário (caso se assumisse, *ad argumentum*, que a vontade do legislador tenha sido a de retirar a hipótese dos casos de excludente de ilicitude) devem ser interpretadas de acordo com as possibilidades atuais do sistema. E nesse sentido viu-se que relativa é a proteção que o direito posto dá ao feto. Tanto é que, repiso, mesmo na situação incontestável de vida do feto com expectativas absolutamente normais de desenvolvimento após o parto, a mulher não é obrigada a ter o filho quando sofre estupro. O legislador não deixa, portanto, de levar em consideração a mulher, ou, de outra forma, o ordenamento não protege o feto em todas as hipóteses. Logo, em caso de inviabilidade da vida humana, presente vida tão somente biológica, não há como concluir proteja, o ordenamento, o feto em detrimento da mãe. Pelo contrário, a leitura sistêmica conduz à compreensão de que a proteção está do lado da mãe.

O argumento da vontade do legislador não se mostra consistente, pois, para levar a juízo de improcedência da ADPF. Tudo indica que só não contemplada a anencefalia no rol das excludentes de ilicitude por falta de condições tecnológicas de diagnosticá-la à época.

ADPF 54 / DF

(iii) Ponderação de valores entre a vida do feto anencéfalo e a dignidade, a integridade, a liberdade e a saúde da gestante. Direitos reprodutivos da mulher.

O terceiro argumento a enfrentar é o da ponderação entre os direitos inerentes à gestante e aqueles pertencentes ao feto. Ele é colocado pelos defensores da tese de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo configura aborto da seguinte forma: o direito à vida é o primeiro e mais importante direito, inclusive é condição para o exercício dos demais direitos. Portanto, a vida deve ser protegida, não importa quanto tempo dure, com ela só competindo outra vida. Do outro lado, o argumento atua da seguinte maneira: o feto anencéfalo, se chega a nascer, tem mínima sobrevivência, e sequer apresenta capacidades além das fisiológicas, enquanto a gestante, mantida a gestação em tais circunstâncias, sofre maiores riscos à sua saúde e absurdo desgaste psicológico, com sério comprometimento de sua integridade física e psicológica. Assim, prevalecem os direitos da gestante sobre a vida precária do feto. Em resumo, de um lado se afirma que a vida tem mais peso que outros direitos, mesmo que somados; de outro, se diz que os direitos somados das gestantes não podem ser suprimidos em prol de uma vida precária.

O princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores que lhe é inerente comportam reflexão.

Os sistemas ocidentais não admitem valores absolutos. Não há como estabelecer, *a priori*, qual o que se reveste de maior peso, diante do reconhecimento de que são relativos e de que a sociedade é plural^{[41][41]}. Se os valores são relativos, não há como fundamentar um como superior ao outro. Isso implica que todos devem respeitar as percepções valorativas de mundo dos demais, inadmissíveis visões de mundo que, sob o argumento de superioridade, pretendam eliminar outras possíveis^{[42][42]}. É necessária a proibição de posturas que preguem a eliminação de outras formas de ver a realidade (inclusive ética), restringindo-se a liberdade que se põe contra a liberdade, acabando-se com o que ficou conhecido como paradoxo da liberdade^{[43][43]}.

Nesse sentido, o Direito se posiciona de modo a garantir liberdade e

ADPF 54 / DF

igualdade, à premissa de que todos são livres para escolher os seus modos de vida e são iguais em direitos e deveres para que possam desenvolver suas liberdades e respeitem os demais membros da sociedade. Ou seja, liberdade e igualdade são condições para a convivência dos demais valores. Não há, portanto, hierarquia entre eles. Os valores deixam de ser vistos como conteúdos concretos compartilhados por uma comunidade homogênea para se transformarem em vetores da uma vida boa e justa para todos os indivíduos e não apenas para aqueles que compartilham dos mesmo pressupostos[44][44].

Vistos dessa forma, os valores, que pertencem à ética, adentram no mundo do Direito como princípios, ou seja, normas de caráter generalíssimo que orientam a realização do bem comum, não o bem como valor transcendente que todos devem respeitar porque vale em si mesmo (o Bem metafísico dos modelos clássicos do direito natural), mas o bem que permite uma razoável estabilidade da vida em sociedade. Esses valores, então, passam a fazer parte do ordenamento jurídico como condição da justiça (que se refere ao igual tratamento de todos) e direcionam as ações individuais e coletivas para a realização da vida boa, a vida que se deseja ter em sociedade[45][45]. Assim, os valores entram no Direito como garantia do bom e do justo como formas de convivência harmônica de todos os modos de vida, não mais como o Bom e o Justo transcendentais que pretendem determinar como tudo deve ser e como todos devem agir.

Transformados em princípios, os valores precisam conviver com as demais normas do ordenamento jurídico. Normas essas que *determinam* de maneira direta regras de conduta. Quer dizer, são comandos objetivos que pretendem regular em abstrato condutas que podem vir a ser concretas. São cogentes, portanto. Esse tipo de norma é aquele que a atual teoria da norma jurídica tem chamado de regra, exatamente para diferenciá-lo do outro tipo, os aludidos princípios. Pode-se dizer, então, que regras são normas de aplicação cogente e imediata, na medida em que procuram regular uma conduta específica. Assim, não podem sobreviver no ordenamento regras que determinem condutas

ADPF 54 / DF

contraditórias, pois as ações ou são proibidas ou são permitidas ou são livres. Já os princípios, para uma parte da teoria do direito contemporâneo, são normas de otimização de condutas, que procuram realizar os valores da justiça e da vida boa (no sentido já descrito) em sociedade. São preceitos, portanto, que só ganham concretude diante de casos concretos, pois são incapazes de determinar quais condutas exatamente estão sendo reguladas em abstrato[46][46].

Em razão dessa estrutura, os princípios, por si sós, não entram em contradição, pois não regulam condutas de imediato. Sua aplicabilidade, portanto, é *prima facie*, o que quer dizer que se aplicam caso não haja regra explícita que regule a situação, ou direcionando, em um conflito de regras, a regra a prevalecer e a regra a ser eliminada. Todavia, como os princípios só ganham concretude em um caso dado, pode ocorrer, na ausência de regra específica ou diante exatamente de controvérsia sobre sua aplicabilidade, a incidência de mais de um princípio sobre a situação fática, de forma que eles concorram entre si nas suas pretensões de condicionar o conteúdo da regra concreta que terá de ser dada para aquela circunstância sob análise. Em suma, na dúvida sobre se um fato concreto está ou não inserido no âmbito de regulação de uma regra, além do recurso aos cânones de hermenêutica deve-se lançar mão dos princípios, para que a decisão realize os critérios da justiça e da vida boa tais como positivados no ordenamento. Contudo, quando a situação não é regida por uma regra clara e mais de um princípio mostra-se aplicável, necessário se torna critério de decisão que devolva a coerência ao sistema.

Essa incerteza sobre a regulação de um fato concreto com base em mais de um princípio surge pela diferença de estrutura entre regras e princípios. Como dito, duas regras que se contrapõem não podem conviver no mesmo ordenamento. Assim, elas se anulam e as regras de derrogação são aplicadas não apenas para resolver o conflito de normas no caso concreto, mas a regulação das condutas em abstrato. Deste modo, a derrogação elimina uma das regras do sistema, retirando-lhe a validade. Isso não ocorre com os princípios. Por serem valores, não regulam ações concretas, de forma que quando se fala em “princípios opostos” quer-se

ADPF 54 / DF

dizer que, no caso concreto, os dois princípios não podem regular a mesma situação. Mais especificamente, o conflito de princípios se dá quando, ao derivar uma regra singular de conduta de um princípio para o caso e ao derivar outra regra singular de conduta a partir de outro princípio que também poderia reger o caso, essas regras singulares entram em conflito, e, *para o caso concreto*, acabam por determinar condutas contraditórias. Decorre daí que, *no caso concreto*, um dos princípios não pode ser aplicado, pena de incoerência na regulação da conduta efetiva a ser realizada. É exatamente por isso que os princípios são aplicáveis apenas *prima facie*, pois em várias situações eles não serão aplicados, sem que isso leve à sua eliminação do sistema, como acontece com as regras.

Todavia, nessas situações, como escolher qual o princípio a aplicar e qual será afastado? Como já referido, princípios são valores que realizam as ideias de justiça e vida boa. Não podem se sobrepor uns aos outros, pois tal levaria à exclusão das formas de vida de parcela da sociedade. Portanto, não há uma ordem concreta de valores que eliminem ou se sobreponham a outros, de modo que não há hierarquia entre eles. Todos têm o mesmo *status* e, por isso, a mesma pretensão de aplicabilidade. Destarte, se a questão não se resolve no plano ontológico ou axiológico, há que encontrar um critério racional de argumentação para que o convencimento leve à aplicação de um princípio e ao afastamento do outro no caso em análise. É bom frisar: a busca é de um critério *argumentativo*, e não de peso de valores, pois, como já foi mais que repetido, um valor não pesa mais que outro em ordenamentos jurídicos democráticos.

Tal critério precisa colocar os valores em disputa não em uma balança, para ver para qual lado a haste pende, mas em uma equação, para que, do ponto de igualdade entre eles, se possa transitar para uma sentença do tipo “se... então deve ser...”, em que apenas uma regra aparece. Como os princípios são normas que pretendem ter aplicabilidade em um caso concreto, a eventual aplicação precisa ser viável fática e normativamente[47][47]. As condições fáticas devem ser

ADPF 54 / DF

cumpridas pelos critérios da necessidade e da adequação. Assim, um princípio será aplicado se for adequado para atingir o fim perseguido (o meio utilizado deve necessariamente levar ao fim que se busca) e necessário às exigências e expectativas do resultado diante de outros possíveis (os meios empregados para a realização do princípio devem ser os menos gravosos – se houver outros meios menos gravosos, a regra escolhida para realizar o princípio em tela é tida por desproporcional).

Não obstante os dois critérios de realização fática, pode ocorrer que os dois princípios se mantenham aplicáveis ao caso, o que leva à situação de um deles vir a limitar o âmbito de atuação do outro. Esse é o limite jurídico, que, de acordo com o modelo teórico da ponderação, deve ser resolvido pelo chamado princípio da proporcionalidade em sentido estrito. É a técnica de aplicação deste terceiro subprincípio que demanda a ponderação de valores. Apesar da denominação, diante de tudo o que foi dito acima sobre regras e princípios, estes devem ser concebidos com regras de otimização de condutas para a máxima realização dos valores que os sustentam. Assim, diante de uma concorrência de princípios, o esforço hermenêutico deve se voltar para a realização máxima de um para justificar que o outro não seja aplicado. Ou seja, o peso das razões para a aplicação de um princípio deve ser maior do que o do outro no caso concreto. Mas esse peso precisa de um padrão intersubjetivamente compartilhado, caso contrário a escolha não passa de uma preferência pessoal do responsável pela solução do caso concreto.

Esse padrão compartilhado tem a ver com as razões que levam a racionalidade a se inclinar para um lado em detrimento do outro, para o reconhecimento de que, *naquela circunstância específica*, é mais consentânea com o ordenamento jurídico aquela decisão. Aquilo que parece ser o fiel de uma balança é, na verdade, o símbolo de igualdade de uma equação, que precisa ser transformado, de acordo com as regras de conteúdo empírico (valores) e formais (possibilidades de inferência normativa dentro do sistema), em um sinal de “maior que” (>) sem que sejam feridas essas regras. Ou, caso se prefira, fazer com que o peso da aplicação de um princípio, numa relação entre um princípio e outro, se transforme em

ADPF 54 / DF

uma grandeza maior ou menor que um, o que vai indicar para onde deve pender a decisão[48][48]. Isso só pode ser feito dentro de um modelo próprio de argumentação jurídica, de onde se podem retirar as regras de transformação do ordenamento sem ferir os seus limites empíricos e formais. Quer dizer, as normas que determinam o conteúdo e a forma das decisões que levam a regras singulares de ação devem ser percebidas pela comunidade jurídica como tendo sido mantidas e a decisão deve ser vista como um resultado ótimo dentro das possibilidades da situação. A limitação leva à restrição do conteúdo de um princípio pelo outro *para o caso*, o que significa que, em um caso diverso em que os mesmos princípios se vejam em concorrência, o resultado afastado no primeiro pode ser o que venha a prevalecer no segundo.

Mais uma vez, a ponderação é de razões para decidir, e não propriamente de valores. Uma ponderação de valores só pode levar a um autoritarismo, pois não se pode justificar que um princípio seja mais importante do que o outro, pena de se tornar vulnerável a proteção da pluralidade, porque, como já demonstrado, uma sociedade democrática e plural não conhece hierarquia de valores. A estipulação do valor mais “pesado” por uma corte constitucional não poderia se basear nos critérios determinados pelo próprio Direito tais como aceitos por todos aqueles que estão a ele sujeitos. Colocar na balança valores que têm o mesmo peso para dizer que um é mais valioso que o outro, mesmo que apenas para o caso, é criar uma ordem concreta de valores por um ato de autoridade. Portanto, a ponderação só pode ser das razões que aumentam a aceitação da racionalidade (e não da autoridade) da decisão.

Explicitados todos esses pressupostos, é possível buscar aplicá-los agora na espécie, para definir se a interrupção da gestação em caso de anencefalia configura ou não o crime de aborto. Tem-se em jogo os seguintes princípios: vida, que se aplica ao feto, e dignidade, liberdade e saúde da gestante, conforme colocado na inicial e o que vem sendo debatido ao longo da instrução do processo. Veja-se que, se fosse uma questão de decidir por pesos, ou se diria, diante da mesma hierarquia dos direitos fundamentais, que a quantidade faria a balança pender para o

ADPF 54 / DF

lado da mulher, ou se concluiria que, como a vida é o primeiro dos direitos - sem ela os outros não podem sequer existir-, nenhum valor ou direito pode estar acima dela, com a balança a pender para o lado do feto.

Os dois pontos de vista levam à determinação de ordens concretas de valores. Na primeira situação, uma ordem concreta para o caso (a quantidade de direitos faz pesar mais os interesses da gestante); no segundo, uma ordem concreta *a priori* (a vida é sempre mais valiosa, independentemente de qualquer circunstância). Colocada a questão nesse viés, a solução só pode ser autoritária, pois depende da preferência pessoal para definir o lado para onde vai pender a haste da balança.

O processo argumentativo passa, desse modo, a depender da aplicação do princípio da proporcionalidade com base nos seus subprincípios. A adequação está presente para os dois pontos de vista. Entender que a interrupção da gravidez em caso de feto anencefálico configura aborto é um meio adequado para proteger a vida do feto. Por outro lado, a garantia da saúde, da integridade física e psíquica e da liberdade da mulher pode ser feita por meio da interrupção da gestação. Em relação à necessidade, só é possível proteger plenamente a vida do feto caso ele esteja protegido também contra a gestante. Por outro lado, não há meio menos gravoso para proteger a saúde, a integridade e a liberdade da gestante do que permitir a interrupção da gestação.

Vê-se que não há limites fáticos para a aplicação dos princípios ao caso e, simultaneamente, a aplicação dos princípios que protegem a gestante impede a aplicação do princípio que protege o feto. Ao mesmo tempo, não há regra de direito fundamental determinante que dite a solução, afastando a aplicabilidade *prima facie* de algum dos princípios. Isso quer dizer que, colocadas em termos de relação, as razões que sustentam um princípio estão em uma relação inversamente proporcional às razões que sustentam os demais. Imperioso, portanto, partir para a discussão sobre as razões que sustentam os princípios *no caso*, o que pode ser feito por meio da proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade em sentido estrito diz basicamente que, como algum princípio será afastado em benefício da realização de outro, quanto

ADPF 54 / DF

maior o grau de não realização de um princípio ou de dano a ele, maior deve ser o grau de satisfação do outro [\[49\]\[49\]](#). A fórmula é a seguinte:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Em linguagem natural, $W_{i,j}$ é o quociente da relação do primeiro princípio (P_i) com o segundo (P_j). I_i é o grau de interferência do primeiro princípio no segundo quando realizado partir de um meio (M) qualquer. W_i e W_j são os pesos (no sentido de importância atribuída) abstratos de cada princípio. I_j é o grau de interferência que a proibição, para fins de proteção do segundo princípio, do meio utilizado para a realização do primeiro princípio causa neste. E R_i e R_j se referem à confiança das pressuposições empíricas concernentes a como a utilização do meio escolhido para a realização da ação propicia ou não a efetivação do primeiro princípio em detrimento da proteção ou não do segundo. A argumentação deve levar a um quociente (e a referência matemática é apenas exemplificativa, pois não há como estabelecer esses valores, o que quer dizer que equivalem ao grau de importância estabelecido para o caso concreto no processo argumentativo) maior ou menor que um. Se maior que um, é proporcional a realização do primeiro princípio. Se menor que um, é proporcional a intervenção para a defesa do segundo. Ainda é importante elucidar que, em diversos casos, W e R são iguais para os dois princípios, de modo que podem ser reduzidos, ficando o resultado da proporcionalidade dependente apenas de I_i e I_j .

O desenvolvimento da fórmula da proporcionalidade vem a calhar porque ela está voltada exatamente para a discussão dos dois tipos de direitos constitucionais que estão envolvidos nesta ADPF: direito de proteção contra direito de defesa. De um lado, os argumentos a favor da gestante dizem que o Estado não deve interferir na sua escolha de interromper a gravidez, pena de estar violando a saúde, a liberdade e a integridade da mulher. É a reivindicação de um direito de proteção contra o Estado, portanto, de não intervenção. Já os argumentos a favor do feto

ADPF 54 / DF

são do tipo que demandam uma ação positiva do Estado para a defesa de um direito. Dizem respeito a um direito de defesa contra os demais e, portanto, demandam uma ação interventiva do Estado. Assim, o meio reivindicado (ação ou omissão do Estado) determina a realização de um ou outro direito derivado dos princípios expostos (proteção do feto; garantia do âmbito da liberdade de escolha da mulher).

O direito de cunho protetivo da mulher (*protective right*) demanda uma omissão do Estado que impede a preservação do direito defensivo do feto (*defensive right*). A ação do Estado inverte a prevalência dos direitos. Diante dessa dificuldade, é necessário ver como o caso concreto possibilita uma argumentação que mude o equilíbrio da equação, transformando o quociente em um valor diferente de 1, em outros termos, como a igualdade se transforma em um “maior que” em benefício de um dos dois lados para a situação específica da anencefalia. Nesse ponto é importante lembrar os desenvolvimentos referentes ao primeiro e ao segundo argumento. Não porque os resultados obtidos não sejam suficientes para determinar a decisão, mas porque, caso se coloque a questão em termos de valores, é preciso mostrar como aquelas considerações determinam o quociente da relação entre os direitos reivindicados.

No que tange à proteção do feto, foi visto que não é necessário compreender-se que a intervenção do Estado protege o seu direito, pois não se sabe ao certo se este direito está realmente em jogo. Além disso, viu-se que, mesmo em abstrato, a vida tem graus de proteção diferentes no nosso ordenamento, a ponto de o feto saudável não ser protegido contra a liberdade da mulher em caso de estupro. Ou seja, dependendo do grau de desenvolvimento da vida biológica do feto e da situação da gestante, diminui o interesse na proteção do desenvolvimento do primeiro e aumenta o interesse na proteção da liberdade da segunda.

Some-se a isso o fato de o meio adequado e necessário para a proteção da vida do feto – a postura interventiva do Estado – ferir, além da liberdade, a integridade física e psicológica da mulher, seja na esfera da saúde (os riscos são maiores na gestação e o abalo psicológico é

ADPF 54 / DF

drástico e inegável), seja na esfera da dignidade humana, pois, se há dúvida sobre a viabilidade de vida para o feto anencéfalo, a imposição da gestação contra a vontade da mulher é tortura física e psicológica em razão de crença (não importa se institucionalizada por meio de lei ou de decisão jurídica, ainda é mera crença), nos exatos termos da Lei dos Crimes de Tortura^{[50][50]}. E não se trata, neste ponto, de comparar duas leis de mesma hierarquia, mas de usar a definição legal da proteção de um direito humano básico, que é a garantia da integridade individual (é o art. 5º, III, da Constituição que está em jogo: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”). Lembre-se que a pena para o crime de tortura (reclusão de 2 a 8 anos) é o dobro da pena para o crime de aborto (reclusão de 1 a 4 anos para quem provoca o aborto com o consentimento da gestante), o que demonstra que o sistema não permite qualquer aproximação entre as duas ações.

Nessa linha de raciocínio, se, por um lado, a intervenção do Estado viola a saúde, a integridade, a dignidade e a liberdade da gestante, a omissão deixa de proteger um fenômeno biológico sobre o qual há dúvida a respeito da aplicabilidade concreta do princípio defensivo reivindicado. A força argumentativa dentro da situação concreta indica que, no caso da anencefalia, vale a postura protetiva do Estado por meio da não intervenção em detrimento do dever de defesa que só se realiza com a ação punitiva.

Seguindo o ponto de vista da discussão apresentada no segundo argumento, inclui-se na discussão a relação da liberdade e do direito de ser defendido com a função da jurisdição constitucional, por um lado, e a preservação do princípio da vontade do legislador, por outro. Mais uma vez, somar a vontade do legislador à necessidade de defesa do feto anencéfalo não altera as razões argumentativas favoráveis à liberdade da mulher neste caso. A postura interventiva do Estado viola, como já diversas vezes observado, direitos fundamentais da gestante, enquanto esse tipo de ação não garante a realização da vontade do legislador nem a separação dos poderes.

Já no viés de manutenção da liberdade da mulher, além de afastar a

ADPF 54 / DF

aplicação de um direito a uma situação duvidosa, realiza-se a função elementar da jurisdição constitucional, que é a preservação do núcleo imanente dos princípios e regras constitucionais básicos, sem que daí decorra ofensa ao princípio da separação dos poderes, presente a função de uma Corte Constitucional. Na espécie, não há criação normativa como se alega. Trata-se tão só de dar interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 e 126 do Código Penal no que toca à interrupção da gestação em caso de feto anencefálico, e não de se dizer que o artigo 128 deve ser lido como contendo mais uma excludente. As situações são absolutamente diferentes. Também sob esse prisma, o processo argumentativo se põe a favor do direito à não intervenção na liberdade de agir em lugar do direito de defesa realizado pelo Estado contra a mulher.

Nesse diapasão, sobreleva a dificuldade de justificar a proteção do feto anencefálico por meio da criminalização da conduta da gestante. Os argumentos e ponderações apresentados demonstram as divergências, inclusive no seio da sociedade, sobre a exigibilidade de manutenção da gravidez e a reprovabilidade da conduta. E o Direito Penal moderno se apresenta como última *ratio*, devendo, nessa medida, ser mínima a sua intervenção nas relações sociais, não só por se mostrar pouco eficaz como regulador de condutas, mas por gerar, esta ineficiência, custos sociais e econômicos. A propósito, e em reforço, os princípios informadores do Direito Penal mínimo: idoneidade (a criminalização deve ser um meio útil para resolver o problema social); subsidiariedade (deve-se mostrar que não há alternativas para a regulação da conduta indesejada); e racionalidade (deve-se comparar os benefícios e os custos sociais decorrentes da criminalização)[51][51].

Mais uma vez os argumentos pendem para a autorização da interrupção da gravidez em casos de anencefalia. Posição contrária, com a sua criminalização, implica medida extrema (que é o recurso ao Direito Penal para a privação de direitos relacionados à liberdade) ineficiente para controlar comportamento tido, pelos que advogam a tese, por indevido. Por outro lado, obrigar a mulher a prosseguir na gravidez fere, como bem pontuado da tribuna, seu direito à liberdade reprodutiva, à

ADPF 54 / DF

falta de interesse social concreto na tutela de vida sem condições biológicas mínimas de desenvolvimento. Proteger a mulher, em hipótese tal de inviabilidade de vida extrauterina para o feto, é garantir concretamente a sua liberdade de escolha sobre o papel reprodutivo que lhe cabe, reconhecendo-lhe direito fundamental. Os ônus de ordem física, psicológica e social gerados pela obrigatoriedade de manutenção da gravidez de feto anencéfalo e seus conseqüências não podem ser minimizados, e são mesmo insuscetíveis de compartilhamento pela mulher.

Enfatize-se que a compreensão que se está a esposar em absoluto implica prejuízo às gestantes que, em tais circunstâncias adversas, optarem por dar à luz, pois o que se está a preservar é a liberdade de escolha.

A alegria e a realização das mulheres com filhos anencéfalos, relatadas nas audiências públicas e nos memoriais, provêm, por certo, das suas *escolhas* morais e da garantia de que a percepção de cada uma delas sobre a própria vida e visão de mundo seriam respeitadas, da certeza de que não seriam impedidas de gestar seus filhos com todo amor e de levar a termo suas gestações. Não está em jogo o direito do feto, e sim o da gestante, de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo. E é isto que se discute nesta ação: o direito de escolha da mulher sobre a sua própria forma de vida. Em outras palavras, esta ADPF muito mais do que da liberdade da mulher (o que já seria muitíssimo valioso), diz com a densidade concreta a se dar à concepção jurídica de *liberdade*, sob o manto da Constituição-cidadã de 1988.

Para concluir, ao enfoque da teoria da proporcionalidade, o quociente da divisão das razões em favor da liberdade da mulher em cotejo com a proteção do feto anencefálico por meio da omissão do Estado e da declaração de inconstitucionalidade da leitura que inclui a interrupção, ou a antecipação terapêutica do parto, em caso de comprovada anencefalia, presentes as certezas empíricas sobre a afetação da esfera de atuação de cada um dos princípios em jogo, é maior que um. Há, portanto, de ser preservada a liberdade da grávida, quando se vê

ADPF 54 / DF

diante de tão doloroso dilema, de optar sobre o futuro da sua gestação de feto anencéfalo.

Enfim, seja do ponto de vista epistemológico, seja por meio de análise histórica, seja a partir da hermenêutica jurídica, e forte ainda nos direitos reprodutivos da mulher, todos os caminhos levam ao reconhecimento da autonomia da gestante para a escolha, em caso de comprovada anencefalia, entre manter a gestação ou interrompê-la. A postura contrária não se mostra, *data venia*, sustentável em qualquer dessas perspectivas, o que enseja a procedência da presente ação de descumprimento de preceito fundamental para dar interpretação conforme aos artigos 124 e 126 do Código Penal, excluindo, por incompatível com a Lei Maior, a interpretação que enquadra a interrupção da gravidez, ou antecipação terapêutica do parto, em caso de comprovada anencefalia, como crime de aborto.

É como voto.

[1][1] Para informações sobre esta discussão pode-se consultar o *site* da Revista Nature: www.nature.com

[2][2] Sobre essa discussão, veja, por exemplo, MOREIRA, David e LÓPEZ-GARCÍA, Purificación. Ten reasons to exclude viruses from the tree of life. *Nature Reviews Microbiology*, vol. 7, april 2009, p. 306-311.

[3][3] É importante ter claro, contudo, que o conceito de morte encefálica começou a ser utilizado antes da captação e do transplante de órgãos. Veja-se o verbete “diagnosis of brain death”, de autoria de Young, G. Bryan, no serviço de informação clínica americano *Up to Date*.

[4][4] O primeiro a colocar explicitamente a possibilidade de verificação com condição de significabilidade de uma sentença que pretende trazer alguma informação real sobre a realidade foi Wittgenstein, no início da década de 1920. Veja-se WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos, 2. ed., São Paulo: Edusp, 1994.

[5][5] Sobre o verificacionismo como condição para o conhecimento

ADPF 54 / DF

empírico e único recurso para a verdade científica, confira-se SCHLICK, Moritz. *La svolta de la filosofia*. In: SCHLICK, Moritz. *Tra realismo e neo-positivismo*. Trad. Eva Picardi, Bologna: il Mulino, 1974; Idem. *O fundamento do conhecimento*. Trad. Luiz João Baraúna. In: *Schlick/Carnap*. 3.ed., São Paulo: Nova Cultural, 1988, Coleção “Os Pensadores”; idem. *Sentido e verificação*. Idem, *ibidem*. Também, CARNAP, Rudolf. *Philosophy and logical syntax*. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd., 1935; Idem, *Pseudo problemas na filosofia*. Trad. Pablo Rubén Mariconda. In: *Schlick/Carnap*. 3.ed., São Paulo: Nova Cultural, 1988, Coleção “Os Pensadores”; Idem, *Testabilidade e significado*. Idem, *ibidem*. Esses autores estiveram entre os maiores expoentes do movimento filosófico chamado “Círculo de Viena”, que buscava critérios firmes para o conhecimento da realidade, eliminando a metafísica e reduzindo a filosofia à análise lógica da linguagem. Para uma apresentação dos problemas da linguagem e suas relações com o direito, veja-se SIMON, Henrique Smidt. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2006.

[6][6] Essa discussão pode ser vista em CARNAP, Rudolf. *Testabilidade e significado*. Trad. Pablo Rubén Mariconda. In: *Schlick/Carnap*. 3.ed., São Paulo: Nova Cultural, 1988, Coleção “Os Pensadores”.

[7][7] O modelo teórico que fundamentou essa mudança, chamado de falsificacionismo, foi proposto por Karl Popper. Veja-se POPPER, Karl. *Lógica da pesquisa científica*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, 17. ed., São Paulo: Cultrix, 2010; idem. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado, 2 vols., Belo Horizonte: Itatiaia, São Paulo: EDUSP, 1987; idem. *Sociedade aberta, universo aberto: entrevista conduzida por Franz Kreuzer*. Trad. Maria Helena Rodrigues de Carvalho, 3ª ed., Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1995.

[8][8] Para uma rápida apresentação do modelo falsificacionista na ciência e as críticas aqui expostas, veja-se CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?*. Trad. Raul Fiker, 1ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1993.

ADPF 54 / DF

[9][9] Essa situação leva Paul Feyerabend a afirmar que o problema não é que a realidade não existe, mas que ela é, na verdade, um conjunto de possibilidades infinitas, que são determinadas por preferências subjetivas, linguagem e culturas compartilhadas, formação biológica, etc. Cf. FEYERABEND, Paul. Ao término de um passeio não-filosófico ente os bosques. In: _____. *Diálogos sobre o conhecimento*. Trad. Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2001.

[10][10] A formulação do conceito de paradigma para a descrição da atividade científica foi feita pela primeira vez em KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 6. ed., São Paulo: Perspectiva, 2001.

[11][11] Veja-se KUHN, Thomas. *A Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 6. ed., São Paulo: Perspectiva, 2001.

[12][12] Esse “paradigma abrangente” foi chamado por Kuhn, no posfácio da obra referida, de “matriz teórica”.

[13][13] Confira-se ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; idem, *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garçon Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

[14][14] Veja-se ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garçon Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

[15][15] Veja-se a relação entre pragmática (o uso contextualizado dos signos linguísticos) e a semântica (o conjunto de significados abrangidos por um conceito) proposta por WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni, Col. Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1999. Para colocar a questão em termos wittgensteinianos, o direito é um jogo de linguagem específico determinado por suas próprias regras de significação. Essa visão do direito associado à ideia de jogo de linguagem de Wittgenstein pode ser

ADPF 54 / DF

vista em HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Uma discussão sobre esses pontos e a explicitação dessas relações está presente em SIMON, Henrique Smidt. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. Belo Horizonte: Argumentvm, 2006.

[16][16] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Vol. 5, 4. ed, Ri de Janeiro: Forense, 1958, p. 267-317.

[17][17] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Vol. 2 – parte especial, 7.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 102-120 (veja-se especialmente a p. 119).

[18][18] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 2: Parte especial: dos crimes contra a pessoa. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 157-183 (principalmente as p. 171-183).

[19][19] Sobre o diagnóstico de morte encefálica, pode-se ver o verbete “diagnosis of brain death”, de autoria de Young, G. Bryan, no serviço de informação clínica americano *Up to Date*.

[20][20] Veja-se ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. vol. 2: Formação do Estado e civilização. trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993 e SIMON, Henrique Smidt . *Solidariedade e Democracia: a solidariedade como característica do Estado democrático*. In: MILOVIC, Miroslav; SPRANDEL, Maia; COSTA, Alexandre Araújo. (Org.). *Sociedade e Diferença*. 1 ed. Brasília: Casa das Musas, 2005, v. , p. 187-206.

[21][21] Veja-se, por exemplo, FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

[22][22] Isso fica patente na disputa de João Sem Terra com os senhores ingleses sobre o respeito à Magna Carta. Cf. MORGAN, Edmund S. *La invención del pueblo: el surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*. Trad. Julio Sierra. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2006.

[23][23] ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. vol. 2: formação do

ADPF 54 / DF

Estado e civilização. trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993.

[24][24] ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. vol. 2: Formação do Estado e civilização. trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993 e BASCHET, Jèrôme. *A civilização feudal: do ano mil à colonização da América*. trad. Marcelo Rede. São Paulo: Globo, 2006.

[25][25] Veja-se GELLNER, Ernest. *Nacionalismo e democracia*. Trad Vamireh Chacon et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. Idem. *Naciones y nacionalismos*. Trad. Javier Setó, Madrid: Alianza Editorial, 2003; HOBBSAWM, Eric. *A Era das Revoluções: Europa 1789-1848*. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel, 23. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

[26][26] KRITSCH, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP e Imprensa Nacional do Estado, 2002.

[27][27] Nessa linha, veja-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a faticidade e a validade*. 2 vols. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; CLAVERO, Bartolomé. Presentación a MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. trad. Francisco Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 9-21; GELLNER, Ernest. *Naciones y nacionalismos*. Trad. Javier Setó, Madrid: Alianza Editorial, 2003. HOBBSAWM, Eric. *A Era das Revoluções: Europa 1789-1848*. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel, 23. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008; Henrique Smidt. Solidariedade e Democracia: a solidariedade como característica do Estado democrático. In: MILOVIC, Miroslav; SPRANDEL, Maia; COSTA, Alexandre Araújo. (Org.). *Sociedade e Diferença*. 1 ed. Brasília: Casa das Musas, 2005, v. , p. 187-206; Idem, Aborto de anencéfalo e interpretação exegetica: uma discussão à luz da decisão do STJ no HC n. 32.159/RJ. *Atena: revista integrada dos cursos jurídicos IESB e Metropolitana*, v. 1, p. 3, 2006.

[28][28] Esse raciocínio pode ser visto em BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. trad. Márcio Pugliesi e Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995; idem, *Direito e*

ADPF 54 / DF

Estado no pensamento e Emanuel Kant. trad. Alfredo Fait, 4. ed., Brasília: Editora UnB, 1997; idem, *Locke e o direito natural.* trad. Sérgio Bath, 2. ed., Brasília: Editora UnB, 1997.

[29][29] DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas.* Trad. Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

[30][30] DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas.* Trad. Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

[31][31] Cf. DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas.* Trad. Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007 e MORGAN, Edmund S. *La invención del pueblo: el surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos.* Trad. Julio Sierra. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2006.

[32][32] Uma interessante análise encontra-se em ELIAS, Norbert. *O processo civilizador.* vol. 2: Formação do Estado e civilização. trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993. A discussão jurídica pode ser vista em FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días.* Trad. Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta: Madrid, 2001.

[33][33] MORGAN, Edmund S. *La invención del pueblo: el surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos.* Trad. Julio Sierra. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2006.

[34][34] Veja-se BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural.* trad. Sérgio Bath, 2. ed., Brasília: Editora UnB, 1997.

[35][35] DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas.* Trad. Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

[36][36] Sobre esse problema da interpretação e a Escola da Exegese, veja-se: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito.* Trad. Márcio Pugliesi e Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995; FASSÓ, Guido. *La Filosofia del Diritto dell'Ottocento e del*

ADPF 54 / DF

Novecento. Nuova edizione aggiornata a cura di Carla Faralli e Gianfrancesco Zanetti, Bologna: il Mulino, 1994; PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Verginia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998; SOLER, Sebastián. *La Interpretación de la Ley*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962 e SIMON, Henrique Smidt. Aborto de anencéfalo e interpretação exegética: uma discussão à luz da decisão do STJ no HC n. 32.159/RJ. *Atena*: revista integrada dos cursos jurídicos IESB e Metropolitana, v. 1, p. 3, 2006.

[37][37] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[38][38] O argumento segue aquele presente em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, 1. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[39][39] PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Verginia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[40][40] Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, 1. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[41][41] RAWLS, John. *O liberalismo Político*. Trad. Dinah da Abreu Azevedo, São Paulo: Editora Ática, 2000.

[42][42] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a faticidade e a validade*. 2 vols. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Essa postura, a partir de outros pressupostos teóricos, já tinha sido manifestado por KELSEN, Hans. O que é justiça? *In*: Idem, *O que é Justiça?* Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barkow, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001.

[43][43] POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado, 2 vols., Belo Horizonte: Itatiaia, São Paulo: EDUSP, 1987.

[44][44] Essa mudança sobre a perspectiva dos valores vista sob o foga da identidade do sujeito pode ser encontrada em ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

[45][45] Segue nesse sentido a crítica de Alexy ao positivismo e a seu argumento da relação intrínseca entre direito e moral. Cf. ALEXY, Robert.

ADPF 54 / DF

El concepto y la validez del derecho. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed., Barcelona: Gedisa, 2004. Sobre a questão da vida boa na sociedade moderna, veja-se RICOEUR, Paul. *O justo*. Trad. Ivone Benedetti, vol. 1, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

[46][46] A concepção de regras e princípios aqui presente segue a proposta de ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garçon Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

[47][47] Para o que segue, veja-se ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garçon Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

[48][48] É nesse segundo sentido que Alexy indica uma fórmula para se pensar a ponderação. Veja-se ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garçon Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Idem. On constitutional rights to protection. *Legisprudence*, vol. III, n. 1, 2009, p. 1-18.

[49][49] Cf. ALEXY, Robert. On constitutional rights to protection. *Legisprudence*, vol. III, n. 1, 2009, p. 7. A fórmula de balanceamento citada a seguir está na mesma página e é um modelo mais simples que a notação usada em ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garçon Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

[50][50] Diz o artigo 1º da Lei n. 9.455/97: “Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa. II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos”.

[51][51] Para a ineficácia do direito penal para situações tais como as

ADPF 54 / DF

tratadas na presente ação e os princípios do direito penal mínimo, veja-se KARAM, Maria Lúcia. Sistema penal e direitos da mulher. *In*: PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (orgs.). *Doutrinas essenciais – direitos humanos*. Vol. IV: Grupos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 405-427.

11/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

TRIBUNAL PLENO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

54

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA -

Presidente, há exatos oito anos e dois meses, trouxe a julgamento neste Plenário o **Habeas Corpus** nº 84.025, que, como todos sabemos, teve o seu julgamento bruscamente interrompido por decisão do presidente de então, mas cheguei a elaborar voto sobre esta matéria naquela ocasião. Esse meu voto, mencionado aqui hoje, nesta assentada, já está publicado no livro "Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia Sob a Perspectiva dos Direitos Humanos", sob a coordenação dos Professores Daniel Sarmento e Flávia Piovesan, aos quais, aliás, eu rendo homenagem.

Eu gostaria apenas de me limitar a pedir a juntada desse meu voto, com pequenas modificações, para aderir ao

ADPF 54 / DF

brilhantíssimo voto do eminente Relator.

* * * * *

11/04/2012**PLENÁRIO****ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Sr. Presidente, entendo que a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia deve ser analisada de dois ângulos. O primeiro diz respeito à liberdade individual, da qual a autodeterminação da gestante é uma manifestação. Já o segundo se refere aos diferentes graus de tutela penal da vida humana.

Verifica-se, portanto, que, em última análise, a presente ADPF cuida da tutela da liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida independente extrauterina é absolutamente inviável.

Portanto, é importante frisar, não se discute a ampla possibilidade de se interromper a gestação. A questão aqui se refere exclusivamente à interrupção de uma gravidez que está fadada ao fracasso, pois seu resultado, ainda que venham a ser envidados todos os esforços possíveis, será, invariavelmente, a morte do feto.

Segundo a literatura médica especializada e de acordo com as informações prestadas por diversos profissionais da mais alta qualificação ao longo das quatro sessões de Audiência Pública sobre o tema, a anencefalia ocasiona a morte do feto. Em 50% dos casos, o feto morre ainda no útero de sua mãe e, nos demais casos, a certeza é de que ele não viverá mais do que alguns dias. A anencefalia, portanto, é considerada uma anomalia gravíssima, consistente na não-formação ou na formação parcial dos ossos que formam a calota craniana, que gera uma alteração no desenvolvimento da massa encefálica. Não é preciso ser um especialista no assunto para entender que sem o órgão vital que comanda as funções básicas do corpo humano e também os sentimentos e as emoções, é absolutamente impossível se falar em vida extrauterina independente.

Por outro lado, os estudos multidisciplinares indicam que as reações emocionais dos pais após o diagnóstico de malformação fetal abrangem,

ADPF 54 / DF

conjuntamente ou não, os seguintes sentimentos: ambivalência, culpa, impotência, perda do objeto amado, choque, raiva, tristeza e frustração[1] [1]. É facilmente perceptível a enorme dificuldade de se enfrentar um diagnóstico de malformação fetal. E é possível imaginar a quantidade de sentimentos dolorosos por que passam aqueles que de súbito se veem diante do dilema moral de interromper uma gestação, unicamente porque nada se pode fazer para salvar a vida do feto. Seria reprovável uma decisão pela interrupção da gestação nesse caso?

Analisando-se o que a lei penal prescreve sobre o tema, verifica-se que o legislador optou, em regra, pela punição do aborto, qualquer que seja o momento de sua realização (art. 124 do Código Penal), mas não se preocupou em conceituá-lo.

Segundo Alberto Silva Franco, *“a expressão ‘aborto’ corresponde a um elemento normativo do tipo e, portanto, a um elemento necessitado de valoração por parte do juiz ou do intérprete. É evidente que o preenchimento da área de significado desse dado compositivo da figura típica deve ser buscado em campo extrapenal, na medicina, ou mais especificamente, na biologia, na parte em que cuida do processo de formação da vida e de suas causas de interrupção.”*[2] [2]

A doutrina, de um modo geral, conceitua o aborto como *“a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intrauterina”*[3][3].

Nesse sentido, portanto, o ato que interrompe a gestação configurará o crime de aborto descrito no art. 124 do Código Penal quando tiver como resultado prático a subtração da vida do feto, sendo este elemento (morte do feto) indissociável do delito ali tipificado.

Contudo, o legislador, no campo da exclusão de ilicitude, trouxe duas exceções a essa regra do art. 124 do Código Penal. No primeiro caso, quando a vida da mãe estiver em perigo – aborto necessário (art. 128, I). No segundo caso, quando a honra da mãe for violada de tal forma que torne insustentável para ela a manutenção da gravidez – aborto sentimental (art. 128, II). Em ambos os casos, é preciso ressaltar, a lei apenas exclui a ilicitude da conduta. Ou seja, a norma permite que a mãe decida se quer continuar com a gestação e deixa de punir sua conduta

ADPF 54 / DF

caso ela opte pela interrupção da gravidez. A lei preserva o direito de escolha da mulher, não atentando para a viabilidade ou inviabilidade do feto. Estamos, portanto, diante de uma tutela jurídica expressa da liberdade e da autonomia privada da mulher.

Veja-se: a lei não determina que nesse ou naquele caso o aborto deva necessariamente ocorrer. A norma penal chancela a liberdade da mulher de optar pela continuidade ou pela interrupção da gestação. E, neste caso, não incrimina sua conduta.

Em se tratando de feto com vida extrauterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento em que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.

Desse modo, nos casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extrauterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez, nos casos previstos no Código Penal. Em outras palavras, dizer-se criminosa a conduta abortiva, para a hipótese em tela, leva ao entendimento de que a gestante cujo feto seja portador de anomalia grave e incompatível com a vida extrauterina

ADPF 54 / DF

está obrigada a manter a gestação. Esse entendimento não me parece razoável em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludentes de ilicitude de aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extrauterina é plenamente viável.

Seria um contrassenso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica. Há, na verdade, a legítima pretensão da mulher em ver respeitada sua vontade de dar prosseguimento à gestação ou de interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher.

Nesse ponto, portanto, cumpre ressaltar que a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, razão por que, no presente caso, ainda com maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora esposados.

Já o segundo aspecto que gostaria de enfocar diz respeito ao possível cometimento de crime de aborto (Código Penal, art. 124), caso a gestante assim decida proceder.

A primeira questão que se coloca é: quando, em razão de anencefalia, a vida extrauterina do nascituro é inviável, deve o direito garantir a essa vida o mesmo grau de proteção?

Entendo que não. Explico.

A tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados.

Não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas

ADPF 54 / DF

diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio.

Ora, se o feto ainda se encontra no ventre da mãe, é evidente que sua situação jurídica, penal inclusive, é diversa da situação da gestante.

Limitando-me ao problema concreto, ou seja, de feto que, por ser portador de anencefalia, não irá sobreviver muito tempo após o parto, devemos nos ater a qual é o objeto jurídico tutelado pelos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal.

Creio que seja, de um lado, a preservação de uma vida potencial e, por outro, a incolumidade da gestação.

Daí por que há de se separar a situação em que o feto se encontra em desenvolvimento das situações em que ele está biologicamente morto e, ainda, da situação em que ele está biologicamente vivo, mas juridicamente morto.

Apenas a primeira hipótese é abraçada pelo Direito Penal, uma vez que não se visa a proteger situações moralmente controversas, mas apenas aquelas em que exista algum obstáculo durante a gestação que impeça a transformação de vida potencial em um novo ser humano.

Por essa razão, o feto anencefálico, mesmo estando biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos vivos), não tem proteção jurídica.

Sobre o tema, e com orientação idêntica à nossa, o professor Claus Roxin, em visita ao Brasil, proferiu a palestra “A proteção da vida humana através do Direito Penal”, oportunidade em que salientou (i) que a vida vegetativa não é suficiente para fazer de algo um homem e (ii) que com a morte encefálica termina a proteção à vida. A transcrição da referida palestra pode ser obtida no seguinte sítio: http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto_Roxin.htmhttp://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto_Roxin.htm (consultado em 03.03.2004).

A própria lei de transplante de órgãos (Lei 9.434/1997), ao fixar como momento da morte do ser humano o da morte encefálica[4][4], reforça esse argumento.

Concluo. O feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor

ADPF 54 / DF

de tutela penal. Mas, a partir do momento em que se comprovou sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal.

Por fim, entendo que a antecipação do parto nesses casos não encontra tipicidade no direito brasileiro. De fato, se a conduta não é típica, sequer há de se cogitar de ilícito penal.

Importante frisar, por oportuno, que há uma razão histórica para o equivocadamente denominado “aborto eugênico” não ser considerado lícito. Quando da promulgação do Código Penal, em 1940, não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro pós-parto[5][5].

Nesse aspecto, é importante lembrar que os estudos referentes à medicina fetal e à terapia neonatal datam da década de 1950, somente vindo a alcançar a sofisticação hoje conhecida há pouco mais de dez anos. Explica-se, assim, a lacuna do Código Penal e justifica-se a interpretação conforme a Constituição a ser dada aos dispositivos do Código Penal a fim de reconhecer o direito subjetivo da gestante, nos casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, de se submeter à antecipação terapêutica do parto.

Registro, por oportuno, que ao longo das audiências públicas sobre esse tema foi amplamente confirmado por todos os especialistas que o diagnóstico de anencefalia é realizado através de ultrassonografia, acessível a todas as mulheres através da rede pública, que conta, em muitos casos, com grupos multidisciplinares que auxiliam a família no momento difícil da confirmação desse diagnóstico.

Pelas razões expostas, voto pela procedência do pedido formulado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, a fim de que seja dada interpretação conforme a Constituição ao art. 124 do Código Penal, de forma que seja excluída do âmbito de sua incidência a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo.

[1][1] FRIGÉRIO, Marcos Valentin. “Aspectos bioéticos, médicos e

ADPF 54 / DF

jurídicos do abortamento por anomalia fetal grave no Brasil”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 41, jan/mar 2003. p. 291.

[2][2] FRANCO, Alberto Silva. “Aborto por Indicação Eugênica”, in *Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 90.

[3][3] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 427.

[4][4] Art. 3º. A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de **morte encefálica**, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

[5][5] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 5ª ed. v. 5. p. 313: “Consiste esta [referindo-se à idéia de eugenia] num amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado.”

11/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, eminente advogado Luís Alberto Barroso, que assumiu a tribuna com o brilhantismo de sempre, estimado Relator.

Tanto quanto nós pudemos ouvir até então, fez-se presente aqui a afirmação do Ministro Marco Aurélio de que a beleza do Colegiado está exatamente na composição de uma deliberação judicial de caráter enciclopédico, de sorte que eu, efetivamente, não pretendo abordar o tema sob a óptica exauriente que Vossa Excelência, a Ministra Rosa Weber e o Ministro Joaquim Barbosa abordaram.

Na realidade, entendo que, no afã de acrescentar o que já foi aqui exposto, o tema reclama uma análise com dados científicos sobre a justeza da criminalização de uma gestante que realiza o aborto de feto anencefálico por não suportar a dor moral de carregar no seu ventre, durante nove meses, um filho em relação ao qual ela assiste à missa de sétimo dia por uma imposição supostamente legal.

A jurisdição, o nosso querido Professor José Carlos Barbosa Moreira - calcado no professor Enrico Tulio Liebman - sempre afirmava ser uma função eminentemente popular. Eu, como também não tive a oportunidade de participar de nenhum julgamento, nem sobre a questão de ordem, nem sobre as questões antecedentes referentes à liminar (decerto por esse fato), recebi uma série de comunicações escritas, e-mails e cartas sobre o tema que gravita em torno dessa questão.

Eu não posso deixar de destacar - e até peço vênias a Vossa Excelência pelo equívoco que cometi ao mencionar o seu nome - que cada um tem o seu perfil espiritual. Hoje de manhã, acordei e agradei a Deus por poder contribuir com a humanidade por meio de uma decisão que pode conjurar tristezas, angústias, dores, aflições e, ao mesmo tempo, pedi a

ADPF 54 / DF

Deus que a razão e a paixão me acompanhassem no exercício desse mais alto apostolado que um ser humano pode se dedicar nesse mundo de Deus: a magistratura.

Então, essa é a razão pela qual eu estou acometido de um momento singular no exercício da minha função na Suprema Corte, sendo certo que me considero ainda um infante, tendo em vista a data da minha posse.

O Ministro Marco Aurélio narrou, de forma dramática, um depoimento de uma das partícipes da audiência pública acerca das suas aflições humanas, chegando mesmo a mencionar que retiraram uma pedra, uma montanha de cima de seus ombros quando ela teve a oportunidade de realizar o parto diante da constatação daquela tragédia humana.

Eu recebi uma carta, Ministro Marco Aurélio, de um jovem homem, marido. Essa carta é curta, é ética, é uma carta de uma pessoa que me transmite um testemunho da vida real e, ao final, só pede compreensão pela dor que ele experimentara. A carta tem os seguintes dizeres:

“Primavera de 1980. Um jovem casal aguarda na fila de uma maternidade do Rio de Janeiro o momento sublime do parto. Ali, sonhos se multiplicam na imaginação das mulheres que estão prestes à dar a luz. A figura do filho amado, crescendo, se desenvolvendo e preenchendo a vida daqueles que o esperam é o que certamente preenche os sonhos e os devaneios daquela gestante.

Em contraste, chamava atenção de todos uma outra jovem moça, com seu marido, que também aguardava na mesma fila em copioso pranto. A comoção se justificava. No lugar dos sonhos cultivados, essa gestante assistiu durante nove meses o funeral do seu filho. Um pequeno caixão branco por eles encomendado era o símbolo de um ritual tão triste quanto severo para com a mulher que, em verdade, jamais conseguiria ser mãe do filho que gestava.”

Termina a carta dizendo:

ADPF 54 / DF

“A jovem a que eu me refiro era a minha mulher, e eu o seu marido. Ministro, compreenda essa dor!”

Casos como esse, ao contrário do que se pode imaginar, são recorrentes na realidade brasileira. A Organização Mundial da Saúde indica que o Brasil apenas está abaixo do México, do Chile e do Paraguai na lista dos países que apresentam mais ocorrências de fetos anencefálicos - uma média de dez fetos anencéfalos para cada dez mil nascimentos com vida. As autorizações judiciais para interrupção da gravidez em situações semelhantes se multiplicaram em todo o país, exigindo deste Pretório Excelso - como muito bem destacou Vossa Excelência que é a nossa função - uma manifestação definitiva sobre essa questão, porque a supremacia judicial só se instala quando o legislativo abre esse espaço de reflexão, porquanto politicamente não assume as suas responsabilidades como representante do povo.

A situação narrada bem representa o desafio enfrentado pelos operadores do Direito contemporâneo para decifrar os enigmas daquilo que a doutrina convencionou chamar de Bioética. A expressão atribuída ao oncologista Rensselaer Potter, que a utilizou pela primeira vez em seu artigo *Bioethics, the science of survival*, publicado em 1970, foi idealizada por Potter como a ética voltada para a preservação da vida em geral em face do progresso científico experimentado em nossa era. No mesmo sentido são as passagens de Ingo Sarlet e George Leite Salomão ao discorrerem sobre *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*.

A anencefalia, *anencephaly*, é definida pelo *National Institute of Neurological Disorders and Stroke*, em tradução livre, como um defeito da fechadura do tubo neural, como aqui já foi destacado por Vossa Excelência. O que mais me impressionou é que as crianças com essa disfunção nascem sem a porção anterior do cérebro, sem a área responsável pelo pensamento e pela coordenação. A parte remanescente do cérebro é frequentemente exposta; não é coberta por ossos ou pele. Um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente e incapaz de sentir dor. Apesar de alguns indivíduos com anencefalia poderem viver minutos, a falta de um cérebro em funcionamento permanente descarta

ADPF 54 / DF

completamente a possibilidade de qualquer ganho de consciência. Ações reflexas como a respiração, resposta a sons ou olfato são absolutamente incoerentes. O prognóstico para bebês que nascem com anencefalia é extremamente ruim. Se o infante não é natimorto, como declarou aqui o Ministro Marco Aurélio, com os dados científicos coligidos, geralmente ele vem a falecer em horas após o nascimento.

A presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental visa a conferir interpretação conforme a Constituição nos artigos 124, 126, 128, I e II, do Código Penal de modo a pronunciar a sua não incidência ou a inconstitucionalidade da incidência dos tipos penais incriminadores descritos à hipótese que denomina como "antecipação terapêutica do parto" em caso de feto anencefálico - aqui trazendo o fundamento do pedido com fulcro na Constituição Federal, artigos 5º, inciso II, 1º, inciso IV e VI, **caput**, e 196.

Aqui também já foi destacado que o tema havia chegado ao Supremo Tribunal Federal pelo **Habeas Corpus** nº 84.025 e que a Corte não decidiu pela prejudicialidade, conforme o eminente Relator, em exauriente e brilhantíssimo voto, aqui noticiou.

Agora em sede de controle objetivo perquire sobre a criminalização da conduta da mulher que efetiva a prática abortiva de feto anencefálico, e esse dado é fundamental e de muita importância.

Eu não vou discutir qual é a vida mais importante, se da mulher ou do feto, muito embora, com o brilhantismo que lhe é peculiar, o eminente professor Luís Roberto Barroso tenha atestado, com inequivocidade, que o Código Penal pondera, sim, a vida da mulher e do feto no caso do aborto terapêutico. No entanto, eu não me sinto confortável para fazer essa ponderação de que vida é mais importante: a da mulher ou a do feto.

Os jusfilósofos que trataram do direito do feto com maior profundidade, como Habermas e Dworkin, condenaram uma postura beligerante, *pro-life versus pro-choice*, como se fosse uma verdadeira batalha do aborto. Deve-se aceitar, como aqui foi destacado da tribuna, o pluralismo das visões do mundo e propor uma plausível perspectiva de mediação entre esses extremos que estão sendo colocados agora. E essa é

ADPF 54 / DF

a postura de Francesco Busnelli na sua obra memorável *L'Inizio della vita umana*, que vem reproduzida na Revista de Direito Civil de 2004, a que eu tive acesso.

Há, como se percebe - até pelas manifestações dos jornais, pelas manifestações aqui, diante do Supremo Tribunal Federal - um dissenso moral razoável sobre a matéria. Há os que são contra e há os que são a favor. O eminente advogado destacou que respeita com profundidade aqueles que trazem ínsita essa ideologia sincera. Mas, com relação a nós magistrados, a existência desse dissenso moral significativo nos impõe, assim como já adotamos em outros *hard cases* (como a Marcha da Maconha e a legitimação da união homoafetiva), uma postura minimalista do Poder Judiciário, adstrita à questão da criminalização do aborto de feto anencefálico.

Seria, no meu modo de ver, extremamente prematuro que o Supremo Tribunal Federal buscasse solucionar, como se legislador fosse, todas as premissas de um intenso debate que apenas se inicia na nossa sociedade, fruto do pluralismo que lhe caracteriza. Aliás, fazendo justiça mais uma vez, o Ministro Marco Aurélio, no seu exauriente voto, citou casos de conjuração de qualquer pensamento de eugenia ou de aborto eugênico, mencionando inúmeras doenças gravíssimas que poderiam levar a uma estratégia de seletividade pessoal do ser humano. Então, este caso é um caso típico em que se exige do Judiciário uma "passividade virtuosa", na célebre expressão de Alexander Bickel no famoso estudo *The Least Dangerous Branch* e, também, na expressão utilizada por Cass Sustein sobre o minimalismo na Suprema Corte Americana.

O professor Cass Sustein, nessa publicação de Harvard, em tradução livre, preconiza que nesses casos - em que, diferentemente da Suprema Corte Americana, nós não podemos pronunciar o *non liquet*, ainda que haja o desacordo moral na sociedade - nós somos obrigados a dar uma palavra final. A trilha minimalista faz muito sentido quando o tribunal está lidando com a questão constitucional de alta complexidade, sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e sobre a qual a nação está dividida, em termos morais ou outros quaisquer. O tribunal e

ADPF 54 / DF

os tribunais, portanto, tentam economizar no desacordo moral mediante a recusa em adotar os compromissos morais profundamente assumidos por outras pessoas, quando desnecessários para decidir o caso. Por essa razão, estou adotando essa postura de contenção judicial à hipótese de criminalização da mulher que realiza a antecipação terapêutica do parto em razão da anencefalia do feto.

E mais ainda: como a jurisdição é uma função popular, como o cidadão tem que entender o que nós estamos decidindo aqui, eu fui surpreendido, assistindo a um programa televisivo sobre essa questão, com a afirmação de uma senhora no sentido de que o Supremo estaria tendente a não permitir que a mãe tivesse o seu filho, ainda que o feto anencefálico pudesse aguardar a sua vida, declarar o seu amor e aguardar que ele morresse. Absolutamente equivocada! - para mantermos a delicadeza e a pureza. Isso é de uma insciência total.

O Supremo Tribunal Federal evidentemente respeita e vai consagrar aquelas mulheres que desejarem realizar o parto, ainda que de feto anencefálico. O que o Supremo Tribunal Federal tem que examinar é se é justo, sob o ângulo criminal, colocar uma mulher que, durante nove meses, leva em seu ventre um feto anencefálico, o qual não tem condições de vida, no banco do Júri, porque aborto é crime contra a vida e sujeito à competência do Júri. E sabemos que, dependendo da comunidade, o Júri tem as suas propensões. Dependendo da influência - Vossa Excelência determinou o afastamento da religião e de outras convicções -, há algumas localidades em que essa condenação pelo Tribunal do Júri é absolutamente certa. E essa é a questão que não cala. Seria justo? É tão justo admitir que uma mulher aguarde os nove meses para que dê luz ao seu feto, ao filho anencefálico, como também representa justiça não se permitir que uma mulher que padece dessa tragédia, de assistir à missa de 7º dia do seu filho, levando-o ao ventre durante 9 meses, seja criminalizada e jogada no banco do Tribunal do Júri para ser julgada como se fosse a praticante de um delito contra a vida.

Os dados sobre a anencefalia aqui trazidos pelo Ministro Marco Aurélio em relação às audiências públicas, todos convincentes à

ADPF 54 / DF

saciedade, ressaltam a *via crucis* pela qual passa uma mulher que carrega no seu ventre um filho já fadado a não resistir à doença que lhe acomete.

Vicente de Paulo Barretto, com apoio de Paul Ricoeur, assevera com acerto que:

O sujeito de direito, do ponto de vista antropológico, tem por sua própria natureza o conjunto de valores consubstanciados no princípio da dignidade humana que o tornam digno de respeito.

Considerando essa premissa do professor da Faculdade de Direito da minha congregação, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, conclui o eminente jusfilósofo que:

O desafio hodierno é considerar a dignidade da pessoa humana como categoria primordial da Bioética, a servir como princípio em torno do qual se procura responder à pergunta sobre o tipo de pessoa que queremos ser e qual a sociedade que pretendemos construir.

Então, citando Judith Martins-Costa e Leticia Möller, ele narra e expõe essa questão, esse binômio "a pessoa que se pretende ser/a dignidade humana", no texto *Bioética, Responsabilidade e Sociedade Tecnocientífica*.

Robert Alexy (uma década após Vork iniciar um movimento pós-positivista de conferir a eminência aos princípios), na sua memorável *Teoria dos Direitos Fundamentais*, assenta - como é de sabença - que não existem princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais.

Aqui foi citado um aresto, e eu trago outro, Ministro Marco Aurélio: na Itália, a Corte Constitucional, por meio da Sentença nº 35, de 10 de fevereiro de 1997, reconheceu que, embora o direito à vida do conceito mereça uma proteção forte, ela deve se dar na medida do possível, cedendo quando presente um risco sério à saúde física ou psíquica da gestante, sendo esse o requisito exigido pelo art. 4º da *Legge* nº 194, de 22

ADPF 54 / DF

de maio de 1978, para que seja legítima a interrupção voluntária da gravidez.

Conforme observa Günther Jakobs, *"é razoável aceitar um encurtamento da vida para combater dores mais graves"*, na sua obra sobre o Direito penal e o direito à vida. Bem por isso, há que se perquirir, com base em dados científicos, o grau de violação da dignidade da mulher sujeita a tão desafortunada situação. Lastimavelmente são poucos os casos em que o infante anencéfalo sobrevive por um considerado período fora do útero materno.

O Ministro Marco Aurélio já trouxe inúmeros dados, mas trago um que não foi mencionado, do Centro de Atenção Integral à Saúde da Mulher, indicando que 94% dos recém-nascidos com essa deformidade (já excluídos os que sequer sobreviveram até o parto) faleceram nas primeiras horas após o nascimento, sendo certo que 67% faleceram logo na primeira hora. A média de vida calculada foi de 51 (cinquenta e um) minutos - isso num estudo sobre a gravidez e a anencefalia, levado a efeito por um trabalho conjunto de autores nacionais e publicado num periódico sobre Obstetrícia e Ginecologia norte-americana, em 2012.

Atualmente há meios seguros de detecção da anencefalia durante a gestação. O exame mais comum consiste no acompanhamento visual do feto após cinco semanas de gravidez, por meio de ultrassonografia. Outro exame utilizado é o de alfafetoproteína, uma espécie de proteína produzida pelo feto e eliminada no líquido amniótico. A indicação desses níveis anormais dessa proteína revela a existência dos defeitos anencefálicos. Há ainda o exame da amniocentese, que é descrito pela medicina usual como um exame de retirada do líquido amniótico, através do qual também se consegue detectar doenças graves do feto. Cientistas especializados dão conta de que o diagnóstico de anencefalia por exame de ultrassonografia é bastante preciso desde que feito por médico experiente e familiarizado com esse tipo de disfunção.

Então, trago aqui também um estudo sobre o ultrassom na obstetrícia e na ginecologia, do professor Whitlow, considerado um dos mais expoentes da obstetrícia norte-americana, e um do professor

ADPF 54 / DF

Johnson sobre a projeção que o ultrassom oferece para as hipóteses de anencefalia entre a 10^a e a 14^a semanas.

Além disso, deve-se considerar que, infaustamente, a anencefalia é uma doença irreversível no atual estágio da humanidade, fulminando qualquer perspectiva de cura.

Então, com base nesses dados colhidos, que foram aqui confirmados, é possível chegar-se a três conclusões lastimáveis: a expectativa de vida do anencéfalo fora do útero é absolutamente efêmera; o diagnóstico de anencefalia pode ser feito, com razoável índice de precisão, a partir das técnicas hodiernamente disponíveis; e as perspectivas de cura dessa deficiência na formação do tubo neural são absolutamente inexistentes nos dias atuais. Por isso que neonato anencefálico tem uma expectativa de vida reduzidíssima.

Sob esse enfoque, como destacou a Ministra Rosa Weber, avulta a importância a necessidade de proteger a saúde física e psíquica da gestante, indubitavelmente dois componentes da dignidade humana da mulher, indissociáveis no seu imo fundamental a assumir posição de elevada importância neste julgamento. O prosseguimento da gravidez gera na mulher um grave abalo psicológico; por isso que, impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal, efetivamente equivale a uma tortura vedada pela Constituição Federal no art. 5^o.

Essa afirmativa encontra ressonância em dados científicos, os quais foram apontados pelo eminente Relator no sentido de que a interrupção da gravidez, com a narrativa daquele caso que me levou à emoção, tem, sim, o condão de diminuir o sofrimento mental da gestante.

Trago, por exemplo, uma pesquisa da Comissão Ética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, em cuja pesquisa todas as gestantes com diagnóstico de malformação fetal letal afirmaram que, certo tempo após a interrupção, não se importavam em falar da gravidez, não se importavam em falar do bebê, não se importavam em falar do procedimento realizado e, o que é mais importante, elas aconselhavam outras gestantes na mesma situação a interromper a gravidez.

ADPF 54 / DF

Os pesquisadores que foram citados no estudo do professor Marcelo Zugaib *Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia* concluíram que os casais conseguem, após a interrupção da gravidez, retomar o sentido de suas vidas e que o sofrimento é realmente minimizado com o passar do tempo, ficando as lembranças dos momentos tristes e difíceis, mas o sofrimento em si deixa de existir com a elaboração do luto e de toda a vivência. Nesse estudo a grande maioria não acredita, algo imanente à cultura ocidental, em castigo por terem optado pela interrupção da gestação. Por isso que é um truísmo dizer que, quanto maior o calvário, maior a dor.

A pesquisa científica supranarrada apenas demonstra o que a razão já conseguiu explicar - e que eu fiquei totalmente convencido após o voto do Ministro Marco Aurélio -: levar a gestação até os seus últimos termos causa na mulher um sofrimento incalculável, do qual resultam chagas eternas, que podem ser minimizadas caso interrompida a gravidez de plano, se esse (aí respondendo àquela senhora que se dispôs a ir a um programa de televisão expressar aquela heresia) for o desejo da gestante.

O Supremo Tribunal Federal, nos votos até então pronunciados, respeita o desejo da gestante e apenas descriminaliza a atitude desta mulher que foi acometida de uma tragédia humana sem precedentes.

A literatura médica aponta que o prosseguimento da gestação - isso também é importante - causa riscos à saúde física da mulher. No citado estudo, realizado com dados coligidos durante dez anos no Hospital da Mulher da Unicamp, verificou-se que 38% dos fetos morreram espontaneamente dentro do útero materno. Esse estudo, lavrado por autores latino-americanos, foram exatamente reproduzidos neste que representa um artigo paradigmático, em 2012, sobre obstetrícia e ginecologia.

Outra complicação comumente observada foi o denominado polihidrâmnio, o aumento excessivo do volume do líquido amniótico, identificado em 15% (quinze por cento) dos casos.

É até desumano ler esses efeitos nocivos e deletérios para a saúde da

ADPF 54 / DF

mulher aqui apontados. Essas informações também são encontradas em outras pesquisas e eu também trago estudos sobre sonografia, sobre ultrassonografia e sobre essa doença de polihidrânio, dos jornais americanos especializados em medicina.

Há ainda o registro impressionante - esse registro é realmente impressionante e vou pedir perdão para lê-lo, pois é importante - de que a ausência de pescoço e o tamanho da cabeça do feto fazem com que o tronco tenda a penetrar no canal do parto junto com a cabeça, provocando, assim, uma grave distorção, ou seja, um alto risco para a parturiente.

Professor Pedro Lauterslager, fazendo considerações sobre a bioética, na versão Argentina, deixa entrever que, com essa deformação, é necessária a realização da prática da cesariana. É impossível se realizar um parto normal. Por isso que aquela cicatriz fica para o resto da vida e é um lembração indelével dessa tragédia que essa mulher vivenciou.

Os perigos para a saúde física da mulher, como visto, são elevadíssimos em uma gravidez de feto acometido pela anencefalia, razão pela qual, se essa for a alternativa eleita pela mulher, deve-se conferir a possibilidade de interrupção da gestação à luz do princípio da proporcionalidade, que também se aplica ao Direito Penal.

Os modernos constitucionalistas, hoje, trazem a tônica da constitucionalização dos direitos, entre outros a constitucionalização do Direito Penal, procurando verificar qual é a última **ratio** que informa o legislador no momento em que ele tipifica determinadas figuras penais.

O eminente Professor Luís Roberto Barroso, calcado nos escólios de Valéria Caldi e Ingo Sarlet, anota o fenômeno dessa constitucionalização, dessa repercussão do Direito Constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas, e assenta que a disciplina jurídica dada a determinada infração, a pena aplicável, não deve ir além nem tampouco ficar aquém do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão.

Até para poupá-los e concitá-los à leitura da obra desse moderno Direito Constitucional contemporâneo do professor Luís Roberto Barroso, eu concluiria essas premissas afirmando que, efetivamente, a

ADPF 54 / DF

criminalização do aborto incide na dimensão da vedação do excesso.

E trago como paradigma da abordagem do tema, o **Habeas Corpus** nº 90.049 - RS, que também teve relatoria do Ministro Marco Aurélio e que abordou essa vedação ao excesso naqueles casos em que se impedia a progressão do regime nos casos de crimes hediondos.

Em suma, concludo eu, o legislador, com fundamentos limites na Constituição, tem liberdade para definir crimes e penas. Mas, ao fazê-lo, ele deve se sujeitar aos direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano do direito material, como no âmbito do direito processual. Por outro lado, tem o legislador deveres de proteção para com a sociedade, cabendo resguardar valores, bens e direitos fundamentais de seus integrantes, como aqui destacou a Ministra Rosa Weber quando abordou esse direito fundamental da mulher.

Baseado numa outra percepção do professor Dworkin sobre uma leitura moral da Constituição, é preciso verificar-se que efetivamente o bem jurídico aqui em eminência é exatamente a saúde física e mental da mulher e a desproporcionalidade da criminalização do aborto levado a efeito por uma mulher sofredora, pobre, com a patologia do feto anencefálico.

No Direito Penal, essa ponderação de princípio recebe o **nomem iuris**, "estado de necessidade justificante". Versando sobre o tema, o professor Günther Jakobs esclarece que a ponderação de interesses faz com que o fim justifique os meios. Essa é a sua redação no *Tratado de Direito Penal - Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*, traduzido por Gercélia Mendes e Geraldo de Carvalho pela Editora Del Rey, em 2008 .

Consectariamente, o atual art. 128 do de Código Penal, que prevê as causas de justificação no crime de aborto, deve sofrer essa releitura moral a que refere Ronald Workin, exatamente porque há novas luzes sobre as novas necessidades científicas e sociais.

Os hodiernos métodos de diagnóstico da anencefalia durante a gravidez inexistiam à época da edição da parte especial do Código Penal brasileiro. Nesse particular, não é algo irrazoável raciocinar-se sob o ângulo da própria tipicidade. Esse tipo sequer poderia ter sido previsto

ADPF 54 / DF

pelo legislador porque, na época, não havia meios de se detectar essa doença. E tanto isso é verdade que a ultrassonografia foi criada na Alemanha, em 1940, por pesquisadores da Universidade de Colônia, e em 31 de dezembro do mesmo ano era publicado o Código Penal brasileiro. Então, isso é uma prova inequívoca que nem se pensava em antecipação de parto de feto anencefálico.

A necessidade de interpretação evolutiva, então, se revela patente na medida em que - e aqui um dado novo de expressão importância - o anteprojeto do novo Código Penal inclui mais uma hipótese de aborto permitido no art. 127, III: quando há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de um nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável. A lacuna normativa atual não deve conduzir à incriminação da conduta, sendo o caso de recurso à equidade integrativa, de que tratou Aristóteles na sua *Ética a Nicômaco*, para permitir o preenchimento da omissão legislativa com aquilo que teria dito o legislador se tivesse conhecido os dados aterrorizantes da gestação de feto anencefálico.

Causa espécie ainda o fato de o legislador, como aqui foi destacado em todos os votos, ter previsto no art. 128, II - isso é a maior antinomia diante deste caso concreto - do atual Código a permissão do aborto sentimental: hipótese de estado e necessidade esculpante de caso de estupro no qual se admite a supressão da vida de um feto sadio. E aqui estamos falando de um feto que não tem condições potenciais de vida! E a justificativa penal atual é a forma de tutelar a saúde psíquica da mulher. Portanto, caso o diagnóstico de anencefalia durante a gestação fosse possível à época do Código Penal de 1940, teria, sem dúvida alguma, o legislador previsto também essa hipótese de permissão de antecipação terapêutica do parto, ou, afastando o eufemismo, o aborto, sob pena de incidir em grave desproporcionalidade.

Sobre a evolução do estado de necessidade nessas hipóteses, na Alemanha, Johannes Wessels aponta que o "estado de necessidade justificante geral se desenvolveu na jurisprudência [como estamos fazendo agora], como estado de necessidade supra-legal", oriundo da

ADPF 54 / DF

ponderação de bens e deveres e foi reconhecido principalmente na interrupção da gravidez medicamente indicada.

Se não me falha a memória, nos memoriais do eminente advogado, Luís Roberto Barroso, há uma menção aos dois casos do Tribunal Constitucional alemão: aborto 1 e aborto 2. Foi exatamente neste segundo caso em que se deu essa exegese, com base na doutrina de Wessels, no *Direito Penal*, traduzido por um eminente amigo e Procurador da República, professor Juarez Tavares, que hoje atua no Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, cuida-se na hipótese **sub judice** da construção jurisprudencial fundada em singular princípio de justiça de uma nova hipótese, estado de necessidade supralegal para os casos de interrupção de gestação de fetos anencefálicos, a fim de adequar o tecido normativo às necessidades que se apresentam na realidade social.

É cediço que o princípio da proporcionalidade concreta no Direito Penal, que confronta punição com os fins penais, revela que a criminalização do aborto de feto anencefálico agrava ainda mais os custos sociais do infortúnio, reclamando do Estado medidas de amplo aspecto no segmento da saúde pública, atuação estatal que não se coaduna com a simples repressão criminal da conduta em foco.

Eu relembro, egrégio Plenário, senhor Presidente, senhores advogados, que, quando aqui discutiu-se não só a Marcha da Maconha, mas também a união homoafetiva, nós nos baseamos no estudo da professora norte-americana Nancy Fraser relativamente a uma política de reconhecimento. A eminente professora ressalta que essa política de reconhecimento visa a contribuir para um mundo amigo da diferença, onde há assimilação pela maioria de normas culturais dominantes e, com isso, evita-se a marginalização da sociedade civil, que é o maior dano da injustiça do não reconhecimento.

Aqui, o próprio Ministro Marco Aurélio e as audiências públicas comprovaram que a não aceitação do aborto de feto anencefálico e a ameaça penal não têm a menor eficácia. Há dados aterrorizantes sobre a morte de mulheres que fazem o aborto de maneira insipiente e depois são

ADPF 54 / DF

obrigadas a percorrer a **via crucis** nos hospitais públicos; não só dos hospitais públicos, pois também comparecem aos hospitais de elite.

Anotamos naquela oportunidade - este Plenário também tem enfrentado com altivez e coragem uma outra questão - que a deliberação democrática da sociedade e, **a fortiori**, do Supremo, respeitando essa agenda social, impõe-se com significativo relevo, principalmente quando envolve uma questão multidisciplinar como esta, atinente à saúde, à moralidade, mercê do estabelecimento de parâmetros de delicadíssima questão de descriminalização do aborto, evitando o maniqueísmo das opiniões marginalizantes e das concepções libertárias e ilusórias, com a deletéria neutralidade social, assistente do drama humano - isso é que é importante - que perpassa as classes frequentadoras das áreas mais pobres da cidade às elites das mansões à beira-mar.

Esses abortos marginalizados - noticia-se - são realizados em todas as classes sociais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A classe A, com toda assepsia possível. No tocante aos menos afortunados, junto a açougueiros. Daí o serviço público realizar, por ano, cerca de 200 mil curetagens, presente aborto mal feito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O que é pior! E Vossa Excelência, mais uma vez, pertinente naquilo que se está enfrentando.

O professor catedrático da Universidade de Barcelona - já terminando - Santiago Mir Puig afirma que a grave intromissão nos direitos fundamentais que representam as penas e as medidas de segurança deve estar sujeita ao mesmo princípio que deve legitimar qualquer afetação de direitos fundamentais por parte do Estado, vale dizer, o princípio da proporcionalidade.

Mais uma vez eu reitero: eu desafio qualquer um a me demonstrar, à luz do princípio da razoabilidade sobre o impacto da proporcionalidade, que é justo penalmente se relegar essa gestante aos bancos de um Tribunal do Júri para responder por aborto pelo fato de ter antecipado o

ADPF 54 / DF

parto de um feto anencefálico.

O moderno Direito Penal mínimo recomenda que as sanções criminais devem ser o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado, na visão do professor René Ariel Dotti, no seu *Curso de Direito Penal*. E eu acrescento: *maxime* quando essa volição do Poder Público sequer era previsível no casos de aborto anencefálico.

O sacrifício da penalização de uma gestante de feto anencefálico não se revela necessário aos fins do direito punitivo, mas, antes, demonstra a desproporcionalidade da sanção diante da inafastável defesa da dignidade humana da mulher infortunada, fundamento do Estado democrático de Direito e garantia revestida da categoria de direito fundamental.

Uma única passagem histórica: a memorável Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já previa no seu artigo 8º que a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias.

O artigo 59 do Código Penal estabelece uma regra **in procedendo** no sentido de que o juiz deve entender absolutamente necessária a pena. Assim também deve-se percorrer a trilha em relação ao aborto do feto anencefálico. Por que punir essa mulher que já padece de uma tragédia humana, que, em regra, são insensíveis as pessoas que não passaram por ela? Não sei se foi coincidência, mas todas as pessoas que eu ouvi, que eram contra essa eventual decisão de descriminalização, tinham crianças sãs nas suas casas, tinham filhos sãos, netos sãos; não sentiram na própria pele essa dor física, essa dor moral dessa mulher.

Por isso, senhor Presidente, egrégio Plenário, no meu modo de ver, não se coaduna com a sociedade moderna nacional e organizada o intuito punitivo, desenfreado e desconectado da função preventiva da reprimenda e da necessidade de reservar para o Direito Penal apenas aquelas situações realmente aviltantes para a vida em comunidade.

Mais uma vez, me valho aqui de Johannes Wessels, quando afirma: as disposições penais devem ser consideradas como última *ratio*; só se justificam onde meios incisivos, como os do Direito Público - e o aborto é

ADPF 54 / DF

uma questão de saúde pública, não é uma questão de Direito Penal -, não bastem aos interesses de uma eficiente proteção aos bens jurídicos (na obra antes citada).

Revela-se inequívoco, assim, que a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos é matéria de saúde pública, que aflige, em sua maioria, as mulheres - como disse o Ministro Marco Aurélio - que compõem a parcela menos abastada da população. A questão deve ser tratada como uma política de assistência social eficiente, que dê à gestante todo o apoio necessário em uma situação tão lastimável, e não uma repressão criminal, uma repressão penal destituída de qualquer fundamento razoável.

Seria, no meu modo de ver, o punir pelo punir, como se fosse o Direito Penal a panaceia de todos os problemas sociais, sem prejuízo de relegar o drama para as alternativas marginalizadas, unindo uma vez mais essa gama de mulheres pobres e sofredoras.

A tutela penal de bens jurídicos desenha o perfil da sociedade e o modelo estatal de prevenção e repressão da criminalidade, refletindo a vontade do povo, na expressão de Claus Roxin, citado pelo Professor René Ariel Dotti.

Sob o ângulo da vontade do povo - se é que é sindicável a vontade do povo - pode haver até desacordo moral razoável sobre a permissão ou não do aborto. No meu modo de ver, sob o ângulo da vontade popular, sobressai extreme de dúvidas o repúdio social à penalização da mulher vitimada por uma gravidez de risco, que a impõe manter no seu ventre materno nascituro com morte anunciada, dor maior no arrebate da maternidade desejada.

Por incidir, no meu modo de ver, em uma causa de justificação, por se enquadrar no estado de necessidade, na antijuridicidade e na inexigibilidade de conduta diversa, a gestante de feto anencefálico que opta pelo abortamento - o Supremo Tribunal respeita as mulheres que desejam levar o seu parto adiante - positivamente não atua **contra legem**, mas antes, como observava Cícero na famosa "Oração pro Milone", age em consonância com a lei sagrada, que nasceu com o homem, lei anterior aos legistas, à tradição e aos livros, gravada no código imortal da

ADPF 54 / DF

natureza, lei menos estudada que sentida.

Assim sendo, senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustres presentes, que atentaram para uma deliberação tão difícil para todos nós, estou encaminhando a minha votação pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a fim de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 128 do Código Penal, para reconhecer não configurado o crime de aborto nas hipóteses de interrupção voluntária da gravidez de feto anencefálico.

11/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

TRIBUNAL PLENO
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
54
ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, senhores Ministros, tenho voto longo, do qual farei a juntada. Quero fazer apenas algumas observações, tentando resumir os fundamentos. Eu poderia apenas seguir os brilhantíssimos votos, a partir do voto do Ministro Marco Aurélio, que se iniciaram, até porque a minha conclusão é no sentido da procedência da presente Arguição.

Em primeiro lugar, tenho que as observações que já foram acentuadas pelo Ministro Marco Aurélio, pela Ministra Rosa Weber e pelo Ministro Fux, são pertinentes e eu as reitero.

Todos preocupam-se com o direito à vida, quem é contra a interrupção da gravidez, quem é a favor, quem se pronunciou na audiência pública, de uma forma ou de outra; não há ninguém que tenha qualquer outra preocupação que não seja rigorosamente a vida e a dignidade da vida, com a visão que cada um tem de mundo e da própria vida, o que reflete, a meu ver, um momento democrático brasileiro, um momento de pluralidade. Respeito as opiniões contrárias, mas há que ser anotado, como agora posto pelo Ministro Fux, exatamente na perspectiva constitucional, que o que se põe em questão é o que a Constituição determina, ponderando-se os princípios como posto no sistema.

Também faço questão de frisar que este Supremo Tribunal Federal, nesta tarde, não está decidindo nem permitindo o aborto. Essa é uma questão posta à sociedade. O que estamos tratando aqui é fundamentalmente de saber se a interpretação que é possível de ser dada aos dispositivos do Código Penal são compatíveis ou não com a interpretação que vem sendo dada no sentido de se considerar crime

ADPF 54 / DF

também a interrupção de gravidez de feto anencéfalo.

Em terceiro lugar, também, dos memoriais que recebemos, dos estudos e de pareceres, consta como um dos argumentos mais reiterados que o Supremo estaria a abrir a possibilidade de abortos eugênicos . Mas não é disso que aqui se cuida; não é este o tema que aqui é posto; não se trata de uma cunha aberta para que outro tipo de indagação seja feita. Decisões judiciais são oferecidas exatamente segundo o objeto apresentado para a decisão. Portanto, não estamos falando de introduzir no Brasil a possibilidade de aborto, menos ainda de aborto em virtude de qualquer deformação, mas a questão da anencefalia que diz com a possibilidade ou não, potencialidade ou não de vida.

Também faço coro ao Ministro Fux, especificamente, para, já que estamos discutindo direito à vida, liberdade e responsabilidade, deixar claro que não se cuida aqui de obrigar quem quer que seja a levar adiante interrupção de gravidez. Nem é isso objeto da presente arguição. O que estamos deliberando é sobre a possibilidade jurídica de uma pessoa ou de um médico ajudar aquela pessoa que esteja grávida de um feto anencéfalo a livremente fazer a escolha sobre qual o melhor caminho a ser seguido, quer continuando ou não com essa gravidez.

Dundamentei o meu voto, tal como fez o Relator, Ministro Marco Aurélio, exatamente no princípio constitucional da dignidade da vida e também no direito à saúde, mas principalmente no direito à dignidade da vida.

Aqui faço brevíssimas observações, senhor Presidente.

A primeira observação que faço é que o útero é o primeiro berço de todo ser humano. Se alguém entrar numa maternidade há de ver o mesmo que veria ao se introduzir numa mansarda, a mais pobre, que se tenta construir o berço como se fosse modelar de novo aquele primeiro ambiente de todo ser humano.

Quando o berço se transforma num pequeno esquife, a vida se entorta, porque a mulher que teria que estar carregando aquele pequeno berço, para preservar aquela vida com todo cuidado, se vê às voltas com algo com o qual ele tem que lidar de uma forma muito

ADPF 54 / DF

solitárias, às vezes, e sempre com o que era o imponderável da vida: a possibilidade de morte antes mesmo da vida. Talvez esse seja o dado que mais toca a dignidade do ser humano. Até quando eu falava que a dignidade do ser humano vai além da dignidade da pessoa não estava cogitando, nem imponho para efeito de decidir neste caso, de votar neste caso; estamos falando de um ser, mas, na verdade, estamos falando de uma relação entre seres: da mãe, que tem que lidar com isso, e daquele feto anencéfalo. Por isso, às vezes, o luto pelo qual a mãe passa - e se puder optar pela interrupção da gravidez, é luto e libertação, porque é a possibilidade de ela continuar a vida, tocar a vida num momento em que há continuidade, sem aquele luto momentâneo - seria a perspectiva de um luto que se prolonga muito além do que é humanamente ponderável ou possível de se exigir de qualquer pessoa. Qualquer pessoa (não precisa nem de ter lido literatura jurídica), quem tiver tido a oportunidade de ler "Manuelzão e Miguilim", de Guimarães Rosa, haverá de saber que talvez o grande exemplo de dignidade humana que Deus tenha deixado tenha sido exatamente o da mãe - e olha que eu tenho um super pai! A dignidade da mãe vai além dela mesma, além do seu corpo. Quando Guimarães Rosa põe a mulher carregando nos braços um filho morto, que tinha no seu pezinho, machucado uns dias antes, um pedaço de pano amarrado, ela busca o banho no pequeno corpo do filho morto e quase que esbarra na bacia; ela, então, toma cuidado para que, mesmo morto, não tenha nenhum esbarrão porque seria sofrimento imposto àquele pequeno corpo. Quem tanto tiver lido haverá de saber que, quando se faz escolha pela interrupção do que poderia ser a vida de um momento ou a vida por mais um mês, não é escolha fácil, é escolha trágica sempre; é a escolha que se faz para continuar e para não parar; é a escolha do possível numa situação extremamente difícil. Por isso, acho que é preciso que se saiba que todas as opções como essa, mesmo essa interrupção, é de dor. A escolha é qual a menor dor; não é de não doer, porque a dor do viver já aconteceu, a dor do morrer também. Ela só faz a escolha possível nesse sentido. E é exatamente para preservar a dignidade da vida, que é o que a Constituição assegura como princípio fundamental do constitucionalismo

ADPF 54 / DF

contemporâneo, do Direito Constitucional contemporâneo, do Direito positivo brasileiro contemporâneo. Por isso acho que, exatamente fundado na dignidade da vida, é que neste caso essa interrupção não é criminalizável, como posto nos votos que me antecederam.

Na audiência pública, o meu ex-médico, o saudoso Dr. Pinotti, fez uma declaração no sentido de que, quanto mais avança a medicina, mais rapidamente, mais cedo ele pode dizer à mulher daquela circunstância do feto, e, por isso, o sofrimento é maior, porque antes ela não sofria durante os meses todos de conhecimento carregando aquele feto; antecipou-se o sofrimento, mas antecipou-se também a possibilidade de se lidar com isso. O Dr. Barroso, meu bom amigo, disse que começava a sua sustentação lembrando-se das mulheres.

Eu queria chamar os rapazes na sala para participar dessa prosa, porque, na verdade, nós falamos de aborto de feto anencéfalo, sempre de nós mulheres, porque somos quem temos que carregar no útero a realidade humana feito carne. Mas é preciso lembrar que o pai também sofre barbaramente; que a família pode sofrer e se desfacer - e isso não é incomum -; que o direito do pai também precisa ser contado nessa discussão; que o direito do homem de ter a sua família, durante aquele período, qualquer que seja a opção que este casal faça (se tiver, o casal; se não tiver, como a mulher lida com isso; se for um pai que não seja o marido, tem que se lidar com isso), esse homem também precisa participar e ser levado em consideração na sua dignidade. Por isso mesmo, acho que, quando falamos em dignidade, estamos falando de todos: do feto, da mulher, do pai, do que seria o irmãozinho mais velho, que fica olhando - como uma das cartas que nos chegaram contava que o filho pergunta todo dia quanto tempo levará para ele brincar, sabendo a mulher que esse irmão nunca vai brincar com o que está para chegar; que ele não vai poder jogar bolinha de gude porque não vai ter essa possibilidade. Essa realidade toda precisa ser posta constitucionalmente no centro da discussão.

Ademais, tenho que, quando se cuida constitucionalmente do direito à saúde, é preciso considerar o feto e a gestante. E essa colocação sobre o

ADPF 54 / DF

direito à saúde - e o Código Penal, ao afirmar a não punição do aborto no caso que não tenha outra alternativa para salvar a vida da gestante - é a vida digna; é a vida não apenas da saúde física, mas da saúde mental, da saúde psíquica.

Daí porque, senhor Presidente, também acho, como os Colegas que me antecederam, que não há bem jurídico a ser tutelado como sobrevalor, pela norma penal, que possa justificar a impossibilidade total de a mulher fazer a escolha sobre a interrupção da gravidez, até porque as duas formas de maior indicação de uma fragilidade humana são o medo e a vergonha.

A mulher que não pode interromper essa gravidez tem o medo do que vai acontecer, o medo de que lhe pode ser acometido, o medo físico, o medo psíquico e o medo, ainda, de vir a ser punida penalmente por uma conduta que ela venha a adotar. Nada fragiliza mais o ser humano do que, primeiro, o medo, a meu ver, e, depois, a vergonha, pela que ela sempre passa. Também numa das cartas recebidas, uma mulher conta que ela, durante os cinco meses de gravidez, depois de ter descoberto a anencefalia do seu feto, não saía mais porque em toda fila, de banco, de mercado, perguntavam a ela quando ia nascer, qual era o nome, o que ela pensava para o filho, e que ela não podia responder; portanto, ela passou cinco meses dentro de casa se escondendo por vergonha de não ter escolhas, numa sociedade que se diz democrática, com possibilidade de garantir a liberdade para todos. Acho também que não se pune aborto praticado, senão como salvar a vida da gestante, como diz o Código Penal, mas a vida saudável, e aqui a saúde psíquica está incluída. Ademais, tenho ser suporte para uma decisão no sentido de não se considerar punível o aborto nesses casos o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao afirmar que o juiz, ao aplicar a lei, haverá de considerar os fins a que ela se destina. E todas e quaisquer leis no sistema brasileiro haverão de garantir a dignidade da pessoa humana ou do ser humano.

Por tudo isso, senhor Presidente, considero que na democracia a vida impõe respeito, e neste caso há um feto que não tem perspectiva de

ADPF 54 / DF

vida; e outras vidas que dependem da decisão que possa ser tomada livremente por esta família, por esta mulher, por este pai, exatamente no sentido de garantir a continuidade livre de uma vida digna precisam ser relevadas e terem sua dignidade garantida.

Por essas razões, senhor Presidente, **voto pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, considerados exatamente os termos do pedido, ou seja, não se considerar crime esta interrupção da gravidez. É como voto Senhor Presidente. E faço a juntada do meu voto.**

* * * * *

11/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

1. Objeto da ação

1.1. Como relatado, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS ajuizou neste Supremo Tribunal Federal a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental com pedido de interpretação conforme à Constituição dos arts. 124, 126, caput, e 128, inc. I e II, do Código Penal, que tratam do delito de aborto, para se declarar como não caracterizada como crime a prática de interrupção voluntária da gravidez de fetos diagnosticados com anencefalia, pelo que ao autor da conduta não seriam imputadas penas, quer se cogite dos profissionais de saúde ou das gestantes.

Para a Autora a impossibilidade de se permitir à gestante a liberdade de decidir pela interrupção, ou não, da gravidez de feto anencéfalo vulneraria os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da legalidade (arts. 12, inc. I, e 52, inc. II, da Constituição da República), além de afrontar a sua autonomia da vontade e o seu direito à saúde, também constitucionalmente assegurados pelos arts. 6º e 196.

2. Preliminares

2. No julgamento da medida cautelar, o ministro Marco Aurélio examinou as preliminares de legitimidade ativa e pertinência temática e, quanto à adequação da via eleita, concluiu enquadrar-se a espécie dos autos "na cláusula final do § 1º" do art. 42 da Lei n. 9.882/99, pois, segundo ele, "qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra

ADPF 54 / DF

eficaz", superando-se a análise dessas preliminares (decisão monocrática, DJ 2.8.2004).

3. O Mérito

3.1. O aborto

O termo aborto, que se pretendeu embutir na questão posta na presente arguição, acarreta ainda forte carga emocional, alguma dubiedade e confusão se se considerarem os termos técnico-científicos, ético-morais, filosóficos, religiosos e legais, o que levou este Supremo Tribunal a ouvir especialistas nas diversas áreas nas quais se estuda o tema.

Ao discorrer sobre sociedade bem-organizada, John Rawls considera-a "aquela estruturada para promover o bem de seus membros e efetivamente regulada por uma concepção comum da justiça (...) As concepções da justiça devem ser justificadas como as conhecemos; caso contrário, não podem ser justificadas de forma alguma" (Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 504). E para aquele autor, entre os objetivos na vida "estão os vínculos que temos com outras pessoas, os interesses, e o senso de justiça" (ob. citada, p. 548), sustentando que

"Do ponto de vista da justiça como equidade, não é verdade que os juízos de consciência de cada pessoa devam ser absolutamente respeitados; tampouco é verdade que os indivíduos sejam completamente livres para formar as suas convicções morais. Essas afirmações estão equivocadas se significam que, tendo atingido nossas opiniões morais conscienciosamente (segundo acreditamos), temos sempre o direito de agir de acordo com elas. Ao discutirmos a objeção de consciência, observamos que o problema aqui é o de decidir como devemos responder àqueles que tentam agir seguindo a direção de sua consciência equivocada (...). Como ter a certeza de que é a consciência deles, e não a

ADPF 54 / DF

nossa, que está equivocada, e em que circunstâncias eles podem ser obrigados a desistir? Ora, encontramos a resposta para essas perguntas quando assumimos a posição original: a consciência de uma pessoa está desorientada quando ela procura nos impor condições que violam os princípios com os quais cada um de nós consentiria nessa situação. (...) Não somos obrigados a literalmente respeitar a consciência de um indivíduo. Antes, devemos respeitá-lo como pessoa, e o fazemos limitando suas ações, quando tal se mostrar necessário, apenas da forma permitida pelos princípios que ambos reconheceríamos (...). As pessoas que detêm a autoridade são responsáveis pelas políticas que promovem e pelas instruções que proclamam. (...)" (ob. citada, p. 576-577).

O Poder Judiciário foi chamado, na presente arguição, não para criar norma jurídica, que não é sua atribuição. Foi acionado para declarar se o ato da gestante ou da equipe médica optar pela interrupção da gravidez de feto anencéfalo afrontaria preceitos constitucionais fundamentais ou se estaria tal prática enquadrada nas normas proibitivas dos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal.

No cumprimento das normas dispostas na Constituição da República, o Professor Daniel Sarmiento destaca o crescimento da importância do Poder Judiciário "nos últimos anos e hoje se assiste no Brasil a uma verdadeira judicialização da política e das relações sociais. Por um lado, a Justiça passou a ocupar-se dos grandes conflitos políticos e morais que dividem a Nação, atuando muitas vezes como árbitro final, e decidindo questões tormentosas e delicadas, que vão dos direitos das minorias no processo legislativo até os debates sobre aborto e pesquisa em células-tronco. Por outro, ela foi descoberta pelo cidadão brasileiro mais humilde, que, apesar dos problemas ainda persistentes do acesso à prestação jurisdicional, tem passado a procurá-la com uma frequência cada vez maior para resolver aos seus problemas cotidianos. Assim, de instituição quase desimportante em regimes constitucionais pretéritos, o Poder Judiciário converteu-se numa espécie de 'guardião das promessas'

ADPF 54 / DF

de direitos humanos e justiça material, proclamadas na Constituição e em outros textos legais" (O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 89).

A presente arguição não contempla, como erroneamente poderia alguém supor, proposta de descriminalização do aborto. Circunscreve-se à possibilidade legal de optarem as gestantes pela interrupção de gravidez de feto anencéfalo, assim diagnosticado por médico habilitado, sem incorrer em crime ou ter de se submeter a penalidades juridicamente impostas.

3.1.1 A Ponderação de Bens e a Interpretação da Constituição.

A resolução do presente conflito entre o direito fundamental à vida digna de um lado e o direito social à saúde e à autonomia da vontade requer o exame de princípios a serem relevados no caso posto a exame. Ao julgador a tarefa de fazer a ponderação de bens jurídicos tutelados pelo sistema, todos de inegável relevo para a vida de cada pessoa e da sociedade. Exercitam-se, aqui, o que a doutrina denomina de ponderação de princípios na teoria da proporcionalidade.

Na presente arguição, o Poder Judiciário foi convocado a decidir quanto à alegada ausência de segurança jurídica das gestantes de fetos anencefálos e dos médicos encarregados do procedimento cirúrgico para a sua retirada do útero materno, a partir da opção dos pais em não prosseguirem com a gestação.

A interpretação das normas legais faz-se segundo a Constituição em razão de sua natureza de Lei suprema. Lição básica, observa Ronald Dworkin que o "Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral (...) é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas (...) Assim, uma

ADPF 54 / DF

interpretação de qualquer ramo do Direito (...) deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve. Sabemos (...) que essa descrição geral da interpretação no Direito não é uma licença para que cada juiz descubra na história doutrinal seja o que for que pensa que deveria estar lá. A mesma distinção é validade entre a interpretação e o ideal. O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor. As dimensões de ajuste fornecerão alguns limites. Não existe, é claro nenhum algoritmo para decidir se uma determina interpretação ajusta-se satisfatoriamente a essa história para não ser excluída. Quando uma lei, Constituição ou outro documento jurídico é parte da história doutrinal, a intenção do falante desempenhará um papel. Mas a escolha de qual dos vários sentidos, fundamentalmente diferentes, da intenção do falante ou do legislador é o sentido adequado, não pode ser remetida à intenção de ninguém, devendo ser decidida, por quem quer que tome a decisão, como uma questão de teoria política" (Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 239-240).

A questão faz-se mais complexa à medida que o Poder Judiciário deve solucionar questões novas, decorrentes da evolução científica, tecnológica, moral e social, para tanto havendo de se lembrar da lição de Canotilho, para quem "(...) o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (...)" (CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedida, 1992, p. 234).

No Estado democrático de direito há que se assegurar a máxima

ADPF 54 / DF

efetividade dos direitos fundamentais, para tanto interpretando-se as normas legais em harmonia com os princípios constitucionais, mas garantindo-se a sua eficácia. Desconhecer os princípios na interpretação constitucional conduz a trilhas equivocadas, até mesmo porque é a atualização permanente dos conteúdos dos princípios que mantém vivo o sistema de Direito de um povo.

3.2. A Ética Médica

O progresso da ciência e o desenvolvimento de tecnologias médicas acarretaram novos enfoques quanto à ética médica e, sem esquecer o paciente, é de se atualizar também a interpretação a ser conferida ao sempre fundante juramento de Hipócrates, harmonizando-o com os novos valores sociais.

Não por outro motivo se teve a Declaração de Genebra da Associação Médica Mundial, de 1948, para suprir essa carência e recordar aos médicos a promessa de não permitirem "que concepções religiosas, nacionais, raciais, partidárias ou sociais intervenham entre [seu] dever e [s]eus pacientes, [além de manter] o mais alto respeito pela vida humana, desde sua concepção".

Ninguém discute que o princípio moral imposto aos médicos é o respeito à vida humana. Daí a importância do tema agora cuidado, pois, diagnosticada a anencefalia, é fundamental que o médico tenha clareza sobre o princípio ético a se observar, a fim de assegurar todas as informações à gestante e a seus familiares, para que, esclarecidos com os dados médicos e respeitados seus sentimentos e crenças, liberdade e autonomia de decisão, possam fazer a escolha que lhes pareça própria no sentido de dar continuidade, ou não, à gestação.

Adotar-se esse procedimento é seguir o disposto no Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.246, de 8.1.88,

ADPF 54 / DF

em cujo art. 56 se veda ao médico "desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida". Tem-se, ainda, naquela regra o dever do profissional de "utilizar todos os meios necessários de diagnóstico a seu alcance em favor do paciente" (art. 56):

"Mas, o profissional, ao considerar os meios a serem utilizados, deve levar em conta o balanço entre as vantagens possíveis para o doente e, de outro lado, os riscos e os inconvenientes a serem esperados.

O artigo 56 do Código de Ética evoca o direito que deve ter o paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, ressalvadas as situações de urgência.

Um dos princípios fundamentais da prática médica é a liberdade de prescrição. Às instituições privadas como às públicas é vedado que impeçam ao médico de escolher livremente os meios a serem postos em prática para a execução de um tratamento, salvo quando no interesse do paciente (Código de Ética, artigo 16). Mas, a liberdade de prescrição deve conhecer limites em benefício do próprio paciente, sendo que ao profissional é vedada a utilização de drogas ou procedimentos não comprovados cientificamente, podendo, no caso, ser acusado da prática de charlatanismo (Código Penal, artigos 283 e 284). Deve-se ressaltar ainda a noção do balanço vantagens-riscos, assim como considerar a possibilidade do emprego de outros meios de menor risco para se atingir os objetivos desejados.(...)

O consentimento do paciente aos atos a serem praticados é um dos pontos essenciais do contrato médico, a declaração de vontade, que é fundamento para a existência do ato jurídico. Toda agressão ao corpo humano é proibida, salvo nas hipóteses previstas pela lei e, é em virtude desta que o ato médico que preencha as condições necessárias entre as quais o consentimento do paciente, torna-se lícito.

ADPF 54 / DF

O consentimento só é válido para os atos fundamentados no Direito (Código de Ética, artigo 66) e não pode ser invocado para exonerar o médico de suas responsabilidades civil ou penal em caso de culpa ou dolo. O profissional não pode invocar a aceitação pelo paciente de riscos desnecessários.

O consentimento deve ser livre de erros, dolo, coação física, psicológica ou moral; não pode ser obtido mediante simulação ou manobras enganosas. Deve ser esclarecido, para tanto o paciente tem o direito a ser adequadamente informado. Como exemplificação, pode-se lembrar que a Corte de Cassação francesa, através de sua Câmara Civil, em 1961, enunciou alguns importantes princípios a respeito do direito à informação, que deve ser expressa em 'termos simples, compreensivos, aproximativos e leais', não havendo necessidade que sejam termos científicos precisos e perfeitos. As informações devem se referir à patologia a ser tratada, aos meios a serem empregados para a tentativa de sua resolução, às vantagens e aos inconvenientes esperados, aos riscos possíveis de ocorrerem, aos custos e aos resultados aguardados. Quanto aos riscos, as informações devem referir àqueles mais frequentes de acordo à experiência clínica e aos conhecimentos epidemiológico-estatísticos.

Quando a comunicação de um diagnóstico, de um prognóstico, dos riscos e objetivos do tratamento pode provocar dano ao paciente, o médico poderá evitar tais informações, mas deverá transmiti-los aos responsáveis legais (Código de Ética, artigo 59).

O consentimento não deve ser visualizado como permanente, isto é, válido para todos os atos ligados ao contrato; ele deve ser renovado para aqueles atos que comportem riscos. Esta noção contrapõe-se à prática hospitalar de exigir, na entrada do paciente hospitalar, que ele assine documento consentindo a todos os atos possíveis a serem realizados em sua internação, ou seja, o consentimento ao imprevisível" (FORTES, Paulo

ADPF 54 / DF

Antônio. Aspectos ético-jurídicos da responsabilidade civil do médico em prática liberal. Revista de Saúde Pública. São Paulo, 1990, vol. 24, n.6.)

3.3. A Anencefalia

3.3.1. A anencefalia na medicina

Para o Dr. H. William Taeusch, a anencefalia é a "malformação letal na qual a abóbada do crânio é ausente e o crânio exposto é amorfo" (Doenças do recém-nascido. São Paulo: Interamericana (obra coletiva, 4ª ed., 1979, p. 627), pelo que, levantamento feito por ele demonstra que "entre 75 e 80 por cento desses recém-nascidos são natimortos e os restantes sucumbem dentro de horas ou poucos dias após o nascimento" (Ob. cit., p. 627).

Explica o Professor Eric H. Chudler, Ph.D. em Pshychology and Director of Education and Outreach do Departamento de Bioengenharia na Universidade de Washington, que o "o Sistema Nervoso Central é dividido em duas partes principais: o encéfalo e a medula espinal (não confundir com medula óssea)". Uma área do encéfalo denominada 'tronco encefálico' é responsável "pelas funções básicas para a manutenção da vida como a respiração, o batimento cardíaco e a pressão arterial" (fonte: <http://faculty.washington.edu/chudler/nsdivide.html> e, na versão traduzida: http://br.geocities.com/neurokidsbr/Divisoes_do_SN.html). Conclui-se, portanto, ser o encéfalo o responsável por funções vitais do ser humano, compondo a "parte do sistema nervoso central situada dentro do crânio neural", formado pelo cérebro, cerebelo e tronco encefálico.

Em sua obra 'Anencefalia e interrupción dei Embarazo: análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente', os médicos argentinos Carlos Gherardi e Isabel Kurlat esclarecem o conceito de anencefalia:

ADPF 54 / DF

"La anencefalia es una de las alteraciones en la formación Del cerebro resultante de la falla en etapas precoces del desarrollo embrionario del mecanismo de cierre del tubo neural (...). La más grave de las patologías producidas por esta falla, la Cranioraquisquisis, resulta invariabilmente en la muerte fetal precoz. Le sigue en gravedad la anencefalia que se caracteriza por la falta de los huesos craneanos (frontal, occipital y parietal), hemisferios y ia corteza cerebral. El tronco cerebral, y la médula espinal están conservados aunque en muchos casos la anencefalia se acompaña de defectos en el cierre de la columna vertebral (mielomeningocele). (...) En la anencefalia la inexistencia de las estructuras cerebrales (hemisferios y corteza) con la sola presencia del tronco cerebral provoca la ausencia de todas las funciones superiores del sistema nervioso central que tienen que ver con la existencia de la conciencia y que implican la cognición, la vida de relación, comunicación, afectividad, emotividad, con la sola preservación efímera de las funciones vegetativas que controlan parcialmente la respiración, las funciones vasomotoras y las dependientes de la medula espinal. En esta situación neurológica se cumple con los criterios de muerte neocortical (high brain criterion) por oposición a la abolición de la función encefálica completa (whole brain criterion) que define la muerte cerebral o encefálica. Sin embargo es bueno recordar aquí que la definición y los criterios de muerte, ahora vigentes en gran parte del hemisferio occidental, se han desarrollado como producto de una convención acordada desde el informe Harvard de 1968 hasta ahora().

Em esta sucesión de modificaciones la determinación de muerte, que comenzó con la verificación del paro cardiocirculatorio hasta el concepto actual de abolición de la función cerebral, se ha recorrido un largo camino, aun no terminado, que trata de dar respuesta a los dilemas morales que los nuevos avances de la tecnología médica han generado en el final de la vida. El nuevo criterio de muerte cerebral, establecido en Harvard a partir del concepto de dano cerebral fue reemplazado en los

ADPF 54 / DF

anos subsiguientes, a través de la Comisión Presidencial, por el de abolición completa de la función cerebral (whole brain criterion). Esto último implica el cese de las funciones corticales (coma, ausencia de motilidad voluntaria y sensibilidad) y aquellas dependientes del tronco cerebral (reflejos que involucran pares craneanos, ausencia de respiración espontánea). La nueva definición de la muerte surgió a través de la interpretación conceptual de equiparar a la cesación de la actividad de las neuronas responsables de la organización de los principales subsistemas orgánicos con la interrupción de la función integradora del organismo como un todo." (Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 52, jan-fev 2005, p. 57-60).

Nas palavras de Débora Diniz e de Ana Cristina Gonzalez Vélez:

"O argumento de que todos somos seres potencialmente mortos, pois 'nascemos para morrer', é uma forma metafisicamente estreita de entender a gravidade da anencefalia em um feto. A ausência de cérebro é uma malformação irreversível e letal para a qual a medicina não apresenta qualquer alternativa paliativa ou de sobrevivência. Um feto com anencefalia que alcance parto é um sobrevivente agonizante à espera da morte instantânea. Assumir a finitude humana não significa adotar o postulado cristão de que a vida é uma passagem para a morte e, por isso, indiferente à extensão da vida, se 70 anos ou 7 minutos, seríamos todos seres-para-a-morte. O princípio constitucional do direito à vida protege o direito das pessoas a se manterem vivas e poderem viver a vida. Ou seja, ter a capacidade e a potencialidade de viver a vida é algo fundamental para se imputar a alguém o direito à vida. Nesse sentido, o direito à vida como um princípio constitucional é uma expressão da crença de que somos seres-para-a-vida e que a morte é uma expressão da finitude humana, mas não a razão de nossa existência. (...)

O argumento da ameaça ao direito à saúde não se baseou no pressuposto do risco inerente a qualquer gravidez, mas na evidência

ADPF 54 / DF

empírica da tortura física, psicológica e moral que o dever da gestação de um feto anencefálico impõe a uma mulher. A ameaça ao direito à saúde dá-se pela obrigatoriedade de uma mulher manter-se grávida, mesmo contra sua vontade, após o diagnóstico da inviabilidade fetal. A maioria absoluta das mulheres opta pela interrupção da gestação após a certeza da anencefalia no feto (Diniz; Brum, 2004). O dever da gestação constitui um ato de tortura do Estado contra elas, em que a gravidez passa a ser uma experiência angustiante de luto prolongado [51]. A passagem da glorificação feminina pela gravidez para o luto materno é continuamente traduzido no 'dilema berço-caixão' descrito por essas mulheres.

Em geral o diagnóstico da anencefalia no feto é realizado no terceiro mês de gestação, na consulta em que as mulheres buscam conhecer o sexo do futuro bebê. Indiferente ao fato de a gestação ter sido ou não planejada, esse é um momento da gestação em que as mulheres já experimentam o papel social de futuras mães e o feto já faz parte de um projeto de família. É na delicadeza desse contexto que o impacto do diagnóstico deve ser compreendido: esperam-se informações sobre sexo, altura ou peso do feto, mas parte-se sempre do pressuposto de que o feto é viável. A maternidade estimula um espírito profundamente inclusivo nas mulheres, tornando-as particularmente sensíveis a acolher várias formas de expressão de diversidade física e mental em seus futuros filhos. Mas a inviabilidade do feto as confronta com uma das experiências mais dilacerantes da maternidade: o luto pelo futuro filho. A anencefalia é uma sentença que assegura a morte imediata do futuro filho. É diante dessa certeza e da total impossibilidade de recurso que se deve entender o dever da gestação como uma ameaça ao direito à saúde da mulher. (...)

Não há a quem imputar a responsabilidade pela injustiça de uma mulher gestar um feto inviável. A injustiça não está no sofrimento involuntário, mas na tortura do dever da gestação de um feto inviável provocada pelo Estado ao impedi-la de interromper a gestação.

ADPF 54 / DF

Em um ordenamento jurídico laico e plural, não importa se há origem para essa injustiça ou se ela é imputada à loteria da natureza. Em qualquer uma dessas explicações, não há agente causador da injustiça de uma mulher gestar um feto anencefálico: natureza e acaso se confundem. Mas há, sim, mecanismos sociais de proteção ou de abandono desta mulher. Proibi-la de interromper a gestação, forçando-a a manter-se grávida de um feto fadado à morte iminente, exigir que ela converta o sofrimento involuntário em uma experiência mística de sublimação de si e do luto pelo futuro filho, são tarefas que não cabem a um representante do Estado. Na ausência de recursos médicos capazes de reverter a anencefalia no feto, a única medida que resta ao Estado é proteger a saúde mental e física destas mulheres. Sofrimento, remorso ou luto são todas expressões do acaso que é a existência humana, mas cabe a cada pessoa, da tranqüilidade de suas crenças morais, decidir o rumo do sentido de sua vida" (Aborto e Razão Pública: o desafio da anencefalia no Brasil. Revista do Grupo de Estudos de Gênero e Religião Mandrágora/NETMAL, in: (<<http://www.metodista.br/ppc/netmal-in-revista/netmal03/aborto-e-razao-publica-o-desafio-da-anencefalia-no-brasil#id8>>)

Na anencefalia, a inexistência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex) apenas com o tronco cerebral torna ausentes as funções superiores do sistema nervoso central que garantem a existência da consciência, importando na cognição, na vida de relação, na comunicação, na afetividade, na emotividade, mantendo-se somente a preservação efêmera das funções vegetativas controladoras, parcialmente, da respiração, das funções vasomotoras e das dependentes da medula espinhal.

No artigo "Neural Tube Defects and Folate Pathway Genes: Family-Based Association Tests of Gene-Gene and Gene-Environment Interactions", ou "Defeitos do Tubo Neural e a Rota ou Via Metabólica do Folato nos Genes: Testes de Associação de base familiar das interações

ADPF 54 / DF

Gen-Gen e Gen-meio ambiente", de autoria de vários médicos norte-americanos, tem-se que, "em cada mil nascimentos ao redor do mundo, um embrião não terá seu tubo neural fechado apropriadamente 28 dias depois da concepção, resultando em alguma forma de defeito do tubo neural (NTD). A falha no fechamento do crânio, conhecida como anencefalia, é uma condição letal (...). Defeito do tubo neural é a forma mais comum de debilidade nos nascimentos. (...) Inúmeras exposições a diversidades no meio ambiente também podem significar desenvolvimento de defeitos no tubo neural; mais notavelmente, uma diminuição significativa nos riscos pode ser alcançada por suplemento de ácido fólico antes da concepção" (Revista eletrônica 'Environmental Health Perspectives').

3.3.1.1. A Anencefalia e o conceito de morte

Para a determinação do momento em que se tem como ocorrida a morte - necessário para se ter um quadro completo do que significam os conceitos de vida no anencéfalo - , começou-se com a verificação da parada cardíaca até se atingir o conceito atual de supressão ou ausência da função cerebral. Longo foi o caminho percorrido - de resto nunca inacabado - sobre este tema, na busca de se responder às questões morais sobre os novos avanços da tecnologia médica relativos ao termo da vida.

O critério de morte cerebral, estabelecido a partir de estudos sobre o conceito de dano cerebral, foi sendo paulatinamente substituído até a conclusão de que ela se daria pela abolição completa da função cerebral (whole brain criterion). Este importa o cessar das funções corticais (coma, ausência de movimentos espontâneos e sensibilidade) e daquelas dependentes do tronco cerebral (reflexos que envolvem pares cranianos, ausência de respiração espontânea).

A nova definição do momento da morte surgiu de interpretação equiparando a cessação da atividade dos neurônios responsáveis pela

ADPF 54 / DF

organização dos principais subsistemas orgânicos com a interrupção da função integradora do organismo como um todo (Dados da Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 52, jan-fev 2005, p. 57-60)

Não houve mudança apenas na medicina quanto à consideração do que é vida e do que é morte. As possibilidades de se garantir a vida e de postergar a morte aumentaram segundo os avanços das pesquisas e descobertas médicas. A viabilidade da vida extra-uterina depende, em caso de necessidade além do natural, de suporte tecnológico disponível (oxigênio, assistência respiratória mecânica, assistência vasomotora, nutrição, hidratação). Há 20 anos, um feto era considerado viável ao completar 28 semanas. Hoje, bastam 24 semanas ou menos.

Há dez anos um neonato de um kg tinha peso limite. Atualmente, fetos com 600 gramas sobrevivem. A viabilidade da vida não é, pois, um conceito absoluto, variando de um para outro continente, país, cidade e grupo sociocultural. Entretanto, em todos os casos, a viabilidade é concebível em relação a fetos intrinsecamente sãos ou potencialmente sãos. O feto anencefalo, ao contrário, é intrinsecamente inviável. Num quadro de morte neocortical, carece, pois, de lógica aplicar o conceito de viabilidade relativamente ao tempo de gestação.

O feto anencefalo é, hoje, tido pela medicina como inviável.

3.3.2. A anencefalia e a bioética

A questão jurídica da interrupção do feto anencefalo passa pela questão da bioética, termo relativamente novo que, como explica o Professor Javier Gafo Fernández, foi "utilizado pela primeira vez pelo cancerologista americano Van Rensselaer Potter em seu livro 'Bioethics: a bridge to the future' [Bioética: uma ponte para o futuro] (1971), no qual propõe a seguinte definição para o seu neologismo: 'Pode, ser definido como Q estudo sistemático do comportamento humano na área das

ADPF 54 / DF

ciências humanas e da atenção sanitária, quando se examina esse comportamento à luz de valores e princípios morais", (10 Palavras Chaves em Bioética. São Paulo: Paulinas, 2000, p. 11).

As questões da bioética não respeitam apenas aos profissionais de das áreas da biologia, medicina e outros ramos da área de saúde. Também aos profissionais do Direito, que se vêm às voltas com questões a elas correlatas, como a possibilidade de aborto do feto portador de anencefalia, atém-se aos critérios e princípios da bioética.

Os desdobramentos da bioética advém dos movimentos sociais e reivindicatórios dos direitos civis que explodiram nos Estados Unidos por volta de 1960. Posteriormente copiado por outros países, em 1973, nos Estados Unidos, foi aprovada a 'Carta dos Direitos dos Doentes' dos hospitais privados norte-americanos que afirmou quatro direitos fundamentais ao doente: à vida, à assistência sanitária, à informação e à morte digna.

Segundo Javier Gafo Fernández, "essas cartas afirmam que o hospital deve se pautar por leis semelhantes às que regem as demais relações sociais e que os pacientes têm os mesmos direitos do cidadão comum. O pilar básico das cartas é o conceito de 'consentimento esclarecido': o reconhecimento de que tudo o que se vier a fazer com o doente só deverá ser realizado com sua licença ou consentimento. Não se trata, contudo, de um consentimento qualquer, pois deverá ser precedido de informações completas e compreensíveis sobre o diagnóstico, o prognóstico e os tratamentos alternativos existentes, além da constatação da verdadeira decisão livre do doente" (Ob. citada, p. 20).

As novas descobertas científicas conduzem a sendas novas para os homens, não podendo o Direito desconhecer, menos ainda obstar, os efeitos que esses avanços produzem na vida dos homens, repercutindo nas relações sociais.

ADPF 54 / DF

O Código Brasileiro de Ética Médica (Resolução n. 1.248/88, do Conselho Federal de Medicina) estabelece, em seu art. 62, que o "médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente" e, ainda, no § 22 do seu art. 61, dever o médico assistir ao paciente "ainda que apenas para mitigar o sofrimento físico ou psíquico", vedado a ele "realizar experiências com novos tratamentos clínicos ou cirúrgicos em paciente com afecção incurável ou terminal sem que haja esperança razoável de utilidade para o mesmo, não lhe impondo sofrimentos adicionais" (art. 130).

A guarda da Constituição da República garante que o cidadão há de reconhecer o pensamento jurídico em compasso com as evoluções da ciência e da tecnologia, acompanhando o pensamento da sociedade, as necessidades do homem e seus dilemas, alguns dos quais, postos em juízo, devem ser decididos nos termos da norma e da ética jurídicas.

A falta de entendimento entre partes, "colocando de um lado o frágil equilíbrio da vida, o qual é submetido a novas provações a cada momento em que a ciência promove novas descobertas, e de outro as novas exigências e expectativas que são impostas à ciência para que ela promova conquistas para a superação dos problemas que cercam a vida do próprio homem, obriga-nos a assumir uma posição de alerta permanente e, talvez, a posição mais razoável para superar esse conflito seja o surgimento de mais um desafio, cujo preço que temos para pagar sejam os novos rumos da ciência, sem cercear seus avanços, mas também sem permitir que sejam simplesmente incorporados à nossa vida os novos conceitos e descobertas sem submetê-los a um (...) juízo de interesse moral e ético para a humanidade" (VIEIRA, Tereza Rodrigues. ob. citada, p; 142-143).

3.3.3. A anencefalia no Direito brasileiro

ADPF 54 / DF

No inc. III do art. 1o. da Constituição da República se tem o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, o da dignidade da pessoa humana e, em seu art. 5º, caput, a garantia aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, (d)"a inviolabilidade do direito à vida".

O art. 173 da Constituição afirma o direito à existência digna. Todos os princípios do sistema jurídico conjugam-se em torno deste vetor fundamental, a submeter os indivíduos na sociedade brasileira.

Para o Professor José Afonso da Silva, "Vida, no texto constitucional (art. 5o., caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte" (Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006, 27ª ed., p. 197).

E é de Luis Recasens Siches a indagação:

"¿Qué es nuestra vida? Claro es que nos referimos a la vida en un sentido inmediato; y no, por consiguiente, como biología. Las definiciones y puntos de vista biológicos son construcciones teóricas y, por tanto, mediatas, y no intuiciones inmediatas ni evidentes. Y ahora nos preguntamos por la presencia directa de eso que llamamos vida. Vivier es lo que somos y lo que hacemos; es lo que está más próximo a nosotros. Nuestra vida es todo lo que nos ocurre y hacemos en cada instante (...). Porque la vida humana (...) no es solo el sujeto, sino la indivisible relación entre el sujeto y los objetos, entre el yo y el mundo (...)" (Vida Humana, Sociedad y Derecho - fundamentación de la filosofía del derecho, México:

ADPF 54 / DF

Fondo de Cultura Econômica, 1963, p. 59).

E o filósofo espanhol José Ortega y Gasset, citado na obra *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, de Luis Recasens Siches, "Vivir es encontrarnos en un mundo de cosas ocupándonos de ellas. Así, pues, la vida consiste en la compresencia, en la coexistência del yo con un mundo, de un mundo conmigo, como elementos inseparables, inescindibles, correlativos" (ob. citada, p. 60).

Para Narciso Martínez Moran, da UNAED

"La razón y la voluntad de que está dotado el hombre hacen de él un ser humano, y que, a diferencia de los demás seres vivos, tiene el derecho fundamental, que nace de su propia naturaleza, de no ser privado injustamente de su vida y de no sufrir ataques injustos de sus semejantes o del Estado.

'Podemos afirmar que 'el derecho a la vida' está indisolublemente unido al hecho biológico de la existência humana, la cual constituye el presupuesto de tal derecho. Por ello es posible afirmar que se tiene derecho a vivir, porque ya se vive. En otros términos, la existência biológica constituye la carta de naturalización del derecho a la vida' (VALLE, Rubén Hernández. Livro colectivo de la Asociación Costarricense pro Naciones Unidas, Editorial Juricentro, S.A., San José de Costa Rica: 1979, p. 31).

Logicamente, este derecho se refiere en primer término a la vida física, biológica del ser humano. Sin embargo, sería un contrasentido pensar que la vida humana se agota en su manifestación meramente biológica, como en el caso de las plantas, e incluso psíquica, como en los animales inferiores. En el hombre, por el contrario, lo más importante es su existência espiritual, racional, pues se trata del único ser de la naturaleza cuya conducta es teleológica, es decir, el único ser que por estar dotado de razón y voluntad introduce fines, elige medios y actúa libremente para conformarla y transformarla de acuerdo con sus ideas.

ADPF 54 / DF

Por ello, 'el derecho a la vida' no puede circunscribirse a la mera subsistencial, al simple hecho de vivir, sino a un modo de vivir humano. Se trata dei derecho dei hombre a mantener y desarrollar su existência como médio para la realización de los fines específicamente humanos: la perfección propia y la de toda la sociedad" (ob. citada, p. 147).

O objeto da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental neste Supremo Tribunal é a interpretação e aplicação dos arts. 124, 126, caput e 128, 1 e II, do Código Penal segundo os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autonomia da vontade, do direito à saúde e da legalidade, pedindo a Autora se conclua que, nas hipóteses em que a gestante opte pela antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, nao se tenha configurado o que posto naquelas normas penais.

No Direito Penal brasileiro, a interrupção da gravidez ou o aborto integra o capítulo "Dos crimes contra a vida" (arts. 124 e 125 do Código Penal). Apenas duas situações são insuscetíveis de punição da prática: I - se não há outra forma viável de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez decorre de estupro e a interrupção da gravidez é precedida da anuência da gestante ou, se essa for incapaz, de seu representante legal (art. 128 do Código Penal).

A primeira hipótese é o denominado aborto necessário ou terapêutico justificável pelo estado de necessidade, em face de diagnósticos médicos que atestem inviabilidade da vida da gestante sem a interrupção da gravidez. Na escolha entre os dois bens jurídicos: a vida da gestante ou a do feto, opta-se pela certeza da vida adulta, afastando-se o que ainda é uma possibilidade, sobrevalorizando-se a vida da gestante em detrimento da do feto. Neste caso, o Código Penal não considera o ilícito do procedimento adotado, mesmo sem o consentimento da gestante, "se justificada por iminente perigo de vida" (art. 146, § 3º).

ADPF 54 / DF

Para Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, "o estado de necessidade resultará de conformidade com o direito (justificante), quando a afetação do bem jurídico que causa a conduta do necessitado resulta de menor lesão a um bem jurídico que corria perigo de sofrer. Em termos mais sintéticos, mas também menos precisos ... o estado de necessidade é justificante quando o mal que se causa é menor do que aquele que se evita" (Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 594).

Tem-se, no caso, o que o penalista alemão Hans-Heinrich Jescheck observa no sentido de que o respeito da "ponderação global dos interesses contrapostos (...) revel[ou] que o interesse protegido supera essencialmente ao desprezado pela ação realizada no estado de necessidade" (Tratado de Derecho Penal. Granada: Comares, 1993, p. 324).

Na segunda circunstância legalmente descrita, a saber, a gravidez decorrente de estupro, a escolha normativa decorre da circunstância relevada da violência ou grave ameaça com que o feto foi gerado, pelo que a continuidade da gravidez torna-se causa especial de exclusão da ilicitude penal. Daí porque a autorização da gestante ou de seu representante legal é requerida, embora não se exija sentença judicial transitada em julgado do autor da prática do estupro, sendo suficiente a prova do fato por via idônea, como a declaração da própria gestante, de testemunhas ou a 'notitia criminis'.

A norma penal vigente não permite, expressamente, a interrupção de gravidez pela anomalia do feto, inviabilizadora de vida extra-uterina pela só decisão da gestante ou dos profissionais médicos que a assistem.

Por isso a necessidade de debate e conclusão sobre ponderação dos bens jurídicos protegidos, todos eles especiais e valiosos: de um lado, a vida, protegida pela Constituição em seus arts. 1º, inc. III, art. 5º. e 173 e, de outro lado, também a vida e a saúde física, mental e emocional dos

ADPF 54 / DF

pais ou da gestante de feto anencéfalo.

No direito comparado se tem que, em 11.4.85, o Tribunal Constitucional espanhol manifestou-se sobre um recurso prévio de inconstitucionalidade contra um 'projeto de lei orgânica de reforma do art. 417 do Código Penal', no qual o aborto continuava regulado como delito, porém, despenalizado em três situações: estupro, malformação do feto e perigo para a saúde física ou psíquica da mulher.

Aquele Tribunal Constitucional concluiu que o projeto de lei orgânica descumpria a Constituição e não em razão das hipóteses em que declarava não punível o aborto, senão por destoar, em sua regulamentação, de exigências constitucionais derivadas do art. 15 da Constituição espanhola.

Reconheceu-se, ali, portanto, que, embora a Constituição da Espanha estabeleça em seu art. 15 que todos têm direito à vida, difícil é conceituar o que é vida humana:

"a vida é um conceito indeterminado sobre a qual têm sido dadas respostas plurívocas não somente em razão das distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), senão também em virtude dos diversos critérios mantidos pelos especialistas dentro de cada um dos pontos de vista considerados, e em cuja avaliação e discussão não podemos nem devemos entrar aqui. Todavia, não é possível resolver constitucionalmente o presente recurso sem partir de uma noção de vida que sirva de base para determinar o alcance do mencionado preceito. Do ponto de vista da questão pode-se definir:

a) que a vida humana é um processo de desenvolvimento, começando com a gestação, no curso da qual uma realidade biológica vai tomando forma e sentimento para criar uma pessoa humana e que termina com a morte; é um contínuo processo subjetivo através dos

ADPF 54 / DF

efeitos do tempo através de mudanças qualitativas de natureza somática e psíquica que têm um reflexo no status jurídico público e privado do sujeito vital.

b) que a gestação gerou um terceiro existencialmente distinto da mãe, ainda que alojado no seio desta.

c) que dentro das mudanças qualitativas no desenvolvimento do processo vital e partindo do pressuposto que a vida é uma realidade desde o início da gestação, o nascimento em si mesmo é particularmente relevante, porque significa a passagem para a vida ao abrigo do seio materno para a vida protegida pela sociedade, embora com diferentes especificações e modalidades ao longo do curso vital. E antes do nascimento, tem especial transcendência o momento a partir do qual o nascituro está apto a ter uma vida independente de sua mãe, isto é, quando adquire plena individualidade humana" () (trecho do acórdão no sítio do Tribunal Constitucional espanhol: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/JCC531985en.aspx>)

Concluiu-se também que, nos projetos de lei examinados, o legislador deveria ter "sempre presente a razoável exigibilidade de uma conduta e a proporcionalidade da pena em caso de não cumprimento, como também pode renunciar à sanção penal de uma conduta que, objetivamente poderia representar uma carga insuportável, sem prejuízo de que, em seu caso, siga subsistindo o dever de proteção do Estado em relação ao bem jurídico protegido em outros âmbitos. As leis humanas contem padrões de conduta que, em geral, encaixam as situações normais, porém, existem situações singulares ou excepcionais e penalizar pelo não cumprimento da lei resultaria totalmente inadequado; o legislador não pode empregar a penalidade máxima - a sanção penal - para impor aos casos em que uma conduta seria exigível, apesar de não sê-lo em certos casos concretos" ().

Os avanços nos métodos de diagnóstico das anomalias fetais,

ADPF 54 / DF

detectadas pelos exames de ultrassonografia aliado aos exames laboratoriais realizados em oposição à legislação pátria, a punir gravemente a interrupção da gravidez dignosticada com malformação congênita e sem a menor perspectiva de vida extrauterina, mostra, no mínimo, inegável contradição.

Parece mesmo inegável o paradoxo entre o avanço da medicina em procedimentos de alta precisão para diagnosticar malformação na vida intrauterina incompatível com o prosseguimento da vida e a oferta de solução jurídica para diminuir o sofrimento que tal diagnóstico permite, quando o casal ou a gestante desejar não prosseguir com a gestação.

Se gestantes têm convicções pessoais, religiosas, morais, filosóficas que as amparam na sequência do parto de anencéfalo, para outras seguem-se extensos periodos de sofrimento e tribulação. Para essas, compelidas a prosseguir com gestação sem perspectivas de vida, chamadas a escolher um túmulo e um pequen caixão enquanto o seu era o sonho de adquirir um berço e um enxoval, o padecimento é incomensurável.

Luiz Flávio Gomes sustenta também incongruência na impossibilidade do aborto do feto anencéfalo porque "em jogo está a vida ou a qualidade de vida de todas as pessoas envolvidas com o feto malformado. Se até em caso de estupro, em que o feto está bem formado, nosso Direito autoriza o aborto, nada justifica que idêntica regra não seja estentida para o aborto anencefálico. Lógico que a gestante, por suas convicções religiosas, pode não querer o aborto. Mas isso constitui uma decisão eminentemente pessoal (que deve ser respeitada). De qualquer maneira, não pode impedir o exercício do direito ao abortamento para aquelas que não querem padecer tanto sofrimento" (Nem todo aborto é criminoso. Revista Jurídica Consulex, n. 191, dez-2004, p. 36-37).

Não é de se desconhecer que o sofrimento acomete mais, ainda, os

ADPF 54 / DF

carentes. Não poucas vezes sem acesso à Defensoria Pública e sem condições financeiras para pagar advogado para obter autorização judicial para a interrupção da gestação do feto anencéfalo, a gestante mais necessitada vê-se sujeita também ao destrato do princípio da isonomia em decorrência das condições sócio-econômicas.

No período compreendido entre agosto de 1996 a junho de 1999, o Dr. Marcos Valentin Frigério realizou pesquisa no Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo, com o apoio da Fundação Mac Arthur identificando e estudando 263 pedidos de alvarás judiciais para que a gestante pudesse interromper a gravidez, observando:

"Em vários países, omitir a existência de um método diagnóstico aplicável a determinado paciente pode causar sérios transtornos ao médico. O mesmo se aplica à exposição de riscos de qualquer natureza. Peculiaridades sociais brasileiras permitem aos obstetras conduzir com muito mais tranquilidade, as consultas e a assistência como um todo. Para as gestantes cuja opção é o diagnóstico pré-natal, o exercício da cidadania é um tanto complicado. Na base dos fatores complicadores está a própria falta de preparo da população em utilizar os meios legais para exigir direitos ou expressar sentimentos de injustiça motivados pela Lei. Nesse contexto, a emissão de alvarás para a interrupção de gravidezes acometidas por anomalias fetais incompatíveis com a vida tornou-se um exemplo animador de exercício de cidadania" (Revista Brasileira de Ciências Criminais. Aspectos Bioéticos, Médicos e Jurídicos do Abortamento por Anomalia Fetal Grave no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/2003, vol 41, p. 277).

A pesquisa levada a cabo pelo Dr. Marcos Valentin Frigério acompanhou

"49 pares e 3 mulheres desacompanhadas. De um total de 52 gestantes, 41 eram casadas (78,9%), 7 eram solteiras ou enamoradas

ADPF 54 / DF

(13,5%) e 3 eram amasiadas (5,7%). A suspeita do diagnóstico de malformação fetal foi realizada pela Rede Pública de Saúde em 50% dos casos (26 gestantes), pelos seguros-saúde em 34,6% (18 gestantes) e por serviços particulares em 15,4% (8). (...)

Antes da confirmação diagnóstica, 26,9% (n = 14) dos casais estavam indecisos quanto ao destino da gravidez na eventualidade de um resultado positivo para anomalias incompatíveis com a vida, 61,5% (n = 32) deles interromperiam a gestação e 11,6% (n = 6) não a interromperiam. Após os resultados, 69,3% (n= 36) decidiram pela interrupção e 30, 7% (n = 16) pela manutenção da gravidez. Dos 52 casais atendidos, 36 recorreram ao auxílio da Justiça. Em média, a decisão final do juiz foi proferida 8.5 dias após a entrada do pedido de alvará; destes, apenas 4 (11%) foram indeferidos. O Ministério Público emitiu parecer favorável ao alvará em 27 (75%) dos casos e desfavorável em 7 (19,4%). Destes, 3 foram deferidos pelo Juiz. Todos os casos de indeferimento estiverem relacionados a patologias compatíveis com a vida extra-uterina. Em média, os 36 casais que recorreram ao Judiciário esperaram 17,9 dias entre a confirmação do diagnóstico e a emissão da sentença.

Uma vez emitido o alvará, as gestantes esperaram, em média, 2,1 dias para a internação" (ob. citada, p. 270) .

As proibições legais ou a ausência da norma excludente de ilicitude fazem com que os casais ou a gestante de feto anencéfalo percorram loongo e difícil caminho para obter autorização judicial para a prática médica. Também o magistrado vê-se inseguro pela ausência de norma autorizativa que o norteie na fundamentação de sua decisão.

Recasens Siches explicita as etapas a serem ultrapassadas pelo julgador até a sua decisão final:

"En primer lugar, el jurista, frente a um pedazo de vida social, tiene que indagar la norma aplicable a esa situación, es decir, tiene que hallar cuál es la regia de Derecho vigente relativa al caso planteado: encontrar el

ADPF 54 / DF

precepto en vigor que se refiere a la matéria em cuestión.

Una vez hallada la norma aplicable, debe el jurista, em segundo lugar, entenderla cabalmente, interpretar lo que dice y las consecuencias implícitas que ella contiene. Ahora bien, acontece que la norma hallada no constituye algo suelto e inconexo, antes bien se halia estrechamente integrada com otras que forman la estructura de lo que se llama una institución jurídica (...). Por eso, para calibrar correctamente el sentido y el alcance de la norma encontrada, precisa articularla con outra serie de preceptos, cuyo conjunto organizado constituye ei cuadro completo de una institución. De aqui, que, em tercer lugar, el jurista tenga que proceder a lo que llama construcción de la institución.

Pero le queda al jurista todavía otra faena que cumplir. Ocurre que aun cuando una institución tiene, dentro Del mundo jurídico, una cierta autonomia, no está enteramente aislada de las demás instituciones, antes bien trabada con ellas por múltiples nexos y correlaciones... Y de esta guisa, cabe observar que todas las instituciones de um ordenamento o régimen jurídico se entrecruzan mutuamente, formando una especie de todo organizado. De aqui la necesidad de que el jurista cobre una visión de conjunto de la totalidad del Derecho vigente. Ahora bien, esa visión de conjunto no debe consistir em la contemplación de una mera agregación de instituciones, sino que debe formarse como cuadro total organizado. Por eso, em cuarto lugar, el jurista debe proceder a la sistematización de todos los componentes del ordenamiento jurídico en vigor (...).

Así, pues, em resumen, los labores del jurista son: 1º indagación de la norma vigente. 2º Interpretación de esa norma. 3º Construcción de la institución. 4º Sistematización del conjunto del ordenamiento. Claro es que esas cuatro funciones no se dan cada una de ellas con independência de las otras tres, antes bien todas em fuerte y recíproca solidaridad, y de um modo especial las tres últimas. Em efecto, es notório que, em numerosos casos, para llegar a la correcta interpretación de una norma, se precisa tener a la vista sus conexiones dentro de la silueta de una institución y el engrane de ésta com los demás componentes del orden

ADPF 54 / DF

jurídico. (...)

En conexión com las funciones enumeradas, el jurista tiene, además, que zanjar las contradicciones que se den entre preceptor que tienen la pretensión de estar igualmente en vigor; y tiene, además, que llenar las lagunas, suplir los vacíos que encuentre en el conjunto de las normas formuladas de que disponga.(...)

Además, adviértase que la tarea del jurista requiere una constante reelaboración a medida que transcurre el tiempo, por causa de los cambios que se verifican en la realidad social. Aun en caso de que la máquina legislativa se parase, la jurisprudencia no podría permanecer estática, antes bien tendría que moverse al compaso de la vida. Aunque la norma no cambiarse, mudan las situaciones a las que debe aplicarse; y al tener que aplicar la misma norma a nuevas situaciones hay que extraer de ella nuevos sentidos y consecuencias antes inéditas. Así, puede suceder que el teor de la ley permanezca invariable, pero insensible y continuamente su sentido va cobrando nuevas proyecciones (Ciência del Derecho y Filosofía, México: Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 21-23).

Por isso é que para o filósofo:

"En efecto, toda norma jurídica precisa siempre de una interpretación. Pues bien, el jurista, dentro de la zona de holgura que le ofrece el Derecho positivo formulado, deberá orientarse por la idea de justicia, claro que sin pasar por encima de lo que constituye precepto positivo vigente o principio general claramente determinado en el ordenamiento.

(...) Por outra parte, toda norma jurídica es una estructura de finalidad y quiere ser expresión de una valoración. (...). El Derecho positivo formulado, a su vez, se propone servir a las exigencias de justicia. En efecto, (...) todo Derecho positivo es un propósito, un ensayo de traducir en normas las exigencias de la justicia - y de otros valores con ella conectados - respecto a una determinada situación social de un lugar y de una época. (...)" (ob. citada, p. 24-25).

ADPF 54 / DF

A matéria posta na presente Arguição não se estende ao aborto generalizado, o que seria contra texto expresso da lei penal brasileiro, tampouco se cuidando de brecha para autorizar o aborto de fetos com problemas de formação ou de saúde, como querem fazer acreditar aqueles que, contrários à interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, em linguagem argumentativa, alegam que este Supremo Tribunal estaria a permitir forma de eugenia.

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

3.4. O Direito e a ausência da norma

É por se cogitar e buscar a dignificação contra o sofrimento imposto aos que passam pela experiência da gravidez descrita e que pode ser evitado com a aprovação de norma que afaste este padecimento para aqueles que assim o entenderem, que a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo) e o Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo criaram

"um protocolo de atendimento a médicos e advogados que viessem a procurar [o] serviço [deles] com fins de esclarecimento de dúvidas. Cria[ram] uma rotina ágil na orientação aos profissionais. Inicialmente, a exposição envolve uma explicação por telefone e, posteriormente, a pessoa interessada recebe documentação por correio rápido (Sedex), fax ou e-mail.

A orientação básica para a obtenção do alvará para o aborto seletivo pode ser assim sumariada:

ADPF 54 / DF

- O pedido do alvará, de preferência redigido por um advogado, deverá ser encaminhado a uma vara Criminal;
- Uma declaração da gestante/cônjuge deve esclarecer que houve a compreensão do diagnóstico firmado e que o desejo é interromper a gestação;
- Pareceres médicos devem ser elaborados por três médicos de equipes distintas. Também deve constar a descrição das anomalias encontradas (de maneira mais explícita possível), os exames realizados para se estabelecer o diagnóstico e o apoio da equipe médica à decisão da gestante/casal;
- Parecer psicológico ou psiquiátrico. Nos casos pertinentes, deve constar que a continuidade da gestação pode gerar impacto emocional negativo, abalando a estabilidade do casal;
- Bibliografia acerca da patologia fetal deve ser anexada, especialmente em patologias raras;
- Três ou mais sentenças judiciais que já contemplaram a interrupção de gestações devem ser anexadas" (ob. citada, p. 282).

Diferentes são os fundamentos adotados pelos magistrados em suas decisões, sempre se aplicando os arts. 4 ° e 5 ° da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelecem:

"Art. 49. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 52. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" .

Na espécie, não há sequer se cogitar de culpabilidade, pela ausência de reprovabilidade ou censurabilidade da escolha do casal ou da gestante, nem aventar inexigibilidade de conduta diversa da gestante ou da equipe médica, que se vê na contingência de dar suporte para que o procedimento transcorra sem percalços além daqueles que lhe são inexoráveis.

ADPF 54 / DF

3.5. O anencéfalo e os direitos de personalidade

O Código Civil, em seu art. 1º, estabelece que *"toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil"*, dispondo o art. 22 que *"a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"*.

Pelo art. 22 do Código Civil, a personalidade inicia-se no momento do nascimento com vida, o que, numa interpretação literal, poderia ser compreendida como condição suspensiva para ser considerada pessoa, o que não é possível, porque se adquirem direitos desde a concepção.

Tem-se na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 31.12.1973) ser a respiração da criança a marca do nascimento:

"Art. 53. (...)

§ 2º No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos, os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas" (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).

Na dúvida, recorre-se à Medicina Legal, especificamente à investigação denominada 'Docimasia Hidrostática de Galeno' e, conforme explica a Professora Sílvia Motta em sua Enciclopédia virtual de Bioética e Biodireito: *"Trata-se de medida pericial, de caráter médico-legal, aplicada com a finalidade de verificar se uma criança nasce viva ou morta e, portanto, se chega a respirar"*.

Para Néelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery

"(...) Mesmo não havendo nascido com vida, ou seja, não tendo adquirido personalidade jurídica, o natimorto tem humanidade e por isso recebe proteção

ADPF 54 / DF

jurídica do sistema de direito privado, pois a proteção da norma ora comentada a esse se estende, relativamente aos direitos de personalidade (nome, imagem, sepultura etc.)" (Código Civil Anotado e Legislação Extravagante. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., p. 146).

São muitas as conseqüências jurídicas do nascimento com vida.

Daí porque o direito preocupa-se com a proteção ao nascituro. Carvalho Santos, em seu Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, já estudava se o nascituro tinha personalidade expressando-se:

"Não cremos necessárias tal disputa, ante as disposições constantes do Direito, como codificado, não se podendo negar a capacidade de suceder, a capacidade 'processual, como parte em sentido material, do nascituro, representado por sua mãe, ou por curador, e portanto como sujeito de direito, ainda que eventual, sem ser pessoa física nem jurídica, mas como titular eventual de direito, tendo-se em conta a maior probabilidade do nascimento com vida, ou a sua condição de ser sem vida própria, com probabilidade de vida, no futuro" (Capacidade, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro por J.M. de Carvalho Santos, v. VI, Rio de Janeiro, Editor Borsoi).

Qualquer doutrina seja adotada, o direito à vida é garantia constitucional e, porque o nascituro tem a expectativa de vida, foram-lhe assegurados direitos presentes e futuros, esse com o nascimento com vida, sem que com isso se conclua pelo fracionamento da personalidade, que é una, não se confundindo direitos de humanidade e direitos de relação (direitos patrimoniais e obrigacionais).

Sobre a unidade da personalidade, em 1916, Clóvis Bevilacqua relatou o caso de xifópagas que, mesmo antes de serem separadas cirurgicamente, eram *"duas pessoas, porque tinham duas cabeças, dois cérebros distintos, funcionando normalmente, duas vontades, duas consciências, duas individualidades psíquicas"* (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil

ADPF 54 / DF

Comentado. Rio de Janeiro: Paulo Azevedo ed., 12ª ed., vol. 1, 1959, p. 146).

Poder-se-ia concluir que, ainda que estivessem primeiramente encerradas em um corpo, eram dois cérebros e, por isso, duas personalidades de fato e de direito.

Ausente o consenso quanto ao início da personalidade, quanto ao fim da personalidade não há divergência: "a existência da pessoa natural termina com a morte", conforme dispõe o art. 6º do Código Civil.

O evento morte também tem sua prorrogação com a tecnologia aliada à medicina que, pelo uso de aparelhos, mantém não apenas uma respiração artificial, mas também os batimentos cardíacos, revogando antigos critérios de aferimento pela ausência de respiração ou de condições do coração.

Chegou-se assim à ausência de vida pelo advento da denominada 'morte cerebral' ou, mais tecnicamente, 'morte encefálica', conceito esse que foi documentado pela primeira vez em 1968, pelo "Committee of Harvard Medical School to examine the definition of brain death", antes mencionado.

O fim da existência com o evento morte é verificado pelo diagnóstico de morte encefálica, "constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina" (art. 3º, caput, da Lei n. 9.434, de 4.2.97, que 'dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento').

O Conselho Federal de Medicina fixou os critérios pela Resolução n. 1.480, de 8.8.97, cujo art. 32 destaca que "a morte encefálica deverá ser

ADPF 54 / DF

consequência de processo irreversível e de causa conhecida". Em seu art. 42 dispõe-se que "Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia"; outros exames complementares para a constatação de morte encefálica. Para caracterização da morte cerebral faz-se necessário lesão irreversível no encéfalo e que este pare de funcionar.

Para Claus Roxin,

"morte encefálica como o momento da morte não é, de modo algum, incontroversa. Uma vasta corrente, no mundo inteiro, que possui muitos seguidores também na Alemanha e, por ex., no Japão chega a ser majoritária, considera que o homem vive também após a morte encefálica, e por tanto tempo quanto as demais funções vitais do corpo se conservarem através do tratamento médico intensivo. Uma pessoa encefalicamente morta pode, por ex., ainda apresentar uma temperatura corporal normal; seu coração bate, seus órgãos funcionam mais ou menos; eventualmente, pode uma grávida inclusive ter um filho após a morte encefálica. Pens[a ele], e com a opinião dominante na ciência, que nada disso basta para que se fale de uma pessoa viva nos casos de morte encefálica. Pois a vida vegetativa, que existe de forma variada também na natureza, não é o suficiente para fazer de algo um homem. A pessoa encefalicamente morta carece, de antemão, de qualquer possibilidade de pensar ou sentir; falta-lhe o centro de integração, que estruturará as diversas funções do corpo numa unidade. O critério da morte encefálica como o momento da morte é, assim, um dado prévio antropológico, e não como que uma construção para possibilitar transplantes de órgãos" (A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada em 7.3.2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Fonte: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=134)

É ainda aquele jurista alemão que adverte:

ADPF 54 / DF

"(...) a opinião contrária, que recorre à idéia da 'morte total', não é realizável de modo conseqüente. Segundo ela, ter-se-ia de manter os mortos cerebrais respirando artificialmente, até que sua última célula tivesse morrido. E transplantes de órgãos não poderiam jamais ocorrer, uma vez que eles pressuporiam matar pessoas ainda vivas. A maior parte dos defensores da concepção da 'morte total' não extrai estas conseqüências, mas deseja permitir, após a morte encefálica, a suspensão do ulterior tratamento médico intensivo, bem como o transplante de órgãos. Com isso, eles se colocam, primeiramente, em dificuldades quase insolúveis - pois têm de tornar a vida humana objeto de uma ponderação de valores - e reconhecem, em segundo lugar, a morte encefálica como o instante decisivo, com o que acabam por aceitar, de facto, a posição que situa aqui o momento da morte (...)" (fonte citada).

As funções desempenhadas pelo sistema nervoso central, responsável pela *"consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade"*, estão ausentes no feto anencéfalo, conforme assinalou a Dra. Débora Diniz citada por Diaulas Costa Ribeiro, o que inviabiliza a vida extra-uterina. Daí que quase metade dos fetos portadores desse problema morrem antes do nascimento (Aborto por anomalia fetal: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 101).

A despeito da inviabilidade da vida extra-uterina, doutrinadores posicionam o feto portador de anencefalia em duas correntes de entendimento.

A primeira delas considera o feto anencéfalo titular de direitos de humanidade desde a sua concepção e, por apresentar sinais vitais ainda no ventre materno, como respiração, havendo uma primeira respiração após o parto, seria ele titular dos direitos de relação e, por isso, seria punível o procedimento para interromper a gestação.

Essa corrente entende a morte como ausência de respiração, desconsiderando a morte encefálica.

ADPF 54 / DF

A segunda corrente entende que o feto não pode ser declarado titular de direitos pelo advento da morte. Para o Professor Dílio Procópio Drummond de Alvarenga, *"dogmaticamente, a razão da impunibilidade do aborto do feto anencefálico - que é um morto cerebral, prende-se à ausência de tipicidade, fundada em três causas: falta de objeto jurídico, falta de sujeito passivo próprio e falta de objeto material. O fato não é mais do que um quase-crime, na modalidade de crime impossível"* (Anencefalia e Aborto. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5167>)

Pelo conceito de morte clínica, o aborto de feto anencéfalo seria crime impossível, pela ausência de vida cerebral. Aqueles que assim entendem divergem quanto à demonstração da veracidade da morte: a) alguns têm que o feto anencéfalo estaria morto por se incluir no conceito de morte encefálica; b) outros concluem que, apesar de se assimilar à morte encefálica, não se poderia afirmar ser o feto anencéfalo um morto.

Os que defendem a primeira corrente baseiam-se na Resolução n. 1.752, de 13.9.2004, do Conselho Federal de Medicina, que, ao disciplinar a autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, considerou que: a) *"os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes"*; b) *"para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica"*.

Para algumas autoridades médicas, o feto anencéfalo não pode ser declarado morto encefálico, nos termos e critérios pretendidos pelo Conselho Federal de Medicina porque pode apresentar reflexos decorrentes de atividade infra-espinhal e descritos no item E 1() do Anexo da Resolução CFM n. 1.480/97. Ainda que apresente reflexos, o feto anencéfalo não decodifica os estímulos recebidos.

ADPF 54 / DF

Pelas razões expostas, autores médicos referem-se ao feto portador de anencefalia como 'morto cerebral' e não 'morto encefálico', pois algumas vezes não é a totalidade de seu encéfalo que se apresenta danificado ou malformado. Qualquer que seja a terminologia adotada, contudo, o resultado, infelizmente, não é senão o mesmo: o feto portador de anencefalia não sobrevive, não tem vida extra-uterina em 100% dos casos.

O que se tem, pois, diante de todos os elementos da medicina e do direito brasileiro é conflito normativo aparente, por se permitir o transplante de órgãos quando detectada a morte cerebral (antecedido pela "*autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a ordem sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive*" - art. 4º da Lei n. 9.434/97) e não incluir nas excludentes de ilicitude o aborto do feto que apresentar ausência do encéfalo.

Desde que a Lei n. 9.434/97 dispôs que o diagnóstico de morte encefálica seria o marco para declarar-se determinada pessoa como morta, o aborto do feto desprovido do encéfalo sequer poderia ser considerado conduta penal típica, porque se teria verdadeiro crime impossível em face da absoluta impropriedade daquele sobre o qual recai a conduta do agente, a saber, o feto morto, porque anencéfalo.

De se afirmar que, hoje, a malformação no fechamento do tubo neural não dispõe de tratamento médico conhecido ou vacina para superar tal lesão e, por isso, no ventre materno mesmo este feto é desprovido de direito, por não dispor das condições para aquisição da personalidade do ser com vida, a despeito de merecer a proteção estatal, não mais como ente vivo, mas como ente desprovido de possibilidade de vida, protegendo-o indiretamente, com direito a nome, sepultura, respeito à imagem.

ADPF 54 / DF

Não haveria, pois, “aborto do feto anencéfalo” pela ausência de tipicidade, ausente o objeto jurídico tutelado, inexistindo sujeito passivo.

3.3.6. O Código Penal e o aborto.

Etimologicamente, aborto (abor: desaparecer, fenecer, morrer e orto: princípio, origem, nascimento) é a privação da viabilidade que originaria um novo ser.

Em sua obra *"El Aborto - una lectura de derecho comparado"*, Alicia Elena Pérez Duarte y Norona cita Adriana O. Ortega que, em sua obra *"La Primera legislación sobre aborto em México"* (Ciências, México, n. 27, julho 92, os. 56-57) *"aponta acertadamente que la legislación sobre el aborto, desde el siglo pasado hasta la actualidad, es una legislación que toma como modelo, sujeto y punto de partida de sus normas y sanciones a lo masculino com lo que se dio base y fundamento a la existênci a uma doble moral em donde la condición de la mujer nunca entro em las agendas políticas por no considerarse relevante"* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 21).

Segundo aquela autora, *"con el problema del aborto, se ha pretendido colocar los derechos reproductivos, a la salud y sobre el próprio cuerpo de la mujer, frente al derecho a la vida del feto y el derecho del padra a la descendência. Apesar de que la definición del bien jurídico protegido em un tipo penal tan controvertido no es unívoca, em casi todos los tratados doctrinales de derecho penal que se consulten, se señala, sin cuestionamientos, que el bien jurídico protegido com este tipo penal es 'la vida humana em formación '"* (ob. citada, p. 22).

O Código Penal brasileiro de 1940, vigente na ocasião o Código Civil de 1916, tinha como quadro normativo posto que as mulheres casadas eram relativamente incapazes, precisando da autorização de seus cônjuges para trabalhar, para ter conta bancária, para viajar, para exercer profissão, nao tendo autoridade nem vontade em relação ao seu

ADPF 54 / DF

domicílio, seus bens e seus filhos. Dispunha o art. 242 do Código Civil:

"Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962) I - praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

(...)

IV - Aceitar ou repudiar herança ou legado.

(...)

VII - Exercer a profissão (art. 233, IV)

(...)

IV - contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal. (Inciso VIII renumerado e alterado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

(...)

IX - Aceitar mandato (art. 1.299)

Art. 243. A autorização do marido pode ser geral ou especial, mas deve constar de instrumento público ou particular previamente autenticado.

Parágrafo único. Considerar-se-á sempre autorizada pelo marido a mulher que ocupar cargo público, ou, por mais de 6 (seis) meses, se entregar a profissão exercida fora do lar conjugal

Art. 244. Esta autorização é revogável a todo o tempo, respeitadas os direitos de terceiros e os efeitos necessários dos atos iniciados.

(...)

Art. 1.299. A mulher casada não pode aceitar mandato sem autorização do marido".

Cada tempo tem o seu direito. A Justiça não é uma ideia acabada, é um fazer que a sociedade constrói a cada tempo.

O Direito Penal, como qualquer ramo jurídico, tem na Constituição o seu fundamento. Ressalta Fábio Konder Comparado que, conforme se depreende da leitura do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, "foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a

ADPF 54 / DF

Segunda Guerra Mundial, e cuja revelação só começou a ser feita - e de forma muito parcial, ou seja, com omissão de tudo o que se referia à União Soviética e de vários abusos cometidos pelas potências ocidentais - após o encerramento das hostilidades. Além disso, nem todos os membros das Nações Unidas, à época, partilhavam por inteiro as convicções expressas no documento: embora aprovado por unanimidade, os países comunistas (...) abstiveram-se de votar. Seja como for, a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, conforme ficou consignado em seu artigo 1º (A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2008, 6ª ed., p. 226).

Em 1960, considerando "*que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*" alguns Estados assinaram o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, segundo o qual:

"Art. 15.1. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se".

O Código Penal, como qualquer lei, há de se ajustar às mudanças e exigências de uma sociedade em constante evolução e mutação.

Decretado em 7.12.1940, o Código Penal brasileiro completará 70 anos. Neste período, a sociedade transformou-se. Em especial na área médica a modificação é enorme. A lei não pode desconhecer os tempos vividos.

ADPF 54 / DF

O art. 128 do Código Penal dispõe, expressamente, as duas circunstâncias que habilitam o profissional da medicina a realizar, sem punição, procedimentos médicos interruptivos da gravidez: a) quando *"não há outro meio de salvar a vida da gestante"* (aborto necessário) e, essa circunstância de risco da gestante é tarefa acometida ao médico que, em face dos exames realizados, decidirá se há ou não outra forma de conservar a vida da gestante sem interromper a gravidez; b) *"se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal"*.

Para o Professor Luiz Flávio Gomes,

"Impõe-se firmar a seguinte premissa: o aborto anencefálico não é um fato materialmente típico. Mas isso só pode ser compreendido quando se tem presente a verdadeira e atual dimensão do tipo penal, que hoje abrange: a) o tipo formal-objetivo (conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica formal à letra da lei); b) o tipo material-normativo (imputação objetiva da conduta, resultado jurídico relevante e imputação objetiva desse resultado) e c) o tipo subjetivo (nos crimes dolosos). O aborto anencefálico elimina a dimensão material-normativa do tipo, porque a morte, nesse caso, não se dá num contexto de risco proibido, e sim, permitido.

Sob qual fundamento torna-se possível concluir se o risco é ou não proibido (ou seja, juridicamente desaprovado)? A base dessa valoração decorre da ponderação (em cada caso concreto) entre o interesse de proteção de um bem jurídico (que tende a proibir todo tipo de conduta perigosa relevante) e o interesse geral de liberdade (que procura assegurar um âmbito de liberdade de ação, sem nenhuma ingerência estatal). No aborto anencefálico parece não haver dúvida que o risco criado (contra o bem jurídico vida do feto) não é desaprovado juridicamente. Todas as normas e princípios constitucionais invocados na ação de descumprimento de preceito fundamental (artigos 1º, IV - dignidade da pessoa humana; 52, II - princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade; 6º, caput, e 196 - direito à saúde, todos da CF), conduzem à conclusão de que não se

ADPF 54 / DF

trata de uma morte (ou antecipação dela) desarrazoada.

Não há dúvida que o artigo 5º da [Constituição da República] assegura a inviolabilidade da vida, mas não existe direito absoluto. Feliz, portanto, a redação do art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz: ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. O que se deve conter é o arbítrio, o abuso, o irrazoável. Quando há interesse relevante em jogo, que torna razoável a lesão ao bem jurídico vida, não há que se falar em criação de risco proibido. Ao contrário, trata-se de risco permitido. A conduta que gera risco permitido, por isso mesmo, não é materialmente típica, por faltar-lhe o requisito (normativo) da imputação objetiva. Pode-se afirmar tudo em relação ao aborto anencefálico, menos que seja um caso de morte arbitrária. Ao contrário, antecipa-se a morte do feto (cuja vida, aliás, está cientificamente inviabilizada), mas isso é feito para a tutela de outros interesses sumamente relevantes (saúde da mãe, sobretudo psicológica, dignidade, liberdade, etc.). Não se trata, portanto, de uma morte arbitrária. O fato é atípico justamente porque o risco criado não é desarrazoado. Basta compreender que o 'provocar o aborto' do art. 124 significa 'provocar arbitrariamente o aborto' para se concluir pela atipicidade (material) da conduta. Esse, em suma, é o fundamento da atipicidade do aborto anencefálico" (Teoria da Imputação Objetiva e Aborto Anencefálico: atipicidade material do fato. Revista Jurídica Consulex. Ano IX, 2005, p. 41-44).

Para que o médico ou a gestante sejam considerados autores de crime de aborto seria imprescindível também se concluir que eles pudessem agir de forma diferente. Se não podem, há que se excluir a ilicitude do ato. Como leciona Damásio de Jesus, "só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme o ordenamento jurídico, realiza conduta diferente, que constitui o delito. Então, faz-se objeto do juízo de culpabilidade. Ao contrário, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade" (Direito Penal, São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1, p. 417).

Se o feto anencéfalo não tem condições de crescer e se desenvolver fora do útero materno e a gestante, cujo feto tenha sido diagnosticado

ADPF 54 / DF

com anencefalia, além de todo sofrimento mental e emocional a que passa a se submeter, também corre risco de vida, por tratar-se de gravidez de alto risco (pode sobrevir eclampsia, embolia pulmonar, aumento do volume do líquido amniótico, esse último responsável por dificuldades para respirar e até a própria morte), tem-se o conjunto de fatos e circunstâncias que retiram a culpabilidade e, por isso, não se há se falar em crime.

Em 1940, data de início de vigência do Código Penal, outra era a medicina praticada. Não havia os exames modernos, as tecnologias para diagnóstico. Obra humana, não imaginava nem conseguiu antever o legislador o progresso da tecnologia a serviço da saúde humana.

O Brasil subscreveu a Declaração de Pequim, adotada pela 4ª Conferência mundial sobre as mulheres (ação para igualdade, desenvolvimento e paz) e, aa ocasião, comprometeu-se a garantir o respeito aos direitos humanos das mulheres. Subscreveu, ainda: a) a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, comprometendo-se a assegurar a assistência à saúde das mulheres; b) as Convenções Internacionais que o obrigam a prestar assistência a todos os homens e mulheres submetidos a tortura ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, bem como a tomar providências concretas para prevenir, punir e erradicar toda e qualquer violência contra a mulher, garantindo especialmente assistência à sua saúde (Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher - Convenção de Belém do Pará).

A assinatura de todos esses acordos desdobram-se para garantir, de forma eficaz, o direito da mulher fazer escolhas que a levem ao caminho da saúde, nao o do sofrimento.

ADPF 54 / DF

Silente o Código Penal quanto à possibilidade de gestante optar pelo aborto do feto anencéfalo, tem optado o magistrado brasileiro em fundamentar-se na Lei de Introdução ao Código Civil para solucionar os casos que lhe são submetidos:

"Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

A despeito da unanimidade da ciência médica quanto à impossibilidade de vida extra-uterina, é certo que toda pessoa tem o direito a suas crenças e convicções pessoais, a serem respeitadas. Entretanto, o magistrado, a despeito de seus credos e ideais, tem obrigação de entender a angústia experimentada pela gestante que opta pela interrupção da gravidez, por chegar ao seu limite humano e psíquico.

O útero é o primeiro berço de todo ser humano. Daí haver de se enfatizar que todo aborto é sofrimento. O aborto é o reverso do parto. Todo parto é luz. O aborto é a negação da luz. A mulher que procuraria uma roupa para vestir o filho é a que passa a buscar a mortalha com que romperá o parto de dor e frustração.

Não se há negar compaixão, porque seria injustiça, menos ainda o direito, porque seria antijurídico, à mulher que, trazendo um pequeno caixão no que é o seu berço físico, vai às portas do Judiciário a suplicar pela sua vida.

Seja realçado que a espécie dos autos não trata de aborto seletivo, mas de modalidade abortiva específica, que não pode ser considerada dotada de culpabilidade ou ilicitude pelo estado de necessidade da mãe.

ADPF 54 / DF

Mais ainda, pode-se ter o quadro como sem caracterização do tipo penal por carecer de elemento essencial, que é o nascimento viável. Certo que não se pode, a pretexto do feto ser portador de alguma doença, provocar a morte do feto, pois aborto 'profilático' é crime. Situações distintas são as duas. Ainda que o feto anencéfalo viva um minuto, 10 minutos ou mesmo semanas, sua inviabilidade para a vida é, hoje, dada como certa pela medicina.

Para Cezar Roberto Bitencourt, embora o Código Penal não preveja o aborto para os casos de anencefalia fetal, a gestante que provoca o auto-aborto ou autoriza terceiro a realizá-lo está amparada pela inexigibilidade de conduta diversa. O contrário seria admitir-se tratamento desumano e cruel à gestante, em prejuízo de sua saúde física, mental e emocional, garantidos pela Constituição em seu art. 196. acrescente-se, ainda, o argumento de aquele feto não ser considerado nascituro (Manual de Direito Penal - Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 169).

Não sendo nascituro, não há como se caracterizar o crime pela inocorrência de tipicidade, também inexistente a culpabilidade ou a antijuridicidade do ato praticado pelo médico, obviamente, com o consentimento da gestante.

3.3.7. Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana.

O tema cuidado nesta Arguição diz, diretamente, com o sistema constitucional democrático de direito adotado no Brasil, sendo seu princípio fundante a dignidade da pessoa humana.

Na Grécia antiga a dignidade humana já era valor intrínseco, se bem que apenas reconhecido aos cidadãos, assim considerados os do sexo masculino e descendentes de nacionais, o que excluía as mulheres, os escravos e os estrangeiros.

ADPF 54 / DF

A Revolução Francesa erigiu os princípios que condensavam o que se pensava até então como garantia da dignidade da pessoa humana: liberdade, igualdade e fraternidade.

Para Kant

"(...) a liberdade é mais do que a simples ausência de impedimentos externos. Livres são aqueles que fazem suas próprias escolhas, embasados em determinados princípios. Dessa forma, apenas os seres racionais gozam da liberdade" (RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade Humana e Moralidade Democrática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 33).

Segundo o Professor Rabenhorst,

"Esse vínculo entre razão e autonomia é indispensável para compreendermos a concepção kantiana da dignidade humana. Com efeito, no reino das finalidades humanas, diz Kant, tudo possui um preço ou uma dignidade. Aquilo que possui um preço tem um valor relativo, isto é, pode ser comparado ou substituído por algo equivalente. Em contrapartida, a dignidade é atributo apenas daquilo que é insubstituível e incomparável, ou seja, daquilo que, pelo simples fato de possuir um valor absoluto, encontra-se acima de qualquer preço. Ora, apenas o homem, enquanto ser racional e autônomo, isto é, como único ser capaz de fixar livremente metas ou planos de vida, encontra-se nesta segunda situação. Logo, conclui Kant, o homem não pode ser tratado - nem por ele próprio nem por outro homem - como um mero meio para a obtenção de alguma coisa, mas deve ser sempre considerado como 'um fim em si mesmo'.

Na perspectiva kantiana, a dignidade humana se funda, portanto, no lugar que o homem ocupa na escala dos seres. Diferentemente das outras criaturas vivas, nós, humanos, podemos ultrapassar o estágio da simples animalidade e identificar, tanto em nós mesmos como nos nossos semelhantes, uma mesma essência livre e racional, isto é, uma idêntica humanidade. E é precisamente o reconhecimento dessa humanidade aquilo que Kant chama de 'respeito', ou seja, uma 'máxima de restrição' que nos obriga a não rebaixar os nossos semelhantes

ADPF 54 / DF

ao estado de mero instrumento para a consecução de uma finalidade qualquer.

Conforme observou o filósofo francês Jean-Marc Ferry, há uma diferença notável entre a visão cristã da dignidade humana

(...) e a concepção desenvolvida por Kant. Ambas atribuem uma dignidade intrínseca ao homem em função da posição que este ocupa no mundo. Contudo, na perspectiva cristã, tal dignidade encontra sua justificação em uma certa representação da natureza divina do homem, isto é, no fato de este representar uma unidade substancial entre matéria e espírito, criada conforme a imagem e semelhança de Deus. Já para Kant, a dignidade se alicerça na própria autonomia do sujeito, isto é, na capacidade humana de se submeter às leis oriundas de sua própria potência legisladora e de formular um projeto de vida de forma consciente e deliberada. E é essa autonomia, escreve Ferry, o 'motivo do respeito e o conceito fundador da humanidade' (Ob. citada, p. 33-34).

Proclamados os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, a Revolução Francesa não alterou a situação social dos diversos estratos sociais daquela nação. Ao contrário, clero e nobreza continuaram a desfrutar privilégios fiscais, apenas algumas classes sociais podendo ter acessos aos cargos públicos e à propriedade. É, ainda, o Professor Rabenhorst a observar que:

"(...) a igualdade estabelecida pela Revolução Francesa é de natureza jurídica, não socioeconômica. Aliás, nunca é demais lembrar que a Declaração de 1789 sacralizou o direito de propriedade, mas não assegurou a mesma proteção para o direito à igualdade (a escravidão praticada a todo vapor nas colônias francesas sequer chegou a ser mencionada, e os direitos políticos das mulheres foram negados). Deste mesmo mal padecem as Bill of Rights americanas. Elas estabeleceram a igualdade natural e universal dos homens como núcleo normativo básico, mas deixaram de lado a igualdade social, bem como o reconhecimento dos direitos políticos e civis dos negros, das mulheres e dos índios. (...) O elitismo das declarações francesa e americana de direitos (...) só foi superado com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das nações Unidas, em 1948 (...).

ADPF 54 / DF

(...) Esta, ao contrário das declarações francesa e americana, não atribui aos direitos nela consignados o estatuto de 'naturais' ou 'racionais', mas concebe-os como o resultado de um consenso entre os povos. No mais, a Declaração da ONU não se limitou a reproduzir os direitos civis tradicionais, mas introduziu um conjunto de direitos econômicos e sociais próprios de um Estado de bem-estar social (o direito à educação, à saúde, ao trabalho e à seguridade social). De fato, nas declarações anteriores, o que encontramos são 'garantias negativas' que os indivíduos possuem contra quaisquer intrusões do Estado que ameacem a sua dignidade. Com a Declaração da ONU de 1948, os indivíduos passaram a ser depositários também de 'garantias positivas', que obrigam o Estado a intervir, proporcionando-lhes os recursos e as iniciativas necessárias à concretização de sua dignidade (educação, trabalho, saúde, etc.)" (ob. citada, p. 37-39).

Para Ingo Wolfgang Sarlet,

"(...) no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à idéia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade" (Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30).

O constitucionalismo contemporâneo afirma a dignidade da pessoa humana não apenas como fundamento dos direitos fundamentais, mas realiza que dela se deduzem outros direitos fundamentais, alguns dos quais não expressos na Constituição, mas tidos como próprios e obrigatórios do sistema.

A compreensão atual de dignidade humana envolve questões outras além do reconhecimento da diferença entre os seres humanos, respeitadas

ADPF 54 / DF

as diferenças para se garantir a igualdade jurídica material.

Incluído o princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições dos Estados contemporâneos passou-se a inserir os direitos da personalidade nos regramentos de ordem privada. *"Daí a primazia ao valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido"* (PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios da ordem Internacional Contemporânea in: Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2007, vol. 1, p. 16-18).

Guardada a dignidade da pessoa humana pela Constituição da República brasileira se tem que *"a dignidade é bem jurídico a ser garantido pelo sistema. Por outra parte, é eixo de interpretação, atravessando o sentido de constitucionalidade que deve constar em qualquer sentença de juízes e tribunais pátrios. Não exageramos se dizemos, por esses motivos, que a dignidade da pessoa humana foi erigida a padrão de referência de todo o arcabouço jurídico brasileiro"* (ALARCÓN, Pietro. Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Ed. Método, 2004, p. 254).

Para Robert Alexi, *"na sua perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa humana atua, portanto - no que comunga das normas-princípio em geral - como um mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as regras contêm prescrições imperativas de conduta"* (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 162).

Não poderia ser diferente porque vida sem dignidade não é justa sequer admissível pelo Direito contemporâneo. Os outros direitos, não são mais que *"exigências genéricas de la naturaleza humana que se concretan y*

ADPF 54 / DF

se determinan en relación a bienes concretos", conforme escreveram os Professores Javier Hervada e José M. Zumaquero (apud Moran, Narciso Martinez. *El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid: Nueva época, 1979, p. 136)

Na lição de Francesco Ferrara, se "*(...) il Diritto ha per scopo di tutelare gli interessi umani, assicurare le condizioni di vita degli uomini, esso non può attuare tale funzione, se non conformandosi, piegandosi, obbedecendo alle esigenze della vita sociale, plasmando l'ordinamento che meglio risponde alla soddisfazione di tali interessi*" (Trattato di Diritto Civile Italiano. Roma: Athenaeum, 1921, p. 15).

Alçada à categoria de princípio jurídico fundamental, afronta a dignidade humana a maternidade ou paternidade exigida no ordenamento jurídico que determina a continuidade de gestação, da qual não resultará, no estágio atual do conhecimento médico, ser humano com vida, o que afeta a personalidade daqueles que vivenciam a experiência, inclusive em sua relação aos concidadãos por colocá-los em situação de criminalidade.

A Constituição não afirma apenas o direito à vida. E já não seria pouco. Mas não se quer apenas viver, mas viver com dignidade.

3.8. O Estado laico.

Em 7.1.1890, o Presidente Deodoro da Fonseca editou o Decreto n. 119-A, pelo qual se proibiu a "intervenção da autoridade federal e dos Estados Federados em matéria religiosa, [e] consagr[ou] a plena liberdade de cultos" e, na sequência, o § 22 do art. 11 da Constituição de 1891, em suas disposições preliminares, garantiu a laicidade do Estado, vedando os Estados e à União a estabelecer, subvencionar ou embaraçar "o exercício

ADPF 54 / DF

de cultos religiosos".

A sociedade brasileiro conta com grupos contrários ao aborto e mesmo contra a interrupção da gravidez nos casos de feto comprovadamente portador de anomalia fetal. Não apenas a diferença de idéias e crenças é válida, aceitável e desejável numa democracia como respeitáveis todas as opiniões. Entretanto, a tomada de decisão jurídica há de se ater aos comandos normativos da Constitucional, máxime aos seus princípios, do qual é o primeiro o da dignidade humana.

Ao argumento da imoralidade da interrupção da gravidez do feto anencéfalo, o Direito não pode se moldar segundo questões de crenças religiosas contrárias ao princípio da dignidade humana. A regência estatal dá-se segundo o direito, conjunto de normas jurídicas.

Por isso a assertiva do Procurador da República segundo o qual

"o princípio do Estado laico pode ser diretamente relacionado a dois direitos fundamentais que gozam de máxima importância na escala dos valores constitucionais: liberdade de religião e igualdade. Em relação ao primeiro, a laicidade caracteriza-se como uma verdadeira garantia institucional da liberdade religiosa individual. Isto porque, a promiscuidade entre os poderes públicos e qualquer credo religioso, por ela interdita, ao sinalizar o endosso' estatal de doutrinas de fé, pode representar uma coerção, ainda que de caráter psicológico, sobre os que não professam aquela religião" (ob. Citada, p. 78).

No julgamento do leading case conhecido como "Engel x Vitale", em 1962, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, nas palavras do relator Hugo Black que, *"When the power, prestige and financial support of government is placed behind a particular religious belief, the indirect coercive pressure upon religious minorities to conform to the prevailing officially approved' religion is plain.... The Establishment Clause thus stands as an expression of principle on the part of the Founders of our Constitution that*

ADPF 54 / DF

religion is too personal, too sacred, too holy, to permit its 'unhallowed perversion' by a civil magistrate" (fonte: <http://www.infoplease.com/us/supreme-court/cases/ar10.html>).

A compreensão da laicidade do Estado se infere pela liberdade religiosa que seus cidadãos usufruem; a sociedade brasileira é amplamente conhecida pela variedade de credos e sincretismo religioso e, a prevalência do dogma de um segmento religioso em detrimento dos demais é inequívoca afronta ao princípio da igualdade e, por isso, a laicidade do Estado é ponto fundamental para que essa regra não pereça.

No Brasil, a Constituição da República veda que a União, os Estados e os municípios estabeleçam "*cultos religiosos ou igrejas*" (art. 19, inc. I) e não permite a privação "*de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei*" (art. 5º, inc. VIII).

Estado laico é aquele que respeita a diversidade de pontos de vista dos diversos credos sem, contudo, deixar-se influenciar por algum deles em específico. Para Flávia Piovesan,

"... o Estado laico é garantia essencial para o exercício dos direitos humanos, especialmente nos campos da sexualidade e reprodução. Confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabiliza qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática. A ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos tem o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não tem o direito a pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico.

No Estado laico, marcado pela separação entre Estado e religião, todas as religiões merecem igual consideração e profundo respeito, inexistindo, contudo,

ADPF 54 / DF

qualquer religião oficial, que se transforme na única concepção estatal, a abolir a dinâmica de uma sociedade aberta, livre, diversa e plural. Há o dever do Estado em garantir as condições de igual liberdade religiosa e moral, em um contexto desafiador em que, se, de um lado, o Estado contemporâneo busca adentrar os domínios do Estado (ex: bancadas religiosas no Legislativo). Destacam-se, aqui, duas estratégias: a) reforçar o princípio da laicidade estatal, com ênfase à Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação com base em Intolerância Religiosa; e b) fortalecer leituras e interpretações progressistas no campo religioso, de modo a respeitar os direitos humanos” (Direitos Humanos (coord). Curitiba: Juruá editora, 2007, p. 24-25).

O aborto, sua legitimidade ou ilicitude, tem sido objeto de intensos debates, em especial após a propositura de ações para que esse Supremo Tribunal Federal decida quanto à possibilidade jurídica de pesquisas com células tronco, a união homoafetiva e o aborto de feto anencéfalo, ocasião em que vívidos comentários dos diversos credos religiosos vem à tona conforme as diferentes convicções e crenças.

O Estado democrático de Direito é construído a partir do respeito pleno à liberdade, que, no caso, expressa-se pela garantia de acatamento à escolha da gestante ou do casal de pais quanto à continuidade da gestação de feto sem condições de vida extra-uterina. Esse o exercício constitucional dos direitos humanos.

3.9. Os direitos fundamentais da gestante.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem acolheu ser "essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão".

No quadro de angústia e dor, constitui injusta opressão, contrária ao princípio da dignidade humana, manter-se gestante portadora de feto

ADPF 54 / DF

anencéfalo na iminência de ser apenada ao escolher o não prosseguimento de gravidez fadada à morte do nascituro.

A esta mulher não fica a possibilidade de "*medir sua posse do mundo, (mas) não é possível medir no abstrato a carta que constitui para a mulher a função geradora: ... só a sociedade pode decidir dela. Segundo essa sociedade exija maior ou menor número de nascimentos, segundo as condições higiênicas em que se desenvolvam a gravidez e o parto, a escravização da mulher à espécie faz-se mais ou menos estreita. ...*" (BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo: fatos e mitos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, 9ª impressão, p. 55).

É de Simone de Beauvoir a observação de que "*uma sociedade não é uma espécie: nela, a espécie realiza-se como existência; transcende-se para o mundo e para o futuro; seus costumes não se deduzem da biologia; os indivíduos nunca são abandonados à sua natureza; obedecem a essa segunda natureza que é o costume e na qual se refletem os desejos e os temores que traduzem sua atitude ontológica. Não é enquanto corpo, é enquanto corpos submetidos AL tabus, a leis, que o sujeito toma consciência de si mesmo e se realiza: é em nome de certos valores que ele se valoriza. (...) É, portanto, à luz de um contexto ontológico, econômico, social e psicológico que teremos de esclarecer os dados da biologia. A sujeição da mulher à espécie, os limites de suas capacidades individuais são fatos de extrema importância; o corpo da mulher é um dos elementos essenciais da situação que ela ocupa neste mundo. Mas não é ele tampouco que basta para a definir. Ele só tem realidade vivida enquanto assumido pela consciência através das ações e no seio de uma sociedade; a biologia não basta para fornecer uma resposta à pergunta que nos preocupa: por que a mulher é o Outro? Trata-se de saber como a natureza foi nela revista através da história; trata-se de saber o que a humanidade fez da fêmea humana*" (ob. citada, p. 56-57).

E, num contexto social que ainda lhe é algo adverso, apesar das conquistas obtidas, a interpretação da norma penal brasileira poderia conduzir a gestante, optante da interrupção da gestação de feto anencéfalo, à condição de autora de crime, o que seria tradução de uma

ADPF 54 / DF

sociedade ainda desigualadora. A sociedade será igualitária apenas quando “a mulher (...) se torna[r] mulher sob o olhar do homem, e o homem (...) se torna[rá] homem sob o olhar da mulher” (BEADVOIR, Simone. *O Segundo Sexo: a experiência vivida*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, vol. 2, p. 500).

Como anotam Rose Marie Muraro e Leonardo Boff, “a superação da ancestral guerra dos sexos e das políticas opressivas e repressivas dos gêneros se dá na mesma proporção em que introduzimos e praticamos a democracia participativa de baixo para cima, respeitadora das diferenças, cósmica e aberta a permanentes aperfeiçoamentos. Assim, o sonho civilizatório que emerge das lutas libertárias do gênero é o triunfo da democracia como valor. ... Todas as formas de antifeminismo antigas e modernas se baseiam nessa dominação do homem sobre a mulher. Suas expressões perpassam todos os níveis sociais, e até religiosos, como o cristianismo, constituindo o patriarcado como realidade histórico-social e como categoria analítica. Como categoria de análise, o patriarcado não pode ser entendido apenas como dominação binária macho-fêmea, mas como uma complexa estrutura política piramidal de dominação e hierarquização, estrutura estratificada por gênero, raça, classe, religião e outras formas de dominação de uma parte sobre a outra. Essa dominação plurifacetada construiu relações de gênero altamente conflitivas e desumanizadoras para o homem e principalmente para a mulher” (Feminino e Masculino - uma nova consciência para o encontro das diferenças. Rio de Janeiro: Sextante, 2002, 4ª ed., p. 279-280).

Sem esquecer a importância da medicina que assiste ao paciente, na busca da saúde do ser humano, a evolução do conhecimento médico, com diagnósticos cada vez mais precisos e exatos, não pode ser desconsiderada, sob pena de o Poder Judiciário desconhecer que o desenvolvimento científico e tecnológico é meio de melhorar as condições de vida e garantir sempre mais a saúde do ser humano. O que é prática libertadora, não havendo se cogitar de mais um instrumento de sofrimento, pois a gestante de feto anencéfalo passa a sofrer psicologicamente desde o instante da ciência da circunstância vivida, sem

ADPF 54 / DF

nada poder fazer.

3.10. Conclusão.

Segundo Edgard Morin, *"as idéias preconcebidas, as racionalizações com base em premissas arbitrárias, a autojustificação frenética, a incapacidade de se autocriticar, os raciocínios paranóicos, a arrogância, a recusa, o desprezo, a fabricação e a condenação de culpados são as causas e as conseqüências das piores incompreensões, oriundas tanto do egocentrismo quanto do etnocentrismo"* (Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro. São Paulo: Cortez, 6ª ed., 2002, p. 97).

E é de John Rawls a advertência de que,

"(...) em situações de dúvida social e perda de fé em valores há muito estabelecidos, existe uma tendência a recorrermos às virtudes da integridade: honestidade e sinceridade, lucidez e compromisso, ou como dizem alguns, autenticidade. Se ninguém sabe a verdade, pelo menos podemos construir as nossas crenças a nossa própria maneira, e não adotá-las como imposições de outros. Se as regras morais tradicionais deixaram de se aplicar e não podemos atingir um acordo sobre as que deveriam substituí-las, podemos, de qualquer forma, decidir com lucidez como desejamos agir, deixando de fingir que, de um modo ou de outro, isso já foi decidido e que devemos aceitar esta ou aquela autoridade. Ora, é óbvio que as virtudes da integridade são virtudes, e estão entre as qualidades máximas das pessoas livres. Porém, embora necessárias, elas não são suficientes; pois a sua definição permite quase qualquer conteúdo: um tirano pode manifestar em alto grau esses atributos, e fazendo isso exercer um certo encanto, sem se deixar iludir com pretextos políticos e desculpas de ocasião. É impossível construir uma visão moral apenas a partir dessas virtudes; sendo virtudes formais, elas são, em certo sentido, secundárias. Mas quando se juntam a uma concepção adequada da justiça, que permite a autonomia e a objetividade corretamente entendidas, elas recebem seu devido reconhecimento. A idéia da posição original e os princípios nela escolhidos mostram como se pode atingir tal

ADPF 54 / DF

resultado.

Concluindo, uma sociedade bem-organizada fortalece a autonomia das pessoas e encoraja a objetividade de seus juízos ponderados sobre a justiça" (ob. citada, p. 578-579).

É certo que, por inovadora, a questão judicialmente posta na presente arguição traz dificuldades. Mas é princípio constitucional o acesso à Justiça, afirmando-se em norma da Constituição da República que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*" (art. 5o., inc. XXXV), a exprimir a idéia do direito à obtenção de uma resposta judicial segundo os ditames garantidores da ética justa segundo positivado no sistema vigente.

Toda questão posta judicialmente à decisão haverá de ser examinada e resolvida de forma independente do problema moral e religioso. No caso dos autos, a ilicitude penal da prática – se a interpretação da norma penal conduzisse a tal conclusão - distancia-se do princípio da dignidade humana, constitucionalmente previsto, da liberdade, da igualdade e do direito à saúde.

O Poder Judiciário não tem motivo nem direito de postergar decisão sobre o tema posto. Conforme advertiu MAURO CAPPELLETTI, "*a demora excessiva é fonte de injustiça social porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode sem dano grave esperar uma justiça lenta*" (*El proceso como fenómeno social de masa. In: Proceso, ideologias, sociedade. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p. 133-134*).

A matéria versada nesta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental cuida de "*reivindicación que nos compele a buscar un significado propio para la maternidade; um significado a partir de los deseos y proyectos de cada mujer y no de las necesidades políticas de los gobiernos y de los gobernantes. Um significado en el que e1 centro fundamental sea La experiencia*

ADPF 54 / DF

vital de ia mujer que decide [continuar ou não a gestação de um anencéfalo] y no los intereses específicos. En este sentido, se deben rechazar todas las medidas tendientes a limitar la experiencia de la maternidad [de um anencefalo de forma] libre y responsable (...) sin tomar en cuenta estos deseos, anhelos y proyectos de vida” (DUARTE Y NORONA, Alicia Elena Pérez. ob. citada, p. 46).

Conforme assinala a Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto, Rebecca J. Cook, *"la ley es una fuerza, entre muchas otras, que puede influir en el bienestar reproductivo de la mujer. Es un instrumento que está tanto a disposición del libertador como del opresor. Una paradoja de la ley es que, debido a que interacciona con diferentes filosofías, puede poner de relieve que el pretendido libertador es un opresor. La utilización de la ley para proteger el bienestar individual puede negar la libertad de elección a los individuos que quieren arriesgar su bienestar en pro de una causa que perciban como mas inmediata, mas urgente o mas valiosa” (Leyes y políticas sobre el aborto: retos y oportunidades. Debate Feminista, México, ano 2, vol. 3, março/91, p. 126).*

A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é medida de proteção à saúde física e emocional da mulher, evitando-se transtornos psicológicos que sofreria se se visse obrigada a levar adiante gestação que sabe não ter chance de vida. Note-se que a interrupção da gestação é escolha, havendo de se respeitar, como é óbvio, também a opção daquela que prefere levar adiante e viver a experiência até o final.

Mas o respeito a esta escolha é o respeito ao princípio da dignidade humana.

Pela Constituição da República o direito à saúde abrange a proteção à maternidade. Ser mãe é dar à luz, permitir nascer uma nova vida, não deixar-se velar o ventre enquanto aguarda o dia do enterro do pequeno ser.

ADPF 54 / DF

Se para algumas mulheres esta é experiência a ser realizada, para outras é encargo que lhe supera as forças, fardo prejudicial à saúde mental e emocional.

A mulher gestante de feto anencéfalo vive angústia que não é partilhável, pelo que ao Estado não compete intervir vedando o que não é constitucionalmente admissível como proibido.

A questão não está no útero. Está na mente de cada pessoa. E o ser humano não é apenas corpo, menos ainda uma de suas partes. É um todo complexo.

]Quem não é livre para conhecer e viver o seu limite não o é para qualquer outra experiência. Quem não domina o seu corpo não é senhor de qualquer direito. Pelo que a escolha é direito da pessoa não atribuição do Estado.

Pelo exposto, voto no sentido de julgar procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental garantir à gestante, devidamente esclarecida e informada, o direito de manter ou interromper a gravidez de feto anencéfalo.

11/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS**
TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS
ADV.(A/S) : **LUÍS ROBERTO BARROSO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, meu voto é dividido em alguns tópicos - farei um resumo de alguns deles - mas é breve. Com o devido respeito pelas opiniões dos Colegas que já me antecederam, meu voto será em sentido contrário, já antecipo.

Na primeira parte, faço um breve relatório do que já se tratou nos autos até o presente momento; relato novamente que a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, pretende uma interpretação conforme a Constituição para que se permita o aborto dos fetos anencéfalos sem que haja a incidência da legislação penal; e digo que a autora sustenta que os artigos 124, 126, 128, I e II, do Código Penal atentam contra os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da autonomia da vontade e do direito à saúde, dentre outros.

No segundo tópico do meu voto, senhor Presidente, transcrevo esses dispositivos da lei penal vigente e, na sequência, assento o seguinte: (leitura do voto)

11/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI:

I – BREVE RELATÓRIO

Cuida-se de ação de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, com o fim de lograr *“interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado.”*

A CNTS sustenta, em suma, que a interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, que leva à proibição da antecipação do parto, por motivos terapêuticos, no caso de fetos anencefálicos, viola os preceitos fundamentais abrigados nos arts. 1º, IV (princípio dignidade da pessoa humana), 5º, II (princípios da legalidade e autonomia da vontade humana), 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Carta da República.

Alega, ainda, que a anencefalia corresponde a uma má-formação fetal, incompatível com a vida extra-uterina, que caracterizaria uma gravidez de risco, constituindo a antecipação do parto a única indicação terapêutica *“para o tratamento eficaz da paciente (a gestante) já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução”*.

O feito foi distribuído ao Ministro Marco Aurélio, que deferiu o pedido de liminar requerido pela autora, tendo o Plenário desta Suprema

ADPF 54 / DF

Corte cassado a sua decisão monocrática, por considerá-la satisfativa, em razão da irreversibilidade dos procedimentos médico deles decorrentes.

O parecer do Procurador-Geral da República à época, Claudio Fonteles, foi pela improcedência da ação.

II – DA LEGISLAÇÃO PENAL VIGENTE

Transcrevo abaixo, para melhor compreensão da matéria, os dispositivos do Código Penal cuja interpretação conforme a Constituição a autora requer:

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

Pena – detenção, de um a três anos.

(...)

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

Pena – reclusão de um a quatro anos.

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

(...)

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

Como se vê, o objeto jurídico dos citados preceitos da legislação penal vigente, quer dizer, os bens ou valores que o legislador pretendeu preservar são de duas ordens: de um lado, a vida do nascituro; de outro, em especial no abortamento provocado por terceiro, a vida e a

ADPF 54 / DF

incolumidade física e psíquica da gestante.¹

O art. 124 do Código Penal abriga duas figuras típicas: na primeira parte do dispositivo, o aborto cometido pela própria gestante, também denominado de autoaborto; na outra, a morte do feto provocada com o consentimento desta, ou seja, permitindo que outra pessoa pratique o aborto.

Na segunda figura, em que há o consentimento da gestante, o crime é duplo. A gestante é enquadrada no art. 124, ao passo que aquele que executa os atos materiais do aborto incide nas penas do art. 126, as quais são mais graves do que as do dispositivo anterior.²

O legislador infraconstitucional, todavia, isentou de pena, em caráter excepcional, o aborto, desde que praticado por médico, em duas únicas hipóteses, taxativamente definidas: no chamado “aborto necessário” e no denominado “aborto sentimental”, caracterizados, respectivamente, nos incs. I e II do art. 128 do *Codex* repressivo.

O primeiro, também conhecido como “terapêutico”, materializa-se quando “*não há outro meio de salvar a vida da gestante*”. Já o segundo, evidencia-se quando a gravidez resultar de estupro praticado com violência, real ou presumida.

Celso Delmanto e outros renomados criminalistas, estudando o aborto necessário ou terapêutico, embora tecendo críticas ao instituto, reconhecem que ele “*não legitima o chamado aborto eugenésico, ainda que seja provável ou até mesmo certo que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável*”.³ Em outras palavras, o legislador, de modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da

1 DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 268.

2 *Idem*, p. 269.

3 *Idem*, *ibidem*, grifos meus.

ADPF 54 / DF

interrupção da gravidez nessas situações. Quer dizer, considerou penalmente imputável o abortamento induzido de um feto mal formado.

E não se diga que à época da promulgação do Código Penal ou de sua reforma, levadas a efeito, respectivamente, por meio do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e da Lei 7.209, de 11 de junho de 1984, não existiam métodos científicos para detectar eventual degeneração fetal. Como se sabe, os diagnósticos de deformidades ou patologias fetais, realizados mediante as mais distintas técnicas, a começar do exame do líquido amniótico, já se encontram de longa data à disposição da Medicina.⁴

Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados.

III – DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Data da Antiguidade Clássica a discussão epistemológica sobre a possibilidade do conhecimento da realidade circundante, isto é, do mundo fenomenológico. Xenófanos, por exemplo, prenunciando o ceticismo que caracterizaria o Iluminismo Grego, cujo clímax se deu em Atenas, no século V a. C., deixou-nos, a propósito, a seguinte observação: *“A verdade certa, homem nenhum conheceu, nem conhecerá”*.⁵ Em que pesem,

⁴ Bsc.gwu.edu/mfmu/history.pdf. Acesso em 10 de abril de 2012.

⁵ Apud TARNAS. Richard. *A epopéia do pensamento ocidental: para compreender as ideias*

ADPF 54 / DF

contudo, as múltiplas divergências gnosiológicas, todas as correntes filosóficas que se debruçaram sobre o tema concluíram que conhecer o real implica interpretá-lo de alguma maneira.

A compreensão dos textos escritos, de um modo geral, incluída a dos livros sagrados e diplomas normativos, também exige um esforço hermenêutico daqueles que pretendem desvendar o seu exato sentido.

No caso dos textos legais, raramente a *mens legis* se revela de imediato. Com efeito, na maior parte das vezes, o preciso significado de um preceito jurídico só pode ser alcançado mediante um esforço exegético que exige a combinação de vários métodos hermenêuticos: o gramatical, o sistemático, o histórico, o teleológico, dentre outros.

Não bastasse isso, as normas legais ordinárias - tendo em conta o postulado da supremacia da Constituição, da qual nos fala Hans Kelsen⁶ - devem ser ainda confrontadas com os princípios e regras nela abrigados, pois dela é aquelas retiram sua validade, tal como o gigante mítico Antão hauria da mãe Gaia a prodigiosa força que exibia. Por essa razão é que, mediante o controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso - este último realizado sempre em face de um caso concreto - torna-se possível extirpar do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo que esteja em desconformidade com o Texto Magno.

Dado, porém, o princípio básico da conservação das normas - que deriva da presunção de constitucionalidade destas - é possível ou, melhor, desejável, desde que respeitados seus fins, conferir-lhes uma interpretação conforme a Lei Maior, sem declará-las inconstitucionais. Essa é precisamente a lição de Konrad Hesse, para o qual "*uma lei não deve ser considerada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com*

que moldaram nossa visão de mundo. 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 39.

6 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 102.

ADPF 54 / DF

a Constituição".⁷

Isso porque, como explica Uadi Lammêgo Bulos, esse método de interpretação funda-se na "lógica do razoável", cogitada por Chaim Perelman, de acordo com a qual se deve presumir a obediência do legislador aos ditames constitucionais, sem, contudo, deixar-se de lado, ao interpretar a lei, as questões políticas, econômicas e sociais correspondentes ao contexto fático sobre as quais as normas da Constituição incidem.⁸

Com efeito, segundo assenta Paulo Bonavides, é de presumir-se, "da parte do legislador, como uma constante ou regra, a vontade de respeitar a Constituição, a disposição de não infringi-la".⁹ Daí porque "o método é relevante para o controle da constitucionalidade das leis e seu emprego dentro de razoáveis limites representa, em face dos demais instrumentos interpretativos, uma das mais seguras alternativas de que pode dispor o aparelho judicial para evitar a declaração de nulidade das leis".¹⁰

Em resumo, a interpretação conforme a Constituição configura método preferível à pura e simples declaração de inconstitucionalidade, quando mais não seja em homenagem à vontade soberana do legislador.

IV – DOS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONFORME

Cumprir registrar, por oportuno, que a tarefa dos exegetas, não raro, esbarra em limites objetivos, em obstáculos insuperáveis, representados

7 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998, pp. 71-72.

8 BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54.

9 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 519.

10 *Idem*, p. 524.

ADPF 54 / DF

pela univocidade das palavras, os quais impedem que, em linguagem popular, “se dê o dito pelo não dito” ou vice versa.

Nessa linha de raciocínio, a tão criticada - e de há muito superada - Escola da Exegese, que pontificou na França no século XIX, na esteira da edição do Código Civil Napoleônico, legou-nos uma assertiva de difícil, senão impossível, contestação: *In claris cessat interpretatio*. Ou seja, quando a lei é clara não há espaço para a interpretação.¹¹

Impende ressaltar, ademais, naquilo que interessa para a presente discussão, que a técnica de interpretação conforme a Constituição, embora legítima e desejável, dentro de determinadas circunstâncias, defronta-se com duas barreiras intransponíveis, quais sejam: de um lado, não é dado ao hermenauta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele.

É que, como explica Luís Roberto Barroso, o postulado da independência e harmonia entre os Poderes, “ao lado do princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, um e outro atuam como mecanismos de autolimitação Poder Judiciário (judicial self-restraint)”.¹² E enfatiza: “Deveras, foi ao Poder Legislativo, que tem o batismo da representação popular e não o Judiciário, que a Constituição conferiu a função de criar o direito positivo e reger as relações sociais”.¹³

Na sequência, o citado constitucionalista, apoiado na lição de Gomes Canotilho, repisa que essa técnica hermenêutica “só é legítima quando existe um espaço de decisão”, não se admitindo jamais uma exegese contra

11 V. SICHES, Recaséns Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 3ª ed. México: Porrúa, 1980, pp. 199 e segs.

12 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 192.

13 Idem, loc. cit.

ADPF 54 / DF

*legem.*¹⁴

Nessa mesma direção, o já mencionado Paulo Bonavides, forte no magistério da Corte Constitucional alemã, adverte “*que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco, não deve nunca dar-lhe sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição*”. Logo depois acrescenta: “*Não deve por consequência esse método servir para alterar conteúdos normativos, pois ‘isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional’ (Das ist Sache des Gesetzgebers, nicht des BVerfG)*” .¹⁵

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora - função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno.

Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo *mister* trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional.

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.

14 Idem, loc. cit.

15 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pp. 520-521.

ADPF 54 / DF

Não se ignora que o tema do aborto é extremamente controvertido, tanto aqui como alhures, tendo despertado as mais vivas discussões no mundo civilizado. Em alguns países, esse palpitante assunto é submetido a consultas populares; em outros, quando há espaço para tanto, é objeto de pronunciamentos judiciais, não raro sujeitos a intensas controvérsias.

Interessantemente, tanto os que são favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez, quanto os que são contrários a ela invocam, em abono das respectivas posições, de modo enfático, o princípio da dignidade humana.

Esse debate, como não poderia deixar de ser, também alcançou o nosso Parlamento, o qual se encontra profundamente dividido, refletindo, aliás, a abissal cisão da própria sociedade brasileira em torno da matéria. Os congressistas, favoráveis e contrários ao aborto, têm entretido apaixonadas polêmicas, sendo certo que os representantes do povo, até o momento, não chegaram ainda a uma solução de consenso. Por essa razão continua em vigor o claríssimo texto da legislação penal que, como visto, não admite, em nenhuma circunstância, o aborto eugênico.

A temática, com efeito, reveste-se de extrema complexidade, não só do ponto de vista jurídico, como também ético e até mesmo científico. É que, além de envolver o princípio fundamental da proteção à vida, consagrado em nossa Constituição (art. 5º, *caput*), e em diversos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, a começar da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 4,1), uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina. Convém lembrar que a Organização Mundial de Saúde, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10), em especial em seu Capítulo XVII, intitulado Malformações Congênicas, Deformidades e

ADPF 54 / DF

Anomalias Cromossômicas, arrola dezenas patologias fetais em que as chances de sobrevivência dos seres gestados após uma gravidez tempestiva ou temporã são nulas ou muito pequenas.¹⁶

Nessa linha, o Doutor Rodolfo Acatuassú Nunes, Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, na Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal sobre o tema, assentou o seguinte:

“A anencefalia é ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, mas certamente não é a única; existem outras: acardia, agenedia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, ostogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15, trissomia do cromossomo 18. São todas afecções congênicas letais, listadas como afecções que exigirão de seus pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte.

Por que foi escolhida a anencefalia para provocar-se a antecipação da morte, ainda no ventre materno, não se esperando o nascimento natural?

Em primeiro lugar, a anencefalia é um termo que induz ao erro. Há uma grande desinformação, que faz prevalecer e difundir a ideia de que a anencefalia significa ausência do encéfalo. Na realidade, anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo. O nome mais correto para anencefalia seria ‘meroencefalia’, já que ‘mero’ significa ‘parte’.”¹⁷

É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida

¹⁶ Who.int/classifications/icd/ Acesso em 10 de abril de 2010.

¹⁷ Transcrição de trecho da Audiência Pública realizada no STF, p. 34 dos autos.

ADPF 54 / DF

intra ou extra-uterina.

Insista-se: sem lei devidamente aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas.

Não se olvide, de resto, que existem vários diplomas infraconstitucionais em vigor no País que resguardam a vida intra-uterina, com destaque para o Código Civil, o qual, em seu art. 2º, estabelece que *“a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”*. Ou seja, mesmo que se liberasse genericamente o aborto de fetos anencéfalos, por meio de uma decisão prolatada nesta ADPF, ainda assim remanesceriam hígidos outros textos normativos que defendem os nascituros, os quais, por coerência, também teriam de ser havidos como inconstitucionais, quiçá mediante a técnica do arrastamento, ou, então, merecer uma interpretação conforme a Constituição, de modo evitar lacunas no ordenamento jurídico no tocante à proteção legal de fetos que possam vir a ter sua existência abreviada em virtude de portarem alguma patologia.

Importa trazer a lume, ainda, a Portaria nº 487, de 2 de março de 2007, do Ministério da Saúde, que reflete a preocupação das autoridades médicas com o sofrimento dos fetos anencéfalos, os quais, não obstante sejam dotados de um sistema nervoso central incompleto, comprovadamente sentem dor e reagem a estímulos externos.

O citado diploma normativo, fazendo alusão ao consenso obtido no Seminário para a Discussão sobre Anencefalia e Doação de Órgãos, realizado pela Secretaria de Atenção à Saúde, do Ministério da Saúde, em 24 de novembro de maio de 2006, integrado pelo Coordenador-Geral do Sistema Nacional de Transplantes, representantes da Academia Brasileira

ADPF 54 / DF

de Neurologia, da Sociedade Brasileira de Pediatria, do Conselho Federal de Medicina, da Ordem dos Advogados do Brasil, da Procuradoria Regional da República, da Associação Brasileira de Transplantes de órgãos, da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, e considerando, em seu preâmbulo, que *“o respeito à dignidade humana prevista no inciso III do art. 3º da Constituição Federal implica que toda a pessoa humana, indistintamente, deve ser tratada como um fim em si mesma”*, assenta, em seu art. 1º que a *“retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível”*, sob pena de enquadramento dos transgressores dessa determinação nas cominações previstas nos arts. 14, 16 e 17 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

V – DOS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO

Cumprido destacar, ademais - até para demonstrar que o Congresso Nacional não está alheio à problemática -, que se encontram sob o crivo dos parlamentares pelo menos dois projetos de lei objetivando normatizar o assunto.

Ambos revelam a complexidade do tema, sobretudo a dificuldade envolvida no regramento de seus distintos aspectos técnicos, jurídicos e científicos, os quais, por isso mesmo, são insuscetíveis de disciplina judicial.

Um deles, o PL nº 4403/2994, de autoria da Deputada Jandira Feghali, que acrescenta um inciso ao art. 128 do Código Penal para, segundo a ementa, *“isentar de pena a prática de ‘aborto terapêutico’ em caso de anomalia do feto, incluindo o feto anencéfalo, que implique a impossibilidade de vida extrauterina”*, acha-se em tramitação na Câmara dos Deputados.

ADPF 54 / DF

O outro, a saber, o PL nº 50, de iniciativa do Senador Mozarildo Cavalcanti, também inclui um inciso no citado dispositivo do *Codex Repressivo*, com a seguinte redação:

“Art. 128.

(...)

III – se o feto apresenta anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

A propositura do Senador Mozarildo recebeu parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa da Câmara Alta, subscrito pela Senadora Marinor Brito, que contém, dentre outras, as ponderações abaixo resumidas.

A mencionada Senadora, após tecer considerações sobre a relevância do assunto, revela que tramitavam originalmente dois projetos de lei na Câmara Alta com o objetivo de afastar a punibilidade da interrupção voluntária da gravidez nos casos de anencefalia fetal: um do Senador Duciomar Costa, de nº 183, e outro do Senador Mozarildo, de nº 227, ambos datados de 2004. O primeiro foi retirado pelo próprio autor, um mês depois de sua apresentação. O segundo permaneceu inerte por cerca de meia década, sem jamais ter sido apreciado por uma única comissão, até que foi arquivado no final da última Legislatura.

A Senadora Marinor destaca, ainda, que o Senador Mozarildo, convicto da importância do tema, reapresentou o mesmo projeto de lei, em 2011, o qual recebeu o nº 50, como já observado. Submetido à crítica de seus pares, foi objeto de reparos por parte do Senador Edison Lobão, que, em seu relatório, assentou o seguinte:

“(...) a referida propositura não detalha os requisitos de validade do diagnóstico e do consentimento da gestante. Entendemos, por força do mais elevado comando de segurança jurídica: a) que o diagnóstico

ADPF 54 / DF

deve ser subscrito por dois outros médicos (que não participem, portanto, do procedimento cirúrgico de interrupção da gravidez); b) que as técnicas de diagnóstico da anencefalia sejam reguladas pelo Conselho Federal de Medicina, de modo a uniformizar os procedimentos de investigação da referida anomalia; c) que a manifestação do consentimento da gestante ou de seu representante legal deve ser feita por escrito, para evitar, assim, qualquer tipo de dúvida ou questionamento” (grifos no original).

Em razão da opinião supra, a Senadora Marinor manifestou-se pela aprovação do PL nº 50/2011, ofertando, todavia, uma emenda substitutiva com o seguinte teor:

“Art. 128.

(...)

III – se o feto apresenta anencefalia, diagnosticada por dois médicos que não integrem a equipe responsável pela realização do aborto, e o procedimento é precedido de consentimento por escrito da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso III, o diagnóstico de anencefalia atenderá aos critérios técnicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

Cumprе sublinhar que essa propositura, a qual busca estabelecer requisitos mínimos para que o aborto voluntário de fetos anencéfalos seja isento de punição – tarefa, seja-me permitido insistir, totalmente estranha à competência de uma Corte Constitucional -, continua sob a soberana apreciação das duas Casas que compõem o Congresso Nacional.

VI – DA PARTE DISPOSITIVA

Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte

ADPF 54 / DF

elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto eugênico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, **julgo improcedente o pedido.**



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE -
CNTS

ADV.(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia, e o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que julgava improcedente o pedido, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela requerente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 11.04.2012.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/Luiz Tomimatsu
Secretário

12/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Senhor Presidente, Senhores Ministros, Senhor Procurador-Geral da República, Senhores Advogados, demais pessoas presentes.

Cuida-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental, aparelhada com requerimento de medida liminar - já vencemos essa fase -, ajuizada pela Confederação dos Trabalhadores na Saúde e que postula o emprego da “interpretação conforme à Constituição” ao conjunto normativo dos artigos 124, 126, **caput**, e 128, inciso II, do Código Penal. Eu cito o Código Penal, mas vou me permitir a dispensa da leitura dos pertinentes dispositivos, porque todos eles já foram lidos na íntegra, na sessão de ontem.

Esse bloco normativo penal é que se afigura à acionante como portador de mais de um entendimento quanto ao respectivo conteúdo e alcance, sendo que um deles é tido por manifestamente contrário “ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais à liberdade e à saúde da gestante”. (Constituição Federal: artigos 1º, 4º, 5º, inciso II, 6º, **caput**, e 192)

Em última análise, o que se pede, quanto ao mérito, é o reconhecimento da autonomia de vontade da mulher gestante possa decidir sobre a interrupção de sua gestação, quando lhe parecer que essa gestação não passa de um arremedo de gravidez, pela antecipada certeza da frustração do processo em que ela própria, a gravidez ou a gestação, consiste. É esse focado entendimento que a autora tem como penalmente atípico ou não caracterizador de aborto.

O que tenciona a autora, portanto, é provocar o pronunciamento

ADPF 54 / DF

formal deste excelso Tribunal quanto à precisa configuração jurídica do ato de interromper, por vontade própria, uma gravidez do tipo anencéfalo; isto é, gravidez reportante a feto ou organismo que se resente da falta parcial ou total do encéfalo. Mais tecnicamente: feto desprovido dos hemisférios cerebrais, que são a parte vital do cérebro, consoante definição que se lê no bojo da Resolução 1.752, de 2004 do Conselho Federal de Medicina, publicada no Diário Oficial da União, de 13 de setembro de 2004. E o fato é que, sem a parte vital do cérebro, o ser em gestação não tem como escapar de uma fatal “parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto”. Eu estou citando, agora, o primeiro dos *consideranda* da resolução em foco.

A Procuradoria-Geral da República fez o seu doutíssimo pronunciamento pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, mediante a técnica de interpretação conforme aquele dispositivo que comporta interpretação conducente à criminalização desse tipo de interrupção de gravidez.

O que me incumbe, agora, Senhor Presidente, é remarcar o fato de que a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental passa pelo antecipado enfrentamento da questão de ordem que a própria Procuradoria-Geral da República suscitou: a questão de saber se procede ou não procede a alegação preliminar de que a ADPF carece do pressuposto lógico da existência de um conjunto normativo penal suscetível de “interpretação conforme”.

Ontem, o douto voto do Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que não cabe aqui a técnica da interpretação conforme, pela univocidade de entendimento de todo esse conjunto normativo penal; univocidade que se traduz na criminalização e apenamento de toda prática abortiva que não as expressamente ressalvadas pelos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal. Gravidez que venha a colocar a gestante em sério risco de vida, portanto, legitimadora do chamado aborto terapêutico, ou que seja resultante de estupro; seria um aborto mais do tipo justificado por sentimentalismo, por solidariedade com a situação de violência suportada pela gestante, com o que o voto do Ministro Ricardo

ADPF 54 / DF

Lewandowski coincide, às inteiras, com a interpretação da Procuradoria-Geral da República quando da propositura da ADPF.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Ayres Britto, permita-me dizer que eu, claro, além de fazer essa consideração de natureza formal, teci outras de natureza substantiva também, avançando, inclusive, no mérito. Não me limitei apenas a esse aspecto. Só para que fique registrado.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Exatamente, no substancioso voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Muito obrigado.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Bem, já avançando, digo que o conjunto normativo penal que apõe na voluntária interrupção da gravidez a tarja da delitividade – sobre duas específicas excludentes de apenação – exprime um querer legislado que se me afigura um ato do poder público:

(a) de base polissêmica ou significativamente plural;

(b) teoricamente apto a fundamentar decisões judiciais contrárias à defesa dos valores constitucionais que a autora teve em mira preservar;

(c) regulador de matéria – essa matéria da anencefalia fetal – permanentemente aberta aos mais acirrados conflitos de opinião; conflitos tanto jurídico-penais e constitucionais quanto filosóficos e religiosos, além de médicos, evidentemente. De modo a deflagrar a incidência do inciso I do parágrafo único da Lei nº 9.829/1999, assim redigido:

“Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição”.

Atento-me ao que mais interessa – que é a polissemia ou pluralidade significativa dos dispositivos penais *in causa* –, entendo que três acepções, ou representações mentais, ou conteúdos semânticos são passíveis de extração dos signos linguísticos em que se vaza o discurso legal. São três

ADPF 54 / DF

defensáveis significações, ressaídas – torno a falar – dos próprios textos normativos em causa, disse bem a Procuradoria-Geral da República, ainda ontem, pelo Procurador que nos assiste, Doutor Roberto Gurgel. Ou seja, são significações ressaídas tão-só da estrutura de linguagem de cada qual dos enunciados interpretados, e isso segundo os combinados métodos de compreensibilidade que são próprios da hermenêutica do Direito e, todos nós sabemos, os métodos filológico, lógico, teleológico e histórico, todos eles a incidir sobre o dispositivo objeto, sobre o dispositivo alvo em si mesmo, isoladamente, portanto. Assim como o método sistemático, esse já operante pela inserção do texto alvo no conjunto da lei ou do seguimento legal de que ele faça parte; panoramicamente, portanto.

Essas três compreensões de um mesmo grupo de dispositivos legais partem, no entanto, de um consenso quanto à definição prosaica, coloquial, do aborto. O aborto é uma realidade do mundo do ser, e claro que objeto – disse muito bem no magnífico voto ontem proferido pelo Ministro Marco Aurélio – transplantado para o mundo do dever-ser jurídico enquanto conteúdo específico no bloco normativo penal que estou a comentar. Mas, prosaicamente, o aborto tem esta definição: é expulsão provocada ou consentida do produto da concepção, com o propósito de obstar, de impedir que ele venha ter qualquer possibilidade de vida extrauterina. Por isso que aqui eu citei o verbete constante da Enciclopédia e Dicionário Koogan Houaiss, editora Guanabara, Rio de Janeiro, cito a página, ano de 1994. E, dando por assentado esse prosaico entendimento do aborto enquanto empírico fazer ou agir, eu vou dedicar as próximas considerações à exposição das três mencionadas interpretações jurídicas.

A primeira interpretação do conjunto normativo penal em foco é a de que a antecipação terapêutica do feto anencéfalo é crime. É a interpretação do autor da ADPF. É crime antecipar, ainda que terapêuticamente, a gravidez de feto anencéfalo, de modo a inviabilizar a formação do respectivo ciclo biológico. Basta o fato em si da intencional cessação da gravidez, com o fito de destruir o ser que lhe serve de

ADPF 54 / DF

objeto, para que a regra legal da apenação passe a incidir. Noutros termos – essa é a tese do autor da ADPF –, para que a regra legal da apenação passe a incidir é suficiente – para a produção dos específicos efeitos da lei, da criminalização do aborto – a conduta provocada ou consentida, com intuito de impedir que um feto venha a concluir todo o ciclo da sua humana formação. O que implica reconhecer que a lei penal proíbe a intencional contramarcha nos processos intrauterinos que fazem do fruto da concepção um ser em paulatino avanço para um momento de vida já ocorrente do lado de fora do feminino ventre. Concepção que é a pedra de toque da questão, sob o fundamento de hospedar-se na concepção o próprio início de toda a vida humana, embora em estado latente.

Aqui interrompo só para lembrar o seguinte: à luz da Constituição – a Ministra Cármen Lúcia ontem teceu considerações próximas das que vou dizer – não há definição do início de vida, assim, também, à luz do Código Penal. Eu até me permito dizer que é meio estranho criminalizar o aborto, a interrupção de uma gravidez humana, sem a definição de quando começa, de quando se inicia essa vida humana. Parece que o próprio Código Penal padece de um *deficit* de logicidade, de uma insuficiência conceitual: não define quando se inicia a vida humana. A Constituição também não.

Eu mesmo tive a oportunidade de enfatizar, quando da primeira oportunidade em que discutimos o tema: sobre o início da vida, a Constituição é de um silêncio de morte; ou seja, nada diz. E, nos anais da Assembleia Nacional Constituinte, houve uma proposta de definir o início da vida na Constituição, mas foi rejeitada. Então, a Constituição não diz quando se inicia a vida. É claro que toda a vida humana começa com a fecundação de um óvulo para a formação do que se tem chamado de zigoto, que é o embrião dos primeiros cinco dias para alguns, dos primeiros quatorze dias para outros. Não há vida humana que não se inicie por essa fecundação, pela irrupção do zigoto como resultado da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Mas não é possível confundir embrião de vida humana com vida humana embrionária. O zigoto ainda não é uma vida humana embrionária, é

ADPF 54 / DF

apenas um embrião de vida humana, pois somente se torna vida humana embrionária depois de passar por uma metamorfose, e essa metamorfose constitutiva da vida humana não se dá fora do útero, porque o embrião, cientificamente, não é autoconstitutivo. A constitutividade vital do embrião está nessa entidade mágica chamada útero. É nesse ponto que a mulher se assemelha, para quem acredita em Deus, ao próprio Deus, porque somente ela pode gerar dentro de si uma criatura verdadeiramente humana. Ela, enquanto criadora, e o produto da concepção, depois de uma certa metamorfose, como criatura igualmente humana.

Bem, a segunda intelecção do mesmo conjunto normativo penal é mais discursivamente sutil. Foi a perfilhada pelo Ministro Marco Aurélio, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, pela Ministra Rosa Weber, pelo Ministro Joaquim Barbosa e pela Ministra Cármen Lúcia: inexistente o crime de aborto naquelas específicas situações de voluntária interrupção de uma gravidez que tenha por objeto um “natimorto cerebral”. Um ser padecente de inviabilidade vital. Expressões, aliás, figurantes da Resolução nº 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina. Expressões ali empregadas no plural para os casos de anencefalia fetal.

Quero dizer: o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação desse organismo, que ali se desenvolve, numa pessoa humana em sentido biográfico. Se o produto da concepção não se traduzir em um ser a meio do caminho do humano, mas, isto sim, em um ser que, de alguma forma, parou a meio caminho do ciclo, do próprio ciclo do humano; ou seja, não há uma vida a caminho de uma outra vida estalando de nova. O que existe é um organismo incontornavelmente empacado ou sem nenhuma possibilidade de sobrevivida por lhe faltar as características todas da espécie humana.

Metaforicamente, o feto anencéfalo é uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta porque não alçará voo jamais. O que já importa proclamar que se a gravidez “é destinada ao nada” – a figuração é do Ministro Sepúlveda Pertence –, sua voluntária interrupção é penalmente atípica, já não corresponde a um fato-tipo legal,

ADPF 54 / DF

pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana *in fieri*, donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer. Equivale a dizer: o desfazimento da gravidez anencéfala só é aborto em linguagem simplesmente coloquial, assim usada como representação de um fato situado no mundo do ser – kelsenianamente falando. Não é aborto, contudo, em linguagem depuradamente jurídica – também ressaltou a Ministra Rosa Weber –, por não corresponder a um fato alojado no mundo do dever-ser em que o Direito consiste.

Na Enciclopédia e Dicionário Koogan Houaiss, página 52, a anencefalia é definida como um fenômeno teratológico, ou “monstruosidade caracterizada pela ausência de cérebro”. O que faz o fiel da balança em que se pesam contrapostos valores pender para o lado da gestante, na aceção de que ela já não está obrigada a levar adiante uma gravidez tão-somente comprometida com o pior dos malogros quando do culminante instante do parto.

Para essa tese, perfilhada pelo Ministro Marco Aurélio e pelos eminentes Ministros que seguiram Sua Excelência, me parece que é válido dizer: se todo aborto é uma interrupção de gravidez, nem toda interrupção de gravidez é um aborto. Vou repetir: se todo aborto é uma interrupção voluntária de gravidez, nem toda interrupção voluntária de gravidez é aborto, para os fins penais.

Ajunte-se que essa particularizada compreensão das coisas tem a respaldá-la a própria associação que o artigo 3º da Lei Federal nº 9.434/97 faz entre morte encefálica e cessação da vida humana. A primeira, morte encefálica, a servir de critério para a legitimação do transplante *post mortem* de tecidos e partes do corpo humano.

O Professor Luís Roberto Barroso, ontem, da tribuna, com a fulgurância de sempre, bem fez esse paralelo entre morte encefálica como algo consequente a uma vida pós parto e a uma situação factual que não

ADPF 54 / DF

chega à formação do cérebro. Vale dizer, o feto anencéfalo nem pode ser chamado de deficiente; não pode ser chamado de deficiente físico, porque vai lhe faltar a própria calota craniana. Vai portar consigo um vazio onde deveria estar o cérebro com sua funcionalidade neural, mas não se pode dizer que seja um doente mental, porque ele não tem nem mente. A mente é um dos hemisférios do cérebro; o feto anencéfalo não tem mente e não tem cérebro. O cérebro, segundo a neurociência e a física quântica, é binário, como tudo o mais na vida; tudo é dual, tudo se nos dá em dicotomias, em dualismos: o perto e o longe, o claro e o escuro, o largo e o estreito, a alegria e a tristeza, o amor e o ódio, o pensamento e o sentimento, o concreto e o abstrato; tudo. Por isso que o cérebro também tem dois hemisférios, basicamente: o hemisfério esquerdo é chamado de mente. Antigamente, mente era sinônimo de cérebro, depois da física quântica e da neurociência, não, o cérebro é mais do que a mente. A mente é sinônimo de pensamento, é aquele *locus* do cérebro responsável pela produção de um tipo de energia que todos conhecem, responsável pelas ideias, pelos conceitos, pelos silogismos, pelas teorias, pelos sistemas, pelos teoremas, pelas equações matemáticas, físicas e tantas outras abstrações a que estamos habilitados a fazer por efeito de nossa razão. E se o anencéfalo é desprovido de mente, esse hemisfério esquerdo do cérebro, também é desprovido do hemisfério direito, que é a sede do sentimento enquanto inteligência emocional. Lado direito, do sentimento, produtor de energias a que podemos chamar de intuição, de imaginação, de contemplação, de percepção instantânea das coisas, que não se confunde com reflexão – são os *insights* –, inovação, essa coragem para sair do lugar comum e partir para o castamente novo, virginalmente novo. Esse tipo de energia não é produzida senão pelo lado direito do cérebro, de cuja falta se ressentem o anencéfalo. E se o anencéfalo não tem o lado direito nem o lado esquerdo do cérebro, inteligência emocional do lado direito, inteligência intelectual ou cartesiana ou racional ou lógica do lado esquerdo, ele não tem como, pela combinação dos dois hemisférios, partejar o que podemos chamar de rebento da consciência, que já é um *tertium genus*, uma terceira realidade neural, inconfundível com as

ADPF 54 / DF

primárias realidades neurais do sentimento e do pensamento.

Muito bem. E o Professor Luís Roberto Barroso, fazendo essa associação do artigo 3º da Lei nº 9.434/97 entre morte encefálica e cessação da vida humana; diz:

"A morte encefálica, a servir de critério para a legitimação do transplante **post mortem** de tecidos ou partes do corpo humano".

Como se conclui deste literal comando, comando da lei, "a retirada **post mortem** de tecidos ou partes do corpo humano, destinados a transplante ou tratamento, deverá ser precedida de morte encefálica constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante – Ministro Marco Aurélio se referiu a essa parte –, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho de Medicina".

Associação conceitual, que seguramente inspirou o Egrégio Conselho Federal de Medicina a dispor :

"Para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica."

Parto para o segundo *considerandum*: isto para o mesmo fim de transplante de órgãos e/ou tecidos de anencéfalo, consoante a seguinte legenda. E aí transcrevo o texto normativo do Conselho Federal de Medicina.

Agora, a terceira informação a que se prestam os artigos 124 e 126, assim como os incisos I e II do artigo 128, todos do Código Penal, exprime-se no juízo de quê? E aí me parece que foi o pedido alternativo que nos fez, em sustentação oral e em memorial que nos foi entregue, o eminente professor Luis Roberto Barroso.

A antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo é fato típico por argumentação, *ad argumentandum*, é aborto, sim, mas não configura prática penalmente cabível. Se se partir para essa segunda tese, que não é a do professor, ainda assim não configura prática penalmente cabível,

ADPF 54 / DF

pois se a razão fundamental desse tipo de despenalização reside na consideração final de que o abalo psíquico e a dor moral da gestante são bem jurídicos a tutelar para além da potencialidade vital do feto, essa mesma fundamental e definitiva razão pode se fazer presente na gestação anencéfala; aliás, pode se fazer presente com a força ainda maior de convencimento, se considerados os aspectos de que o feto anencéfalo dificulta sobremodo a gravidez e nem sequer tem a possibilidade de viver extrauterinamente senão para se debater nos estertores que são próprios daqueles que já com morte cerebral comprovada, se veem desligados dos aparelhos hospitalares que lhes davam uma aparência de vida, donde o mais que justificado emprego do brocardo latino *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*, a se traduzir na fórmula de que, onde exista a mesma razão decisiva prevalece a mesma regra de direito.

Eu estou dizendo também, aqui, em nota de rodapé, além do ineliminável resultado morte, incontornável resultado morte, importa notar que a gestação da espécie anencéfala costuma acarretar maiores incômodos e delicadas reações psicossomáticas para a gestante, disse ontem a Ministra Rosa Weber, até com detalhes, como se conclui da simples e direta leitura desta opinião do conhecidíssimo médico José Aristodemo Pinotti falando sobre o risco elevado da gravidez da espécie:

“As gestações de anencéfalos causam com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrânio, excesso de líquido amniótico, levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado.”

E eu cito a fonte.

Noutro modo de dizer as coisas, o estupro é para sociedade em geral e para o Direito em especial – já que é uma das excludentes de punibilidade –, uma ação humana da maior violência contra a autonomia de vontade do ser feminino que o sofre, uma aberração, uma hediondez. O estupro é o instante da mais aterradora experiência sexual para a mulher, projetando-se no tempo como uma carga traumática talvez nunca superável, principalmente se resultar em gravidez da vítima, pois o fato é

ADPF 54 / DF

que seu eventual resultado em gravidez tende mesmo a acarretar para a gestante um permanente retorno mental à ignomínia do ato em que foi brutalizada. Uma condenação do tipo *ad perpetuam rei memoriam*, (para a perpétua memória da coisa), no sentido de que a imposição do estado de gravidez em si, e depois a própria convivência com o ser originário do mais indesejado conúbio, podem significar para vítima do estupro uma tão perturbadora quanto permanente situação de tortura. Daí que vedar à gestante a opção pelo aborto caracteriza um modo cruel de ignorar sentimentos que, somatizados, tem a força de derruir qualquer feminino estado de saúde física, psíquica e moral, aqui embutida a perda ou a sensível diminuição da autoestima. Sentimentos, então, que se põem na própria linha de partida do princípio da dignidade da pessoa humana, que é um princípio de valiosidade universal para o direito penal dos povos civilizados, independentemente de sua matriz também de direito constitucional. E que ainda exhibe uma vertente feminina que mais e mais se orienta pela máxima de que "o grau de civilização de uma sociedade se mede pelo grau de liberdade da mulher". Sentença oracular de Charles Fourier.

Foi nesse momento que, na penúltima assentada, eu pude dizer que se os homens engravidassem, a autorização, a qualquer tempo, para a interrupção da gravidez anencéfala já seria lícita desde sempre. E, aqui, o que se pede – não me custa lembrar – é o reconhecimento que tem a mulher gestante de um organismo ou de um feto anencéfalo, o direito que ela tem de escolher, de optar. Ela não está sendo forçada absolutamente a nada. O que se respeita é a autonomia de uma mulher, que além de mulher, é gestante; e que não suporta, se opta pela interrupção da gravidez, a dilacerante dor de ver o produto da sua concepção involucrada numa mortalha.

É o reconhecimento desse direito que tem a mulher de se rebelar contra uma gravidez, um tipo de gravidez tão anômala que corresponde a um desvario da própria natureza – porque a natureza também se destrambelha, já dizia Tobias Barreto. É um direito que tem a mulher de interromper uma gravidez que trai até mesmo a ideia-força que exprime a

ADPF 54 / DF

locução "dar à luz". "Dar à luz" é dar a vida; não é dar a morte. É como se fosse uma gravidez, metaforicamente, que impedisse o rio de ser corrente; o rio salta da nascente para a embocadura. E é o que sucede, sem fluir, sem a ventura de se assumir também como corrente porque o rio é um rio só, da nascente à foz, passando pela corrente. E, no caso da gravidez de que estamos a falar, a fase corrente do rio é totalmente eliminada. A mulher já sabe por antecipação que o produto da sua gravidez, longe de, pelo parto, cair nos braços aconchegantes da vida, vai se precipitar - digamos assim - no mais terrível dos colapsos. É o colapso da luz da vida. O feto anencéfalo não passa de um organismo prometido à inscrição do seu nome não no registro civil, mas numa lápide mortuária.

Por isso que levar às últimas consequências esse martírio contra a vontade da mulher corresponde à tortura, a tratamento cruel. Ninguém pode impor a outrem que se assuma enquanto mártir; o martírio é voluntário. Quem quiser assumir sua gravidez até às últimas consequências, mesmo sabendo portador de um feto anencéfalo, que o faça. Ninguém está proibindo. O Ministro Marco Aurélio não votou pela proibição. É opcional. É preferível arrancar essa plantinha ainda tenra do chão do útero do que vê-la precipitar-se no abismo da sepultura. Nem essa opção a mulher gestante tem? Ela, que é mais do que mulher, é mulher e gestante? Um *plus* de subjetividade humana?

Evidente que o Direito brasileiro, civilizado que é, e fundado por uma Constituição principiológica, humanística, que o Direito brasileiro protege, sim, essa decisão que é ditada – se for pela interrupção da gravidez – pelo mais forte e mais sábio dos amores, que é o amor materno, que é tão forte, tão sábio e tão incomparável em sua intensidade que é chamado, por todos nós, de instinto materno. Não se fala de instinto paterno, mas se fala de instinto materno.

Essa decisão da mulher é mais do que inviolável, é sagrada. A sacralidade está na decisão da mulher gestante de, querendo, interromper esse tipo de gravidez que já tem um encontro marcado, inelutável, com a morte.

Senhor Presidente, vou terminar dizendo que vou juntar o voto, que

ADPF 54 / DF

é muito longo. Dou pela aplicação, como fez o Ministro Marco Aurélio, da técnica da “interpretação conforme”, devido a essa polissemia ou a essa base significativa plural desse conjunto de dispositivos do Código Penal, e entendo que a situação aqui é de atipicidade. Não se pode dar a esse conjunto normativo penal interpretação que conduza à configuração do aborto.

A parte final do voto do Ministro Marco Aurélio me pareceu, se Sua Excelência me permite, de uma clareza meridiana, solar: não se pode tipificar esse direito de escolha como caracterizador do aborto proibido pelo Código Penal.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

É como voto, *data venia* do entendimento contrário.

12/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, tal como já foi destacado nos brilhantes votos aqui proferidos, essa é uma questão extremamente sensível que se submete à apreciação desta Corte.

Já tivemos um debate bastante profícuo quando da discussão sobre o cabimento ou não da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, e ali me somei à maioria que entendeu plenamente admissível a ADPF, uma vez que se pedia uma interpretação conforme das disposições constantes do Código Penal, que, pelo menos no modelo institucional positivado, poderia não ter sido recepcionada pela Constituição de 1988.

Nessa linha, pareceu-me que não havia nenhuma novidade em relação ao controle de legitimidade do direito anterior à Constituição, que já se vinha realizando em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Também o argumento que foi expandido quanto à possibilidade de se fazer uma interpretação conforme de caráter aditivo não me impressionou. E, se nós olharmos a jurisprudência que se consolidou posteriormente, vamos verificar que o próprio Tribunal avançou, em casos de omissão, para reconhecer a técnica hoje muito utilizada, especialmente, no Direito italiano e no Direito espanhol, quanto à possibilidade da sentença de perfil aditivo.

Já tivemos essas hipóteses aqui, fazendo a distinção entre os casos em que a interpretação conforme eventualmente leva à eliminação de certos sentidos normativos, que nós equiparamos a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, alegação parcial, e aqueles casos em que se acrescenta algo que se revela faltante num dado texto.

São vários os exemplos, a partir do caso do direito de greve do servidor público, mandado de injunção, ou mesmo o caso da relatoria de

ADPF 54 / DF

Vossa Excelência, Ministro Britto, a propósito do tema Raposa Serra do Sol, em que o Tribunal consagrou todos aqueles itens procedimentais a propósito dessa controvérsia. De modo que a mim me parece que essa questão resultou resolvida, e bem resolvida, na questão de ordem então colocada.

Eu entendo, todavia, que a decisão que se tomou naquele momento, especialmente a decisão de cassação da liminar, também foi absolutamente correta. Por que, Presidente? Porque nós estamos a lidar com um tema de múltiplas sensibilidades. Há dificuldades enormes, isso foi destacado muito bem no voto, ontem, do Ministro Lewandowski; há situações de enorme sensibilidade e que, quando permitem a interrupção da gravidez, exigem regras, normas de organização e procedimento, tanto é que nós estamos aqui a falar de sentenças aditivas. Como é que vamos fazê-lo num quadro de liminar simplesmente, autorizando o aborto?

Então, ainda que simpática a tese do cabimento da liminar, eu tenho até a impressão de que, em casos determinados, se pode até fazer, isso em sede de *habeas corpus*, mas limitado à situação analisada, tendo o juiz a prova pré-constituída. Agora, em ADPF isso se dá de forma geral, por conta do próprio procedimento com caráter objetivo. Então é fundamental que essa questão seja posta.

Também, para reposição da verdade histórica, é importante destacar um fato ocorrido ainda na presidência do Ministro Maurício Corrêa, que mostra o significado, a importância do *habeas corpus*. De que se tratava? E todos que estavam aqui não de se lembrar. Essas questões, todos nós sabemos, não chegavam ao Tribunal, em geral, por razões que nós todos conseguimos aquilatar. Em princípio, essas questões acabavam sendo resolvidas, nas instâncias ordinárias, na via do próprio *habeas corpus*, e muitas vezes em sede de cautelar. E, depois, julgava-se essas questões prejudicadas.

Aquele caso do Rio de Janeiro acabou chegando ao Tribunal porque houve sucessivos indeferimentos do pedido de *habeas corpus*. Lembro-me, inclusive, daquele dia em que essa matéria chegou ao Tribunal. Salvo engano, chegou numa sexta-feira e, na quarta-feira, o Ministro Joaquim

ADPF 54 / DF

Barbosa trouxe o tema ao Plenário. A sensação que havia aqui à época, Presidente, Vossa Excelência há de se lembrar, era de que um jumbo tinha pousado no Plenário. Todos, de alguma forma, perplexos com aquela questão. Era realmente a primeira vez que esta questão se colocava. E não foi iniciativa do Presidente, mas do Ministro Sepúlveda Pertence, lembro-me bem, a proposta de se verificar no Tribunal do Rio de Janeiro, considerando que se passaram muitos meses em razão dos sucessivos indeferimentos, se já não tinha ocorrido o nascimento, o parto. E, então, veio a informação, o Ministro Presidente se deslocou até a Presidência, pediu a ligação e obteve essa informação.

Na técnica que nós praticamos até hoje – podemos até rediscutir, tendo em vista a objetivação dos ritos de caráter subjetivo –, julgou-se prejudicado, para grande alívio da maioria naquele momento, porque era um caso em que não se permitiria o pedido de vista, Ministro Fux, porque haveria enormes dificuldades de posicionamento, tendo em vista que era a primeira vez que a Corte era confrontada com esse tipo de indagação por conta dessas dificuldades procedimentais a que já me referi.

Evidentemente que esses casos só chegariam ao Tribunal se houvesse sucessivos indeferimentos, e isso tomava meses. Portanto, a questão, muitas vezes, já estaria prejudicada. Claro, poderíamos até romper com essa técnica da chamada prejudicialidade se adotássemos um modelo de maior objetivação. O próprio caso *Roe v. Wade* traz esse debate: "Mas já houve o nascimento!". "Mas nós não estamos a discutir o caso, estamos a discutir o tema" – diz um juiz. Porém, não é essa a técnica até aqui adotada, nem em *habeas corpus*, nem em mandado de segurança. Muitas vezes, até mesmo em ADI, nós julgamos prejudicado por conta da revogação.

De modo que é apenas para colocação ou recolocação desse tema.

Por outro lado, é importante destacar também que se revelou, aqui, extremamente relevante a ADPF, porque, claro, não fosse a ADPF, dificilmente nós lograríamos, em outro *habeas corpus*, ter a oportunidade de nos pronunciarmos sobre a matéria. Tanto é que, quando se julgou a admissibilidade, enfatizei a possibilidade, a despeito de se revogar a

ADPF 54 / DF

liminar, de que nós examinássemos com todo o cuidado, inclusive tal como se fez na audiência pública, já aqui múltiplas vezes referida.

De modo que me parece importante destacar a relevância desse instrumento não só como um processo de índole objetiva, mas mesmo como um instrumento de proteção de direitos fundamentais como se fosse um recurso constitucional especial, na linha *Verfassungsbeschwerde* do Direito Alemão.

Em relação a questões que foram pontuadas ontem, especialmente em relação ao estado laico e à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, eu gostaria de fazer um registro:

"O amplo debate ético e moral que a presente discussão envolve, despertou a manifestação de diversas organizações da sociedade, inclusive – não poderia deixar de ser diferente – as de caráter religioso (...), as condições necessárias para proceder a essa aferição".

As nossas leis sobre o tema, tanto a Lei nº 9.868 quanto a Lei nº 9.882, foram perfilhadas ou formuladas a partir dessa perspectiva da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, permitindo que se realizem audiências públicas com essa participação plural, que *experts* e peritos sejam designados, que os mais diversos interessados manifestem a sua visão da interpretação constitucional, no ambiente próprio deste Tribunal, do processo constitucional.

12/04/2012**PLENÁRIO****ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: No julgamento anterior, esta Corte deliberou amplamente acerca do cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no presente caso, chegando à conclusão do acerto da via eleita pela Confederação autora, oportunidade em que somei à maioria, manifestando largamente meu entendimento, de modo que a questão está superada.

Quanto a esta assentada, as manifestações precedentes cuidaram à saciedade do sensível tema trazido à Corte. Dessa forma, sem pretender relatar novamente aquilo que tão bem o fizeram da bancada os meus pares e da tribuna os nobres advogados, apenas explicitarei as razões que fundamentam o meu voto.

**1. ESTADO LAICO E SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES
DA CONSTITUIÇÃO**

O amplo debate ético e moral que a presente discussão envolve despertou a manifestação de diversas organizações da sociedade, inclusive as de caráter religioso.

Nesse contexto, é importante refutar a compreensão de que o Estado laico previsto na CF/1988 impede a manifestação e a participação de organizações religiosas nos debates públicos. Os argumentos de entidades e organizações religiosas podem e devem ser considerados pelo Estado, pela Administração, pelo Legislativo e pelo Judiciário, porque também se relacionam a razões públicas e não somente a razões religiosas.

A propósito, o Conselho Nacional de Justiça organizou recentemente Seminário Internacional sobre o Estado Laico e a Liberdade Religiosa,

ADPF 54 / DF

acentuando o caráter de separação, mas também de cooperação mútua entre Estado e Confissões Religiosas (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva & NOBRE, Milton Augusto de Brito (coords.). Estado Laico e a Liberdade Religiosa. São Paulo: LTr, 2011).

Nesse sentido, o Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco bem esclareceu:

“Cabe, agora, indagar se o fato de uma crença religiosa endossar o postulado de que a vida humana coincide com a fecundação desautoriza o argumento contrário à legitimidade da interrupção voluntária do processo de desenvolvimento do embrião humano ou do feto.

São conhecidas as teses de que, no Estado laico, não deve ser adotado suporte de cunho religioso para deliberações da vida pública. Afirma-se, por vezes buscando apoio em John Rawls, que questões versando tópicos essenciais da vida constitucional, por serem básicas para a concepção do que é justo, somente devem ser resolvidas em definitivo se se puder esperar, razoavelmente, que todos os cidadãos endossem a conclusão alcançada.

Nessa linha, proponentes de idéias favoráveis ao aborto ou ao uso de embriões para pesquisas afirmam que, tendo em vista um verificável desacordo moral sobre o momento em que a vida humana começa, esse não é um assunto que integre o conjunto dos consensos mínimos da sociedade, não devendo o Direito dele cuidar, nem impor limitações à vontade dos sujeitos de direito.

Já se percebe, de pronto, que a formulação parte do pressuposto de que o ser concebido por um homem e uma mulher não é um sujeito de direito, sendo antes, um objeto de decisões a serem tomadas por sujeitos de direito. É possível flagrar, aí, uma petição de princípio. O que a teoria não demonstra é a sua premissa mesma, no mínimo, altamente discutível, mas que é tomada como assente”. (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Proteção do Direito à Vida: a questão do aborto*)

Nos temas de aprofundado conteúdo moral e ético, é importante, se

ADPF 54 / DF

não indispensável, escutar a manifestação de cristãos, judeus, muçulmanos, ateus ou de qualquer outro segmento religioso, não só por meio das audiências públicas, quanto por meio do instituto do *amicus curiae*.

Essa construção jurisprudencial sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional. Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado.

Observa-se também que a constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, faz-se, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos, sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição.

Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados.

O chamado “*Brandeis-Brief*” – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no “*case Müller versus Oregon*” (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples “*questão jurídica*” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição. (Cf., a propósito, HALL, Kermit L. (organizador), *The Oxford Companion to the Supreme Court of United States*, Oxford, New York, 1992, p. 85).

Hoje não há como negar a “*comunicação entre norma e fato*” (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que, como ressaltado,

ADPF 54 / DF

constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. (Cf., MARENHOLZ, Ernst Gottfried, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54)).

Nesse sentido, a prática americana do *amicus curiae brief* permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos) —, no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades.

A propósito, referindo-se ao caso *Webster versus Reproductive Health Services* (...), que poderia ensejar uma revisão do entendimento estabelecido em *Roe versus Wade* (1973), sobre a possibilidade de realização de aborto, afirma Dworkin que a Corte Suprema recebeu, além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais (*briefs*) sobre os mais variados aspectos da controvérsia — possivelmente o número mais expressivo já registrado — por parte de 25 senadores, de 115 deputados federais, da Associação Americana de Médicos e de outros grupos médicos, de 281 historiadores, de 885 professores de Direito e de um grande grupo de organizações contra o aborto (cf. Dworkin, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge- Massachussetts. 2.^a ed., 1996, p. 45).

Evidente, assim, que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema.

Não há dúvida, também, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito.

A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo

ADPF 54 / DF

da Constituição (cf. Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 47-48).

Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”.

Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição.

É certo, também, que, ao cumprir as funções de Corte Constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria.

Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.

Por esses motivos, parece não ser razoável a ausência, nesse julgamento, de entidades da sociedade, como a CNBB e ONGs.

Parte do direito de liberdade religiosa consiste justamente no direito de manifestação livre do pensamento. Nesse sentido, a Câmara Superior (*Grand Chamber*) da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) reformou, por 15 votos a 2, decisão de uma de suas câmaras no sentido de que a presença de crucifixos em escolas públicas na Itália ofendia o direito à educação e à liberdade de pensamento, consciência e religião (arts. 2º e 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos).

No caso (*Lautsi and Others v. Italy*), decidido em 18.3.2011, a Câmara Superior da CEDH entendeu que a manutenção e a referência de

ADPF 54 / DF

tradições estavam, em princípio, dentro da margem de delibação dos países membros, desde que não desrespeitados os direitos e liberdades previstos na Convenção.

Assim, a Corte decidiu que a mera presença de crucifixos nas salas de aula de escolas públicas não denota um processo de doutrinação das crianças, nem limita o direito de educação dos pais, que permanecem com o direito de educar e ensinar seus filhos de acordo com suas convicções religiosas e filosóficas.

A herança religiosa, que se reflete inclusive nos feriados nacionais, pode se revelar em “fontes racionais e emocionais de consenso” de que necessita o Estado Constitucional, no dizer de Peter Häberle (HÄBERLE, Peter. *Constituição e Cultura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.)

Teço essas considerações para registrar a minha inequívoca posição no sentido de que a admissão de *amici curiae*, de qualquer confissão religiosas, posição ideológica ou política, deve ser privilegiada por esta Corte. Em se tratando de ações de controle abstrato de constitucionalidade, isso é particularmente evidente, ante a repercussão da decisão.

Por outro lado, é preciso ressaltar, como o fez Schmitt ao tratar do conceito do político, que todo assunto capaz de mobilizar ou dividir uma comunidade convola-se imediatamente em matéria afeita à política, deixando de se referir, portanto, apenas à saúde, ao crime etc. Por essa razão, ressalto a minha posição em defesa da possibilidade de manifestação da sociedade, sobretudo em ações delicadas como a presente.

2. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO TRATAMENTO DO ABORTO NO DIREITO COMPARADO

A análise do Direito Comparado pode servir como eficaz suporte à apreciação de questões nacionais polêmicas. No que se refere ao aborto de anencéfalos, válido é não apenas verificar-se o modo como as demais nações lidaram ou ainda lidam com esse tema, mas, principalmente,

ADPF 54 / DF

valer-se de experiências estrangeiras para atestar o grau de complexidade da matéria aqui tratada.

Estudos indicam que praticamente a metade dos países membros da Organização das Nações Unidas reconhece a interrupção da gravidez na hipótese de anencefalia do feto. Das 194 nações vinculadas à ONU, 94 permitem o aborto quando verificada ausência parcial ou total do cérebro fetal [1]

Nessa listagem encontram-se Estados reconhecidamente religiosos, como Itália, México, Portugal e Espanha, além de Alemanha, África do Sul, França, Estados Unidos, Canadá e Rússia.

Em quase todos esses países, a discussão sobre a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos deu-se há mais de uma década, normalmente em debates relacionados à licitude do aborto, de um modo geral.

É o caso italiano, que discutiu esse tema na década de 1970. Em 1975, a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 546 do Código Penal, que previa a punição do aborto, sem ressaltar os casos em que sua realização poderia implicar dano ou risco à saúde da gestante.

Como resposta, em 1978 foi promulgada a Lei 194, que regulamentou detalhadamente as hipóteses legais de aborto, que seria viável nos casos de risco à saúde física ou psíquica da gestante; de comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; de circunstâncias em que ocorreu a concepção, como estupro; ou em casos de má-formação fetal.

Antes da realização do procedimento, a legislação italiana prevê que a gestante deve conversar sobre sua vontade com as autoridades sanitárias e sociais, que procurarão indicar alternativas à sua decisão. Com exceção dos casos urgentes, a lei também determina um intervalo mínimo de sete dias entre a data de solicitação do procedimento e sua realização, de modo que ela tenha tempo para refletir sobre o assunto.

Ao apreciar a validade dessas inovações, a Corte Constitucional italiana pronunciou-se no sentido de que compete ao legislador a

ADPF 54 / DF

despenalização de determinadas condutas. Posteriormente, em 1997, ao apreciar validade de referendo sobre regulamentação legal de aborto nos primeiros 90 dias de gestação, a Corte entendeu que a revogação de todas as normas que disciplinassem o assunto seria incompatível com o dever de proteção constitucional da vida do nascituro.

Análise semelhante foi feita pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, ao verificar a constitucionalidade da denominada *solução por prazo* “Fristenlösung”, prevista no § 218, *a*, do Código Penal alemão, com redação dada por reforma ocorrida em 1974. De acordo com esse dispositivo, o aborto não seria punível nas doze primeiras semanas de gestação, desde que realizado por médico e com consentimento da gestante.

No intervalo entre 12 a 22 semanas da concepção, o aborto não seria punível caso fosse, **de acordo com o conhecimento da ciência médica** (*nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft*), indicado para evitar perigo à vida ou à saúde da mãe ou quando houvesse razões para se acreditar que o filho sofreria de deficiências insanáveis, hipótese na qual estaria inserida a anencefalia.

Nesse julgamento, conhecido como “Aborto I” (*Schwangerschaftsabbruch I* - BVerfGE 39,1), a Corte ressaltou que a proteção à vida, prevista no art. 2, II, da Lei Fundamental, não deveria fazer distinção entre o ser humano “pronto” (“fertigen” *Menschen nach der Geburt*) e o nascituro. Ainda que a relação *feto-gestante* seja bastante peculiar, o nascituro é um ser independente, constitucionalmente protegido.

Para a Corte, em uma tentativa de harmonização entre o direito da vida do embrião e a liberdade da gestante, tem prevalência o direito do nascituro, que deve perdurar durante toda a gravidez, não podendo ser relativizada por um prazo determinado, ou período de carência em que o aborto estaria autorizado.

O Tribunal Constitucional alemão também verificou, assim como a Corte italiana, que cabe ao legislador especificar e escolher quais medidas de proteção entende ser mais efetivas e oportunas para garantir a

ADPF 54 / DF

proteção da vida do nascituro. A isso também se relaciona a ideia de que a prevenção deve anteceder a repressão [2] (*Vorrang der Prävention vor der Repression*), cabendo ao Estado a utilização de meios sociopolíticos para garantir a vida do nascituro e fortalecer, na mãe, a consciência da importância de não interromper a gravidez.

Entretanto, na lei de 1972, o legislador entendeu que a melhor forma de proteção do feto nas 12 primeiras semanas não seria aplicar alguma espécie de sanção penal à mãe que abortasse, mas sim submetê-la ao aconselhamento médico-social. O legislador abdicou, desse modo, da punibilidade no período inicial da gestação, substituindo-a por mero aconselhamento, o que não pareceu razoável à Corte, sob a perspectiva não apenas constitucional, mas fática – não haveria indícios suficientes que mostrassem que o número de abortos poderia, com essa medida, diminuir.

Ao fim, esse dispositivo foi declarado nulo, em sua essência, e algumas medidas foram especificadas pela própria Corte até que nova regulamentação fosse feita, seguindo o § 35 da Lei do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGG*).

No ano seguinte, em resposta à decisão da Corte Constitucional, a legislação foi alterada e passou-se a criminalizar o aborto, com exceções ligadas ao risco à saúde e à vida da mãe e a casos de patologias fetais.

Entretanto, com a queda do muro de Berlim, em 9 de novembro de 1989, foi iniciado trabalho de unificação legislativa entre as duas Alemanhas. A República Democrática da Alemanha autorizava o aborto, praticamente sem restrições, desde 1972, o que demandou uma nova legislação uniformizadora.

Assim, em 27 de julho de 1992, foi aprovada a nova lei sobre aborto (*Gesetz über Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung*), estabelecendo que sua prática seria novamente permitida nos primeiros três meses de gravidez, desde que a gestante fosse anteriormente submetida a um serviço de aconselhamento.

A principal característica da nova legislação era a prevenção do aborto por meio de mecanismos não repressivos, com a criação de

ADPF 54 / DF

medidas de caráter educativo, de planejamento familiar, benefícios assistenciais, com a finalidade de eliminar as causas materiais que pudessem fazer com que as mulheres procurem a interrupção da gravidez[3].

A constitucionalidade desses novos dispositivos foi submetida à análise do Tribunal Constitucional alemão em 1993, no julgamento denominado “Aborto II” (*Schwangerschaftsabbruch II*–BVerfGE 88, 203).

A Corte novamente especificou que o nascituro já é uma vida individual, determinada e indivisível, com genética própria e inconfundível. Essa vida, em seu processo de desenvolvimento, mais do que evoluir para se converter em um ser humano é um ser humano que se desenvolve (cf. BVerfGE 39, 1 [37]).

Desse modo, o Estado determina certas exigências de conduta para proteção da vida do nascituro, impondo deveres de ação ou abstenção, inclusive em relação à mãe, sem prejuízo do fato de que entre ambos existe uma relação de *dualidade na unidade* (“*Zweiheit in Einheit*”).

A legalização do aborto na fase inicial de gestação, a não ser em casos especiais, em que a continuidade da gravidez representasse um ônus excessivo para a gestante, foi considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional alemão. A decisão confirmou, porém, que a proteção ao feto não precisava ser realizada por meio de intervenções repressivas do Direito Penal, mas buscada por outras medidas de caráter assistencial e administrativo. Restou explicitado o seguinte:

“Embora o direito à vida do nascituro tenha um valor muito elevado, ele não se estende ao ponto de eliminar todos os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação. Os direitos das mulheres podem gerar situação em que seja permissível em alguns casos, e até obrigatório, em outros, que não se imponha a elas o dever legal de levar a gravidez a termo...”

Isto não significa que a única exceção constitucional admissível (à proibição do aborto) seja o caso em que a mulher não possa levar a gravidez até o fim quando isto ameace sua vida ou saúde. Outras exceções são imagináveis. Esta Corte

ADPF 54 / DF

estabeleceu o standard do ônus desarrazoado para identificação destas exceções ... O ônus desarrazoado não se caracteriza nas circunstâncias de uma gravidez ordinária. Ao contrário, o ônus desarrazoado tem de envolver uma medida de sacrifício de valores existenciais que não possa ser exigida de qualquer mulher. Além dos casos decorrentes de indicações médicas, criminológicas e embriopáticas que justificariam o aborto, outras situações em que o aborto seja aceitável podem ocorrer. Este cenário inclui situações psicológicas e sociais graves em que um ônus desarrazoado para a mulher possa ser demonstrado.

...Mas devido ao seu caráter extremamente intervencionista, o Direito Penal não precisa ser o meio primário de proteção legal. Sua aplicação está sujeita aos condicionamentos do princípio da proporcionalidade ... Quando o legislador tiver editado medidas adequadas não criminais para a proteção do nascituro, a mulher não precisa ser punida por realizar um aborto injustificado ..., desde que a ordem jurídica estabeleça claramente que o aborto, como regra geral, é ilegal”[4]

Em 1995, um novo diploma foi editado para adequar-se ao decidido pela Corte. A lei descriminalizou as interrupções de gravidez ocorridas nas primeiras 12 semanas de gestação e estabeleceu diversas medidas, em especial a obrigatoriedade do serviço de aconselhamento.

Em relação à Espanha, legislação vigente entre 1985 a 2010 estabelecia três casos de despenalização do aborto: grave perigo à vida, saúde física ou psíquica da gestante; estupro ou quando fosse possível presumir que o feto nasceria com graves danos físicos ou psíquicos.

Em 2010, reforma realizada, apesar de forte oposição religiosa, passou a permitir aborto dentro de determinados prazos. O legislador estabeleceu as três seguintes fases: a) o aborto é completamente liberado até a 14ª semana de gestação; b) entre a 15ª e a 22ª semana, é permitido para casos de grave risco à vida ou à saúde da gestante, atestado por um médico especialista, ou caso o feto padeça de graves anomalias, atestado por dois médicos especialistas; e, finalmente, c) sem submissão a prazo

ADPF 54 / DF

específico, para casos de má-formação do feto incompatível com a vida, comprovada por um médico especialista, ou se o feto padecer de doença extremamente grave e incurável, desde que tenha sido submetido à apreciação por comitê clínico de três médicos especialistas.

Além disso, é importante destacar o célebre caso norte-americano *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973) sobre a discussão do aborto e de sua criminalização. No contexto histórico daquele país, verificava-se que, desde a segunda metade do século XIX, a maior parte dos estados federados norte-americanos adotava leis que restringiam severamente a possibilidade de se realizar abortos.

Contudo, a chamada revolução sexual ocorrida a partir das décadas de 50 e 60 (séc. XX), ancorada em forte apelo ao aumento de pesquisas científicas e de acesso a novos medicamentos contraceptivos, impulsionava novas situações e meios em que as mulheres poderiam optar pela realização de abortos ou evitar a gravidez. Relembre-se, inclusive, que, em 1965, a Suprema Corte já havia decidido pela inconstitucionalidade de lei estadual que proibia o uso de drogas contraceptivas – *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965) –, absolvendo educadores que instruíram casais sobre como prevenir a gravidez.

Esses e outros temas ligados à doutrina de garantia da privacidade (*privacy doctrine*) ganhavam força e o crescente movimento feminista tomava cada vez mais essas questões como bases de sua atuação para pressionar a flexibilização das legislações dos estados (HALL, Kermit L. *The Oxford Guide to United States Supreme Courts Decisions*. Oxford University Press, 1999, p. 262-265).

Assim, com fundamento no direito à privacidade como liberdade individual fundamental, protegida pela Décima Quarta Emenda à Constituição (cláusula do devido processo), a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou inconstitucional, em 1973, qualquer lei que proibisse a livre e voluntária decisão da mulher, assistida por seu médico, em interromper a gravidez.

A decisão, contudo, estabeleceu uma gradação em sua aplicação. Assim, a livre e voluntária decisão da mulher e de seu médico pelo aborto

ADPF 54 / DF

era ampla no estágio inicial da gestação (primeiro trimestre), mas progressivamente condicionada nos demais estágios (trimestres), a fim de que os estados pudessem controlar a adequação entre os meios procedimentais de sua realização e os riscos à saúde e à vida da mulher (admitindo-se, excepcionalmente, a possibilidade de proibição, caso a caso, do aborto no último trimestre).

Ademais, embora o entendimento fixado no precedente ainda prevaleça no direito norte-americano, isso não significa que deixa de ser continuamente debatido pela sociedade e desafiado por novas concepções sociais, científicas e tecnológicas – o que se observa, inclusive, a partir de novos casos submetidos à Suprema Corte (entre outros, ver: *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 US 833 (1992); *Gonzales v. Carhart*, (2007)) que, pouco a pouco, atualizam e contextualizam o entendimento fixado à nova realidade histórica e social daquele país.

Assim, ainda que o cerne da questão não tenha sido a possibilidade de se realizar aborto de feto anencéfalo, mas de legalização do aborto em geral, as discussões, críticas e argumentos que emergem desse caso ainda hoje são importantes, em termos comparativos, para uma reflexão ampla sobre os vários pontos de vista que a problemática aqui debatida envolve, sobretudo ao se considerar o contexto histórico e social e as inúmeras mudanças e desenvolvimentos ocorridos entre o momento da edição do Código Penal brasileiro na década de 40 e a realidade contemporânea.

Em geral, e especialmente nos casos europeus, o médico especialista que dará o parecer pela possibilidade do aborto não poderá ser o mesmo que conduzirá este procedimento, aspecto também considerado importante nas manifestações da Corte Constitucional alemã [5].

É evidente, pois, que o debate sobre a possibilidade de realização de aborto, de um modo geral, e, em especial, de interrupção da gravidez de um feto com anencefalia é tema recorrente na sociedade moderna.

Cada ordenamento jurídico, ao apreciar essa questão, utiliza-se de sua própria perspectiva histórico-constitucional para ponderar quais valores devem receber maior atenção do legislador e em quais hipóteses esses bens podem ser relativizados.

ADPF 54 / DF

É o caso da Alemanha, que atribui especial relevância ao direito à vida com base em sua conhecida história recente. Na decisão “Aborto I”, a Corte indicou que a incorporação explícita do direito à vida na Lei Fundamental, ao contrário da Constituição de Weimar, trata-se de evidente reação à *eliminação de vidas sem valor*, da *solução final*, da *liquidação de vidas*, levada a cabo pelo regime nacional socialista. Nesse sentido, frisou que o direito à vida é o direito mais fundamental e primordial dos seres humanos e protege também os nascituros e, ainda, que tal interpretação está de acordo com a história e a opinião dominante da sociedade alemã, além da cultura jurídica nacional [6].

Independentemente dos motivos históricos ou teológicos em razão dos quais o direito à vida é considerado prioritário em uma determinada cultura, é evidente que se trata, sob a perspectiva do estado democrático de direito, de valor essencial a ser preservado pelo Estado. A existência humana é pressuposto elementar de todos os direitos e liberdades elencados na Constituição. Compete ao ordenamento jurídico estabelecer, dentro dos limites constitucionalmente admitidos, de que forma e em que medida essa proteção estatal será concretizada.

Verifica-se que a discussão em quase todos os países que enfrentaram esse tema acaba por enfatizar a existência de vida intrauterina que deve receber proteção estatal e cujos direitos normalmente se sobrepõem aos da gestante. As Cortes Constitucionais dos Estados que mencionei foram enfáticas sobre a importância do direito à vida e à proteção do nascituro em relação a terceiros, inclusive à mãe.

Entretanto, a análise da perspectiva estrangeira permite averiguar que, assim como no Brasil, há casos em que o direito à vida do nascituro pode não ter primazia em relação à escolha da gestante em abortar. Não se trata aqui, ressalto, de uma liberdade irrestrita do legislador em definir quais valores teriam prioridade em relação à vida em determinado momento, mas de hipóteses consideradas verdadeiras exceções, auferidas inclusive a partir da perspectiva histórico-cultural de determinada sociedade.

É o caso do aborto de gravidez proveniente de estupro, previsto pela

ADPF 54 / DF

maioria dos países, inclusive pelo Brasil, a partir do entendimento de que seria aceitável que a mãe não desejasse gerar o fruto de uma relação sexual não consensual. Trata-se aqui de situação em que o feto pode ser abortado, ainda que plenamente saudável, dando-se primazia ao direito da gestante e aos impactos psicológicos de tal situação. A essa situação se inclui, também, a possibilidade de aborto de anencéfalos, cuja manifestação não conseguia ser identificada na década de 1940, no Brasil, com base na tecnologia então disponível.

Ressalte-se que, também nesses casos, o Estado impõe condições protetivas para que o procedimento seja realizado de acordo com regras seguras. Mencione-se, nesse sentido, a obrigatoriedade de aconselhamento da gestante por médicos ou de laudos de especialistas que comprovem a necessidade de determinado aborto.

Joaquim Brage Camazano, em recente artigo publicado na Espanha [7], sustenta que os que rechaçam a descriminalização do aborto não deveriam insistir na dimensão negativa e penal desse assunto, mas em seu aspecto positivo. Para tanto, argumenta que as legislações e medidas modernas deveriam prever o fornecimento obrigatório de informações completas e seguras às mulheres, além de detalhes sobre as possíveis ajudas públicas à maternidade, entre outros, de modo a reduzir a procura pela prática abortiva. Para ele, a potencialização de tal dimensão positiva do dever protetivo estatal deveria ser priorizada [8].

De fato, é possível destacar esse entendimento como uma crescente tendência mundial. Diversas legislações e resoluções já privilegiam ações estatais positivas de proteção do nascituro, mediante, por exemplo, a obrigatoriedade de aconselhamento das gestantes, de ampla divulgação de informações sobre o aborto e de criação de medidas sociais de auxílio à futura mãe.

3. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A ANENCEFALIA

Durante a Audiência Pública promovida por esta Corte com vistas à ampla discussão da anencefalia e do aborto dos fetos anencéfalos, várias

ADPF 54 / DF

questões foram objeto de dissenso. Parece-me, todavia, ser possível, com prudência, iniciar o raciocínio a partir de alguns pontos relevantes que se tornaram mais claros após o debate:

– Morte encefálica e anencefalia são conceitos distintos, portanto deve ser bem ponderado o argumento de que a lei brasileira considera a morte cerebral para fins de doação de órgãos. Na anencefalia, a pessoa tem autonomia cardíaca e respiratória, ao passo que, na morte cerebral, a pessoa só permanece viva com a ajuda de aparelhos;

– Nos casos mais brevemente diagnosticados, por volta da décima semana de gravidez foi possível descobrir a anencefalia no feto. Desse modo, pode-se considerar que, a partir do fim do primeiro trimestre de gravidez, passa a ser possível diagnosticar a anomalia;

– No estágio atual de desenvolvimento da medicina, o diagnóstico da anencefalia fetal pode ser realizado com elevadíssimo grau de certeza;

– O risco da gravidez de um feto anencéfalo é maior do que o de um feto viável. Entre outras complicações, são frequentes: variação do líquido amniótico; hipertensão; diabetes; parto prematuro; gravidez prolongada; deslocamento placentário; óbito intrauterino; necessidade de transfusão de sangue por não contração do útero após o parto; e histerectomia. Além disso, há forte impacto sobre a saúde mental das mulheres, com estresse psíquico, angústia, culpa, pensamentos suicidas e fixação na imagem fetal; e

– A anencefalia é uma doença letal que, na grande maioria dos casos, leva à morte intrauterina do feto ou logo após as primeiras horas do nascimento.

Partindo dessas informações técnicas a respeito do tema, analisarei as difíceis questões levantadas perante este Supremo Tribunal Federal.

4. DO EXAME DO ABORTO DOS FETOS ANENCÉFALOS SEGUNDO O DIREITO BRASILEIRO

Conforme ressaltado, o debate sobre o aborto tem movimentado parlamentos, supremas cortes e tribunais constitucionais em grande parte do mundo, especialmente nos países mais avançados. Essas experiências

ADPF 54 / DF

certamente não devem ser desprezadas, no entanto, é com base no direito brasileiro que se deve examinar a questão.

A causa de pedir da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sustenta-se em três fundamentos principais, conforme enfatizou a autora em suas razões finais: (i) a atipicidade do fato (aborto de feto anencéfalo); (ii) a necessidade de se conferir ao Código Penal, na parte que interessa, uma interpretação evolutiva, pois data de 1940 a redação de sua parte especial; e (iii) a prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à saúde.

O primeiro fundamento (atipicidade do fato) afirma que a antecipação do parto de um feto anencéfalo não é fato típico, pois a configuração do aborto depende da comprovação da relação causal entre a utilização dos meios abortivos e a interrupção do desenvolvimento de um feto com potencialidade de vida extrauterina. Assim, segundo a inicial, não havendo potencial vida extrauterina, não há como se falar em aborto, em razão de não ocorrer ofensa ao bem jurídico tutelado.

A inicial, na defesa de sua tese, afirma que o Código Penal Brasileiro, ao tipificar o crime de aborto, nos arts. 124 a 128, o fez para tutelar o feto, a vida e a integridade física da gestante. E, com efeito, defende que a *“antecipação consentida do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não afeta qualquer desses bens constitucionais”*.

Aduz que, *“na gestação do feto anencefálico não há vida humana viável em formação. Vale dizer: não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto”*.

Nessa linha, cita doutrina de Nelson Hungria, *in verbis*:

“Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo

ADPF 54 / DF

verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto”.

De fato, a ausência concreta de violação ao bem jurídico é causa de atipicidade da conduta. Ocorre que a tese pressupõe a aceitação – **não consensual** – de que o feto anencéfalo não merece proteção jurídica, mormente em face de sua “inviabilidade fisiológica”.

É de se registrar que, não fosse a falta de consenso acerca da necessidade de se conferir proteção jurídica ao feto anencéfalo, não estaria o Supremo Tribunal perante julgamento tão delicado. Parece-me, portanto, que afirmar a atipicidade do aborto nesta hipótese é incorreto, ante a evidente proteção jurídica que se confere ao nascituro (e está documentado à exaustão que o feto anencéfalo pode nascer com vida, a qual terá maior ou menor duração, a depender de diversos fatores).

Além disso, em uma sociedade heterogênea e que tem por princípio constitucional o pluralismo político, parece-me também inadequado tratar o aborto do feto anencéfalo como fato atípico, pois tal postura afigurar-se-ia até mesmo ofensiva àquela parcela da sociedade que defende a vida e a dignidade desses fetos.

Disso também decorre que não se pode simplesmente tutelar o direito de praticar o aborto dos fetos anencéfalos com base no princípio da dignidade humana (outro fundamento da inicial), visto que, conforme asseverou o Tribunal Constitucional alemão, também o nascituro deve ser protegido por essa cláusula constitucional. Até mesmo porque o desenvolvimento da vida passa necessariamente pelo estágio fetal.

Há questões que, quando debatidas pela comunidade, tendem a dividi-la mais do que aproximá-la, isto é, assuntos que, ao serem trazidos à discussão pública, geram maior polarização entre os extremos opostos do que convergências. As questões capazes de gerar esse tipo de reação foram denominadas por Samantha Besson de *desacordos morais razoáveis* (BESSON, Samantha. *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2005).

ADPF 54 / DF

As sociedades plurais modernas vêm enfrentando esses dilemas, em que os *desacordos morais razoáveis* geram a incapacidade de se chegar a consensos sobre diversos assuntos. **O rol de questões capazes de gerar essa perplexidade certamente inclui o aborto, razão por que, desde já, advirto que as ponderações que faço neste voto não devem ser estendidas a quaisquer outras hipóteses de aborto, seja o aborto puro, seja o eugênico.**

Penso ser inadequado, portanto, tratar do tema aborto de fetos anencéfalos sobre o prisma da atipicidade do fato, ou da ponderação entre a dignidade humana da mulher em detrimento da do feto. Por outro lado, também não me impressiona o argumento pragmático segundo o qual o aborto deve ser tratado como assunto de saúde pública. Questões capazes de gerar *desacordos morais razoáveis* em sociedades plurais tornam-se logo assuntos políticos demasiadamente complexos e simbólicos para serem reduzidos a um olhar preponderantemente pragmático.

A ponderação de princípios, especialmente em questões sensíveis, mostra-se bastante difícil de ser realizada. Schmitt, em seu texto sobre a tirania dos valores, já enxergava os riscos de embates entre valores em uma dada comunidade. Dizia ele que a afirmação de um valor tende a corresponder à negação do valor que se encontra em oposição àquele, razão por que, digo eu, a adjudicação judicial nessas hipóteses torna-se temerária e complexa.

Kelsen, em sua defesa da Jurisdição Constitucional, parece comungar do receio de Schmitt, porquanto afirma:

“Se essas fórmulas não encerram nada mais que a ideologia política corrente, com que toda ordem jurídica se esforça por se paramentar, a delegação da equidade, da liberdade, da igualdade, da justiça, da moralidade, etc. significa unicamente, na falta de uma precisão desses valores, que tanto o legislador, quanto os órgãos de execução da lei são autorizados a preencher de forma discricionária o domínio que lhes é confiado pela Constituição e pela lei. Por que as concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc.

ADPF 54 / DF

diferem tanto, conforme o ponto de vista dos interessados, que, se o direito positivo não consagra uma dentre elas, qualquer regra de direito pode ser justificada por uma dessas concepções possíveis. Em todo caso, a delegação dos valores em questão não significa e não pode significar que a oposição entre o direito positivo e a concepção pessoal que eles possam ter da liberdade, da igualdade, etc. possa dispensar os órgãos de criação do direito de aplicá-lo. As fórmulas em questão não têm portanto, de modo geral, grande significado. Elas não acrescentam nada ao estado real do direito” (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 168-69).

Entendo, assim, que os fundamentos trazidos na inicial relativos à dignidade da pessoa humana e ao direito à saúde não são aptos, *concessa venia*, para desconstruir uma opção política do legislador que, *prima facie*, contempla esses mesmos valores, todavia, em perspectiva distinta da veiculada na inicial.

Conforme asseverei, entendo que a regra do Código Penal Brasileiro é a vedação do aborto, de forma que não se pode considerar atípica conduta direcionada a provocar a solução de continuidade da gravidez de feto anencéfalo, visto que este pode nascer com vida, gerando reflexos jurídicos e psíquicos de vieses diversos e, assim, a abreviação dessa gravidez está inserida, sim, no suposto fático da regra penal em exame. Confira-se:

“Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.

Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante.

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”.

ADPF 54 / DF

Dos fundamentos que compõem a causa de pedir da presente ADPF, resta analisar aquele referente à necessidade de se conferir ao conjunto normativo do Código Penal transcrito acima uma interpretação evolutiva. Isso porque a parte especial do Código é de 1940, momento em que ainda não se vislumbrava possível diagnosticar a anencefalia fetal.

O aborto dos fetos anencéfalos apenas aparentemente é uma questão capaz de gerar *desacordo moral razoável*, ao contrário do que pode ocorrer com o aborto puro e simples. Isso fica evidente ao se constatar que, desde 1940, o ordenamento jurídico brasileiro convive com duas hipóteses de aborto permitidas pela legislação (art. 128, I e II, CP). Significa dizer que a interrupção antecipada da gravidez não é algo completamente estranho à sociedade plural brasileira.

O primeiro caso cuida do chamado aborto necessário ou terapêutico, realizado quando não há outro meio de salvar a vida da mãe. Nesse caso, o legislador fez a opção de não punir o aborto, ante o evidente estado de necessidade que se coloca. Protege-se, portanto, a vida da mãe, sua saúde física. Prescinde-se do consentimento da gestante nessa hipótese.

A segunda excludente de ilicitude relativa ao aborto é aquela em que a gravidez é resultante de estupro – aborto sentimental, humanitário ou ético –, hipótese em que se requer o consentimento da gestante ou de seu representante legal, uma vez que o que se visa a proteger é a saúde psíquica da mulher. Note-se que aqui o feto pode ser perfeitamente viável e, ainda assim, desde 1940, o legislador penal, dada a violência psíquica da ocorrência e a possível complexidade da relação entre mãe e filho resultante do estupro, deixa à escolha da gestante a continuidade ou não da gravidez.

Com efeito, é possível aferir um norte interpretativo a partir das próprias opções do legislador, que transitam entre o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa.

A gestação do feto anencéfalo, consoante inúmeras informações colhidas na instrução do processo, inequivocamente, traz riscos adicionais à mulher. Por certo que, pelo menos na maioria das vezes,

ADPF 54 / DF

esses riscos não atingem a gravidade requerida pelo inciso I do art. 128 do Código Penal, mas são consideráveis.

Entretantes, o aborto do feto anencéfalo tem por objetivo precípua zelar pela saúde psíquica da gestante, uma vez que, desde o diagnóstico da anomalia (que pode ocorrer a partir do terceiro mês de gestação) até o parto, a mulher conviverá com o sofrimento de carregar consigo um feto que não conseguirá sobreviver, segundo a medicina afirma com elevadíssimo grau de certeza. Essa hipótese assemelha-se, em sua estrutura lógico-funcional, ao aborto de feto resultante de estupro, em que a principal intenção da norma é também a proteção da saúde psíquica da gestante, com a relevante distinção de que, neste último caso, permite-se a prática do aborto ainda que o feto seja saudável.

A interpretação evolutiva sugerida pela inicial, destarte, demanda exegese construtiva do Tribunal, ante o surgimento de novo contexto fático-jurídico, bastante distinto daquele em que se deu a edição da parte especial do Código Penal brasileiro.

Calha, nesse sentido, a sempre atual advertência do citado Hungria:

“A lei não pode ficar inflexível e perpetuamente ancorada nas ideias e conceitos que atuaram em sua gênese. Não se pode recusar, seja qual for a lei, a denominada interpretação evolutiva (progressiva, adaptativa). A lógica da lei, conforme acentua Maggiore, não é estática e cristalizada, mas dinâmica e evolutiva. “Se o direito é feito para o homem e não o homem para o direito, o espírito que vivifica a lei deve fazer dela um instrumento dócil e pronto a satisfazer, no seu evoluir, as necessidades humanas”. No estado atual da civilização jurídica, ninguém pode negar ao juiz a faculdade de afeiçoar a rigidez da lei ao progressivo espírito da sociedade, ou de imprimir ao texto legal a possível elasticidade, a fim de atenuar os contrastes que acaso surjam entre ele e a cambiante realidade. Já passou o tempo do rigoroso tecnicismo lógico, que abstraía a lei do seu contato com o mundo real e a consciência social. O juiz pode e deve interpretar a lei ao influxo de supervenientes princípios científicos e práticos de modo a adaptá-la aos novos aspectos da

ADPF 54 / DF

vida social, pois já não se procura a *mens legis* no pensamento do legislador, ao tempo mais ou menos remoto em que foi elaborada a lei, mas no espírito evoluído da sociedade e no imanente, que se transforma em o avanço da civilização”. (Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, p. 87-88).

É o desafio ora posto: “interpretar a lei ao influxo de supervenientes princípios científicos e práticos de modo a adaptá-la aos novos aspectos da vida social”. E, para tanto, não é preciso sequer abandonar a própria dogmática do direito penal e seus institutos, porquanto, ao lado da tipicidade penal, sobejam *tipos justificadores* – excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

Inclusive, é possível vislumbrar hipótese de causa extralegal de exclusão de ilicitude e/ou de culpabilidade. Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo:

“É que as causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, numa estreita concepção positivista do direito, às hipóteses previstas em lei. Precisam igualmente estender-se àquelas hipóteses que, sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes. Além disso, como não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores éticos-sociais, a criação de novas causas de justificação ainda não traduzidas em lei, torna-se imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal”. (*Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 171).

Inolvidável que, em matéria penal, acentuam-se as preocupações e precauções quando tangenciamos a literalidade da regra. Porém, não é demasiado lembrar que o princípio da legalidade consubstancia uma garantia em prol do cidadão. Destaco as palavras de Jorge de Figueiredo Dias:

“Por outro lado, a aludida forma diferenciada como os tipos incriminadores e os justificadores actuam relativamente à

ADPF 54 / DF

mostração da ilicitude de uma **concreta** acção – um visando fundamentar a ilicitude, outros visando excluí-las – conduz à conclusão verdadeiramente primacial de que a causa justificativa, ao contrário do que constitucional e legalmente sucede com o tipo incriminador, não está sujeita em princípio à máxima *nullum crimen sine lege*, nem às suas consequências. Sob pena, de outro modo, de se estar a fazer funcionar aquele princípio contra a sua razão teleológica, político-criminal, constitucional e dogmática, a saber, de constituir uma *garantia* contra intervenções arbitrárias do poder punitivo do Estado e, por conseguinte, uma trave mestra de todo o sistema jurídico-constitucional e legal de garantia dos direitos e liberdades do cidadão”. (Direito Penal – Parte Geral, *Questões Fundamentais a doutrina geral do crime*. RT, tomo I, p. 385)

Destarte, o caminho para que esta Corte construa uma solução legítima para a presente acção, como antes afirmado, pode ser extraído da própria opção do legislador que, ao excepcionar as hipóteses de aborto necessário e do aborto humanitário (arts. 128, I e II, do CP, respectivamente), expressou os valores e bens jurídicos protegidos.

No aborto dos fetos anencéfalos, há o comprometimento da saúde física da gestante, porém este não é tão grave quanto no aborto necessário. No entanto, existe um diagnóstico que confere certeza praticamente absoluta de que o feto não sobreviverá mais do que algumas horas, se tanto, o que pode causar grave dano psíquico à gestante.

Não é o caso de comparação entre os danos psíquicos causados pela frustração proveniente de um diagnóstico de anencefalia e aquele oriundo de uma gravidez resultante de estupro, porém, neste último caso, a legislação não pune o aborto em que o feto é perfeitamente saudável, ao passo que a mesma legislação ainda não disciplinou o aborto dos fetos anencéfalos, em que também há o dano psíquico à gestante, aliado à inviabilidade quase certa da vida extrauterina do feto.

Essas constatações permitem concluir, conforme afirmei acima, que o aborto de fetos anencéfalos está certamente compreendido entre as duas

ADPF 54 / DF

causas excludentes de ilicitude, já previstas no Código Penal, todavia, era inimaginável para o legislador de 1940. Com o avanço das técnicas de diagnóstico, tornou-se comum e relativamente simples descobrir a anencefalia fetal, de modo que a não inclusão na legislação penal dessa hipótese excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa não condizente com o espírito do próprio Código Penal e também não compatível com a Constituição.

A interpretação que se pretende atribuir ao Código Penal, no ponto, é consentânea com a proteção à integridade física e psíquica da mulher, bem como com a tutela de seu direito à privacidade e à intimidade, aliados à autonomia da vontade. Isso porque se trata apenas de uma autorização condicionada para a prática do aborto, de modo que competirá, como na hipótese do aborto de feto resultante de estupro, a cada gestante, de posse do seu diagnóstico de anencefalia fetal, decidir que caminho seguir.

Disso se segue que o Estado deverá disciplinar com todo zelo a questão relativa ao diagnóstico da anencefalia fetal, visto que ele é a condição necessária à realização desse tipo de aborto. Desse modo, utilizando-me da experiência do direito comparado, bem como do quanto exposto na Audiência Pública realizada na Corte sobre o tema, sugiro que a decisão que deverá emanar do Supremo Tribunal imponha às autoridades competentes do Ministério da Saúde a obrigação de editar normas de organização e procedimento que confirmam a segurança exigida a diagnóstico dessa espécie, o qual pode servir de base a decisão de tal gravidade.

Ressalto que, no direito comparado, muitas vezes exige-se, como requisito para o abortamento em causa, a existência de pelo menos dois, as vezes três, diagnósticos no sentido da anencefalia, produzidos por médicos distintos, e por meios eco/ultrassonográficos, além de cumprimento de um lapso temporal entre o diagnóstico e a cirurgia, para que a gestante possa bem refletir sobre sua decisão.

O estabelecimento de ações positivas, por parte do Estado, com a finalidade de prevenir a ocorrência de aborto e, em especial, a concepção

ADPF 54 / DF

de fetos com anencefalia é, como já mencionei, tendência em diversos ordenamentos jurídicos da atualidade, tendo em vista o viés despenalizante que se vem adotando.

O Brasil segue nesse mesmo sentido e já possui medidas que priorizam a prevenção – e não apenas a repressão – da interrupção da gravidez.

Em resolução do Plenário do Conselho Nacional de Saúde [9], homologada pelo Ministério da Saúde, resolveu-se por

“3. Atribuir ao Ministério da Saúde a responsabilidade de promoção de ações que visem à prevenção da anencefalia, disponibilizando o ácido fólico na rede básica de saúde para acesso de todas as mulheres no período pré-gestacional e gestacional, além de garantir a inclusão de ácido fólico nos insumos alimentícios;

4. Propor que o Ministério da Saúde assegure serviços de saúde qualificados para garantir o acesso às gestantes que desejarem manter ou interromper a gravidez, inclusive proporcionando à mulher e seus familiares assistência terapêutica aos transtornos psíquicos decorrentes da gravidez de fetos anencefálicos”.

Vê-se aí a preocupação em difundir e estimular o consumo de ácido fólico que, segundo estudos, dificulta a ocorrência de más-formações fetais, não apenas a acefalia, além de enfatizar a necessidade de orientação psicológica, a exemplo do já adotado em outros países.

No tocante à realização de aborto nas hipóteses legalmente previstas, o Ministério da Saúde elaborou a norma técnica “Atenção humanizada ao abortamento [10]”, direcionada aos profissionais da saúde. Sua redação estabelece um verdadeiro roteiro para o atendimento da gestante que pretende ou necessita abortar, indicando como as gestantes devem ser orientadas para o período pós-abortamento em relação a planejamento reprodutivo e métodos anticoncepcionais, etc.

Além disso, a norma técnica também prevê o procedimento de

ADPF 54 / DF

justificação e autorização da interrupção da gravidez, nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde [11]. Este processo é composto por quatro fases, que incluem a necessidade de relato circunstanciado do evento, perante dois profissionais de saúde do SUS, parecer técnico de profissional especialista, avaliação de equipe de saúde multiprofissional, que deve ser composta, no mínimo, por obstetra, anestesista, enfermeiro, assistente social e/ou psicólogo.

A segurança do diagnóstico é que poderá, na prática, tutelar o direito à privacidade da mulher, bem como a boa utilização da autonomia da vontade individual, com o intuito de permitir que tome, com consciência e segurança, qualquer decisão sobre tema tão delicado.

A Corte, portanto, a meu ver deve recomendar fortemente que o Ministério da Saúde edite, além das já existentes, norma específica sobre o aborto de fetos anencéfalos, que cuide, em especial, da presteza do diagnóstico. Isso porque é esta providência que trará a segurança mínima exigida para que a gestante tome a difícil decisão de interromper ou continuar a gravidez do feto diagnosticado com anencefalia.

5. DA DECISÃO COM EFEITOS ADITIVOS

A requerente pede a interpretação conforme à Constituição dos seguintes preceitos normativos constantes do Código Penal:

“Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.

Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante.

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”.

ADPF 54 / DF

Requer, com isso, que a antecipação voluntária do parto em casos de gravidez de feto anencéfalo não seja considerada suporte fático do crime de aborto, reconhecendo-se à gestante o direito constitucional de se submeter ao procedimento médico adequado. Conforme a peça inicial: “o pedido é para que este Tribunal proceda à interpretação conforme à Constituição de tais normas, pronunciando a inconstitucionalidade da incidência das disposições do Código Penal na hipótese aqui descrita”.

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição [12]. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição [13]. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão [14].

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto [15] e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador [16].

Assim, a prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto [17].

Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações. Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que “a problemática dos limites da interpretação conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral” [18].

A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que

ADPF 54 / DF

minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

A experiência das Cortes Constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a *Corte Costituzionale* italiana [19] – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação.

Sobre o tema, é digno de nota o estudo de Joaquín Brage Camazano [20], do qual cito a seguir alguns trechos:

“La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de ‘legislador negativo’. Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico ‘arsenal’ sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple ‘constitucionalidad/ inconstitucionalidad’, es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, ‘la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección’ de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, ‘certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo”.

ADPF 54 / DF

Certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática, comum a qualquer jurisdição constitucional.

Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade.

Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme à Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da “lei ainda constitucional” e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade [21].

Uma breve análise retrospectiva da prática dos Tribunais Constitucionais e de nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização dessas decisões, comumente denominadas “atípicas”, as converteram em modalidades “típicas” de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar.

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme

ADPF 54 / DF

possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei [22].

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador [23].

No julgamento conjunto das ADIn 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme à Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei [24].

Em outros vários casos mais antigos [25], também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos* [26].

Sobre a evolução da Jurisdição Constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português Blanco de Moraes fez a seguinte análise:

“(...) o fato é que a Justiça Constitucional brasileira deu, onze anos volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através do alargamento dos efeitos manipulativos das decisões de inconstitucionalidade.

Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos.

Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 3105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a todos aproveitaria. Dessa

ADPF 54 / DF

eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores inactivos, de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos”.

Assim, observe-se que, nesta ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos, caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de ilicitude – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto. Isso quer dizer que, pelo menos segundo o meu voto, está rechaçado o argumento da autora, de atipicidade do fato.

Acolho a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto.

Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Em verdade, é preciso deixar claro que a prolação de decisões interpretativas com efeitos aditivos não é algo novo na jurisprudência do STF. Poder-se-ia, inclusive, atestar que se trata apenas de uma nova nomenclatura, um novo (e mais adequado) termo técnico para representar formas de decisão que o Tribunal costuma tomar quando

ADPF 54 / DF

realiza a conhecida interpretação conforme a Constituição e, com isso, acaba por alterar, ainda que minimamente, os sentidos normativos do texto legal. Tornou-se algo corriqueiro mencionar a jurisprudência da Corte italiana sobre o tema para, num exercício de direito comparado, defender a “introdução” de novas técnicas de decisão no controle abstrato no Brasil.

Não obstante, atente-se para o fato de que os problemas solucionados pela Corte italiana por meio de sentenças aditivas são muitas vezes idênticos àqueles enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal quando aplica a técnica da interpretação conforme a Constituição. Portanto, ainda que se queira denominar a decisão tomada nesta ADPF como interpretação conforme, ela não deixará de ser, consoante a nomenclatura tecnicamente mais adequada, uma decisão interpretativa (manipulativa) com efeitos aditivos.

É certo que a incidência de decisões com efeitos aditivos em matéria criminal não está livre de críticas. Parece sensato assumir todas as cautelas quando se trata de produzir decisões manipulativas sobre normas de caráter penal, tendo em vista os princípios da legalidade (e reserva de lei e reserva de Parlamento) e da tipicidade (cerrada) penal. A sentença *aditiva in malam partem* é extremamente reprovável, todavia, se proferida *in bonam partem*, abre-se uma brecha explorável para a prolação de decisão manipulativa que tenha efeito restritivo da norma penal, não ofensiva ao postulado da reserva de lei.

A doutrina especializada sobre o tema alerta sobre isso. Díaz Revorio, por exemplo, afirma que, *“ainda que a sentença aditiva não suponha uma intervenção equiparável a uma lei, não se pode desconhecer que realiza uma nova interpretação desta – precedida, nesse caso, de uma anulação parcial – que excede o que está expressamente previsto em seu texto”*. Nesse caso, *“não parece adequado esse tipo de decisão no âmbito especialmente rigoroso da reserva de lei penal”*. *“Essas ideias são válidas para qualquer tipo de sentença aditiva que realize uma extensão das hipóteses de sanção, das penas previstas, das circunstâncias agravantes, ou em geral qualquer tipo de interpretação in malam partem. Muito mais duvidosa é a questão de se é lícito a aplicação das sentenças*

ADPF 54 / DF

aditivas em matéria penal in bonam partem”[27].

Porém, o fato de o âmbito normativo penal ser a área mais problemática de aplicação das decisões de efeitos aditivos não deve significar o seu completo rechaço nessa seara. No caso brasileiro – assim como ocorreu também na realidade italiana –, o controle da constitucionalidade da legislação penal pré-constitucional (como é o caso do Código Penal, de 1940) pode impor à Corte a necessidade de adoção de uma interpretação evolutiva atualizadora dessa legislação em face da ordem constitucional de 1988, exigindo uma decisão interpretativa com efeitos aditivos, que ocorrerá *in bonam partem*, no caso em exame.

A Corte Constitucional italiana, por exemplo, possui jurisprudência sobre decisões interpretativas com efeitos aditivos em matéria penal. Os casos foram bem relatados e analisados em artigo de Paulo Paiva, “Decisões Manipulativas em Controle de Constitucionalidade e sua Admissibilidade em Matéria Penal”, publicado no Observatório da Jurisdição Constitucional (Ano 2, 2008/2009, www.idp.edu.br/observatorio):

“A análise tipológica do conjunto de decisões manipulativas proferidas em matéria criminal pela Corte parece indicar a prevalência de decisões aditivas e substitutivas, embora presentes também as decisões de nulidade parcial com efeitos aditivos. Extraíndo ainda um outro resultado da sobredita análise, há indícios de que as sentenças aditivas são usualmente utilizadas para restringir o âmbito de incidência de uma norma penal incriminadora ou alargar o de um enunciado exculpante, enquanto as decisões substitutivas são eleitas quando se trata de corrigir a inconstitucionalidade na fixação de penas, realizando literal controle da razoabilidade constitucional do dispositivo cominatório.

Da primeira espécie, ou seja, decisões aditivas, são exemplos as sentenças 108/1974, 27/1975 e 61/1995. No julgado mais antigo, a Corte considerou o art. 415 do Código Penal italiano “ilegítimo constitucionalmente, na parte em que não

ADPF 54 / DF

especifica” que a instigação a luta de classes, para ser considerada crime, “deve ser exercida de modo perigoso para a tranquilidade pública”. Na decisão de 1995, novamente a Corte de Roma avançou em matéria penal, para declarar a ilegitimidade constitucional do art. 39 do Código Penal Militar, “*na parte em que não exclui* da inescusabilidade da ignorância de dever inerente ao estado militar, a ignorância inevitável”.

Prosseguindo na análise das decisões aditivas em matéria criminal, o autor ressalta que a Corte italiana já teve a oportunidade de se pronunciar dessa forma em caso sobre aborto praticamente idêntico ao versado nesta ADPF 54:

“Dentre as decisões aditivas *stricto sensu*, importa-nos, sobretudo, a sentença 27/1975, por versar problemas, tanto processuais como de mérito, em vários pontos similares aos que ocupam o Supremo Tribunal Federal na ADPF-54. Na ocasião submeteu-se à Corte italiana incidente acerca da inconstitucionalidade do art. 546 do Código Penal, *na parte em que* punia quem praticava o aborto em hipóteses nas quais, embora não estivesse a mãe sob perigo atual de morte configurador do estado de necessidade, a gravidez fosse atestadamente comprometedor do bem-estar físico e do equilíbrio psíquico da gestante. O Tribunal considerou, então, que o interesse protegido constitucionalmente relativo ao feto poder-se-ia chocar, em algumas circunstâncias, com outros interesses igualmente dignos do ponto de vista constitucional. E que, por isso, a ‘lei não pode dar ao primeiro prevalência total e absoluta, negando aos outros a adequada proteção. E é justo esse vício de legitimidade constitucional que invalida a atual disciplina penal do aborto’. Considerou a Corte, ainda, que o dispositivo genérico do aborto necessário não cobria a hipótese, pois o dano físico e psíquico da gestante pode ser previsível, sem ser imediato. **Sentenciou, então, que a declaração de ilegitimidade do art. 546 apresentava-se inevitável, lavrando dispositivo no sentido de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo penal atacado, “na parte em que não prevê que a**

ADPF 54 / DF

gravidez possa ser interrompida quando a continuação da gestação implique dano, ou perigo, grave, atestado por médico, para a saúde da mãe". (grifei)

Portanto, tal como vivenciado na realidade italiana, não seria incorreto considerar a possibilidade de que, também entre nós, o Supremo Tribunal Federal, ante a premente necessidade de atualização do conteúdo normativo do art. 128 do Código Penal de 1940, venha a prolatar uma decisão com efeitos aditivos para admitir que, além do aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, *não se deve punir o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia.*

Essa parece ser uma técnica viável de decisão, que de nenhuma maneira atenta contra os princípios da legalidade (e reserva de lei) estrita e da tipicidade penal. Faço, no entanto, uma imprescindível ressalva: é que as decisões manipulativas de efeitos aditivos, como essa que se propõe, devem observar limites funcionais claros, isto é, elas devem submeter-se à liberdade de conformação do legislador, que poderá, a qualquer tempo, editar norma sobre o tema. Desse modo, é preciso reconhecer que a decisão desta Corte não impedirá o advento de legislação sobre o assunto, devendo antes servir de estímulo à atuação do legislador.

CONCLUSÃO

Com essas considerações, voto no sentido da procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar interpretação conforme a Constituição, com efeitos aditivos, ao art. 128 do Código Penal, para estabelecer que, além do aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, *"não se pune o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia comprovada por junta médica competente, conforme*

ADPF 54 / DF

**normas e procedimentos a serem estabelecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)”.
Para o cumprimento desta decisão, é indispensável que o Ministério da Saúde regulamente adequadamente, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia. Enquanto pendente regulamentação, a anencefalia deverá ser atestada por no mínimo dois laudos diagnósticos, produzidos por médicos distintos, e segundo técnicas de exame atuais e suficientemente seguras.**

Para o cumprimento desta decisão, é indispensável que o Ministério da Saúde regulamente adequadamente, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia. Enquanto pendente regulamentação, a anencefalia deverá ser atestada por no mínimo dois laudos diagnósticos, produzidos por médicos distintos, e segundo técnicas de exame atuais e suficientemente seguras.

[1]Levantamento realizado pela Profa. Débora Dinis, do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis). Disponível em <http://www.unb.br/noticias/unbagenzia/unbagenzia.php>

Acesso em: 9.4.2012.

[2]BVerfGE 30,336 [350].

[3]SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*.

Disponível na Internet:

<http://www.mundojuridico.adv.br><http://www.mundojuridico.adv>

Acesso em 10.4.2012

[4]88 BverfGE 203. Tradução feita de reprodução da decisão em língua inglesa, por SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*.

[5]BVerfGE 88, 203

[6]*Schwangerschaftsabbruch I* - BVerfGE 39,1

[7]BRAGE CAMAZANO, Joaquin. Más reformas en Justicia. Publicado em: El Heraldo del Henares, edição de 1.4.2012. Disponível em: <http://www.elheraldodelhenares.es/pag/noticia.php?cual=12850>

[8]BRAGE CAMAZANO, Joaquin. Más reformas en Justicia. Publicado em: El Heraldo del Henares, edição de 1.4.2012. Disponível em: <http://www.elheraldodelhenares.es/pag/noticia.php?cual=12850>

[9]Resolução Nº 348, de 10.3.2005.

[10]Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas.

ADPF 54 / DF

Atenção Humanizada ao Abortamento: Norma Técnica / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Área Técnica de Saúde da Mulher. – 2. ed. atual. e ampl. – Brasília : Ministério da Saúde, 2010

[11]Portaria MS/GM n. 1.508, de 1.9.2005

[12]Rp. 948, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 82:55-6; Rp. 1.100, RTJ, 115:993 e s.

[13]Cf., a propósito, Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ, 125:997.

[14]Cf., a propósito, Rp. 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ, 126:514; Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ, 125:997; Rp. 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ, 9 set. 1988.

[15] Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 95.

[16]ADIn 2405-RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADIn 1344-ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.04.2006; RP 1417-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988; ADIn 3046-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.05.2004.

[17]Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ, 125:997; Rp. 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ, 126:514; Rp. 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ, 9 set. 1988.

[18]MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 301.

[19]Cf. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003.

[20]CAMAZANO, Joaquín Brage. *Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”)*. en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa.

[21]RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 7.5.2004.

[22]ADIn 2405-RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADIn 1344 -ES, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.04.1996; RP 1417 -DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988.

[23]ADI 3324, ADI 3046, ADI 2652, ADI 1946, ADI 2209, ADI 2596,

ADPF 54 / DF

ADI 2332, ADI 2084, ADI 1797, ADI 2087, ADI 1668, ADI 1344, ADI 2405, ADI 1105, ADI 1127.

[24]ADIn 1105-DF e ADIn 1127 -DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski.

[25]ADI 3324, ADI 3046, ADI 2652, ADI 1946, ADI 2209, ADI 2596, ADI 2332, ADI 2084, ADI 1797, ADI 2087, ADI 1668, ADI 1344, ADI 2405, ADI 1105, ADI 1127.

[26]Sobre a difusa terminologia utilizada, vide: MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra Editora; 2005, p. 238 e ss. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova; 2001. LÓPEZ BOFILL , Héctor. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch; 2004. [27] Op. cit. p. 220-221.

12/04/2012**PLENÁRIO****ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL****EXPLICAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, estou fazendo essas observações porque a presença no debate das entidades religiosas faz com que, às vezes, essas entidades sejam quase que colocadas nesse julgamento no banco de réus, como se estivessem a fazer algo de indevido. E é bom que se diga que elas não estão fazendo algo de indevido, ao apresentarem as advertências que lhes incumbe enquanto missão institucional.

Por outro lado, Presidente, é preciso tratar dessa temática de forma “desemocionalizada”. A herança religiosa, que se reflete inclusive nos feriados nacionais, pode se revelar em fontes racionais e emocionais de consenso de que necessita o estado constitucional, no dizer de Peter Häberle.

Eu, recentemente, acompanhava esse célebre caso dos crucifixos, agora referidos, a partir da decisão do Conselho Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, e ficava preocupado com esse tipo de desenvolvimento. Talvez, daqui a pouco, nós tenhamos a supressão do Natal em nosso calendário – para isso chama a atenção Häberle –, ou, sei lá, a revisão do calendário gregoriano.

Quer dizer, toda a cultura cristã. O domingo – embora o texto constitucional até diga que o descanso há de se fazer, preferencialmente, aos domingos – já foi objeto até de discussão. Ou, sei lá se alguma figura inspirada, numa ação civil pública, não vai pedir a supressão do Cristo ou a demolição do Cristo Redentor, no Rio de Janeiro. Em suma, é preciso ter muito cuidado com esse tipo de delírio, com esses faniquitos anticlericais.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A figura de Cristo está muito acima do vínculo entre Cristo e cristianismo, por exemplo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim.

ADPF 54 / DF

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - E é um fenômeno eminentemente...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tanto é que marca uma civilização.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Toda uma civilização.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tanto é que marca um tempo. Então, é preciso ter muito cuidado.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - E, culturalmente, tão significativa a presença de Cristo, tão plasmadora, digamos assim, do nosso modo de conceber a vida, de praticá-la, que foi ele o único ser humano que, no mundo ocidental, rachou a história da humanidade em dois períodos, antes e depois dele. Quer dizer, isso justifica, sim, o culto à liderança exercida por Cristo no mundo inteiro, independentemente do cristianismo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Ayres, se Vossa Excelência me permite: ontem, eu acho que a tônica do debate foi exatamente o respeito ao pluralismo. Isto ficou bem patente aqui, tanto que foi destacado que se respeitava a posição daqueles que entendiam que deveriam levar a cabo o parto segundo as suas convicções. Todas as convicções foram aqui respeitadas, não houve nenhum movimento extremo de repúdio a qualquer tipo de ideologia. Houve um respeito ao pluralismo, que é um dever de ofício desta Casa.

12/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Assim, Presidente, manifesto-me no sentido da procedência da ADPF, pedindo vênua ao Ministro Lewandowski, que nos brindou com um brilhante e cuidadoso voto, referindo-se a pontos específicos da limitação, inclusive, do legislador, ou da necessidade de que o legislador tome as deliberações a propósito do tema, e fazendo as ressalvas devidas quanto a diversos fundamentos expendidos nos votos, inclusive no voto proferido pelo Relator.

É assim que me manifesto, Presidente.

12/04/2012

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Quero destacar, antes de mais nada, Senhor Presidente, o *magnífico* voto **proferido** pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, Relator **da presente** causa, bem assim registrar a *excelência* dos pronunciamentos dos eminentes Juízes desta Suprema Corte **que me precederam** neste julgamento, **além de ressaltar** as *valiosíssimas* sustentações orais aqui produzidas, seja pela parte arguente, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, seja pelo eminente Procurador-Geral da República.

À **semelhança** do que afirmei no julgamento da ADI 3.510/DF, **que versou** o tema da utilização de terapias celulares, com células-tronco embrionárias, **destinadas** ao tratamento de doenças ou de alterações degenerativas, **também desejo registrar**, Senhor Presidente, que, neste caso, **e em quase 44 anos** de atuação na área jurídica, primeiro como membro do Ministério Público paulista e, agora, como Juiz do Supremo Tribunal Federal, nunca participei de um processo que se revestisse da magnitude **que assume** o presente julgamento.

ADPF 54 / DF

Este julgamento, que é efetivamente histórico, eis que nele estamos a discutir o alcance e o sentido da vida e da morte, revela que o Direito, em nosso País, estruturado sob a égide de um Estado laico, secular e democrático, é capaz de conferir dignidade às experiências da vida e aos mistérios insondáveis da morte, possibilitando, assim, que esta Suprema Corte supere os graves desafios representados pelos dilemas éticos e jurídicos resultantes do litígio ora em debate, o que permitirá, ao Tribunal, no caso em análise, proferir decisão impregnada da mais elevada transcendência, porque motivada pelo exame de temas instigantes que nos estimulam a julgar esta controvérsia a partir da perspectiva emancipatória dos direitos humanos.

Este é um julgamento que se mostra fiel "ao espírito de nossa era e à realidade de nossos tempos", pois reflete a esperança de um número indeterminado de mulheres que, embora confrontadas com a triste e dramática situação de serem portadoras de feto anencefálico, estão a receber, hoje, aqui e agora, o amparo jurisdicional do Supremo Tribunal Federal que lhes garante o exercício, em plenitude, do direito de escolha entre prosseguir no curso natural da gestação ou interrompê-la, sem receio, neste caso, de sofrer punição criminal ou indevida interferência do Estado em sua esfera de autonomia privada.

ADPF 54 / DF

O **Supremo Tribunal Federal**, *Senhor Presidente*, no **estágio** em que já se acha este julgamento, **está a reconhecer** que a mulher, **apoiada** em razões diretamente fundadas em seus direitos reprodutivos e protegida pela eficácia incontrastável dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade, **tem o direito insuprimível** de optar pela antecipação terapêutica de parto, **nos casos** de comprovada malformação fetal por anencefalia, **ou, então, legitimada por razões que decorrem de sua autonomia privada, o direito de manifestar** a sua vontade individual pelo prosseguimento do processo fisiológico de gestação.

Este julgamento **concerne** a uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, **ajuizada** pela Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde (CNTS), **na qual** se postula **seja declarado**, pelo Supremo Tribunal Federal, *"que as normas penais sobre aborto não incidem sobre a hipótese de antecipação de parto de feto anencefálico - quando tal condição seja atestada por laudo médico"*.

Apoia-se, a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, **na alegação de que** "A 'vida' intra-uterina do

ADPF 54 / DF

feto anencefálico corresponde, a rigor, apenas ao funcionamento de seus órgãos, mantido pelo corpo da gestante ao qual está ligado, da mesma forma que os órgãos de um indivíduo cuja morte cerebral tenha sido constatada podem ser mantidos em funcionamento por aparelhos a ele conectados", **afirmando-se**, também, **que**, "se não há, na hipótese, vida a ser protegida, nada justifica a restrição aos direitos fundamentais da gestante (dignidade, liberdade e saúde) que a obrigação de levar a cabo a gravidez acarreta", **eis que**, em tal hipótese - **segundo sustenta** -, "A incidência da norma penal no caso (...) será inteiramente desproporcional e inconstitucional".

Busca-se, portanto, **na presente** sede de controle normativo abstrato, **seja declarada a inaplicabilidade** dos dispositivos penais **relativos** ao crime de aborto (**CP**, arts. 124 e 126, "caput"), **naquelas hipóteses** de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, **procedendo-se**, para tanto, a um juízo de "ponderação de valores", **eis que** - *segundo sustenta a arguente* - **a permanência de um feto destituído de viabilidade, incapaz, portanto, de sobreviver, autonomamente**, em ambiente extrauterino, **não pode justificar**, **quanto à gestante**, "o imenso sofrimento a que esta estará sujeita, por meses a fio, submetendo-se, inutilmente, às transformações físicas e psicológicas trazidas pela gravidez".

ADPF 54 / DF

Relembrando o saudoso Ministro LUIZ GALLOTTI **e** **considerando** o alto significado da decisão **a ser tomada** por esta Suprema Corte, **nesta** ação de descumprimento de preceito fundamental, sobre o pretendido direito, **em favor de gestantes**, à antecipação terapêutica de parto, nas situações excepcionais de anencefalia fetal, **tenho presente** a grave advertência, por ele **então** lançada, de que, **em casos emblemáticos** como este, o Supremo Tribunal Federal, **ao proferir** o seu julgamento, **poderá ser, ele próprio, "julgado pela Nação"** (**RTJ** 63/299, **312**).

A irrecusável magnitude do direito à vida **e** a discussão em torno de sua titularidade, **notadamente** se considerada, *quanto a esta*, **a perspectiva enfatizada** pelo eminente Procurador-Geral da República, **impõem** o confronto de tais valores **com aqueles que se fundam nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres**, **ainda mais** se se tiver presente, *sob tal aspecto*, que **esses** direitos - **entre** os quais se acham **o de praticar, sob determinadas condições, o aborto seguro** ("safe abortion"), **o de controlar** a própria fecundidade **e o de decidir**, de forma livre, autônoma **e** responsável, **sobre questões** atinentes à sua sexualidade - **representam projeção expressiva** dos direitos humanos reconhecidos, *às mulheres*, pelas sucessivas Conferências internacionais **promovidas** pela ONU na década de 90 (**em**

ADPF 54 / DF

especial a Conferência de Viena sobre Direitos Humanos de 1993, a Conferência de Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, de 1995, realizada em Pequim).

O longo itinerário histórico percorrido pelo movimento feminista, **seja** em nosso País, **seja** no âmbito da comunidade internacional, **revela** trajetória **impregnada** de notáveis avanços, **cuja significação** teve o elevado propósito **de repudiar** práticas sociais **que injustamente subjugavam** a mulher, **suprimindo-lhe** direitos **e impedindo-lhe** o pleno exercício **dos múltiplos papéis** que a moderna sociedade, **hoje**, lhe atribui, **por legítimo direito de conquista**.

O movimento feminista - que fez instaurar um processo de inegável transformação de nossas instituições sociais - **buscou**, na perspectiva concreta de seus grandes objetivos, **estabelecer um novo paradigma cultural, caracterizado** pelo reconhecimento **e** pela afirmação, **em favor** das mulheres, **da posse de direitos básicos fundados** na essencial igualdade entre os gêneros.

Todos sabemos, Senhor Presidente, **sem desconhecer** o relevantíssimo papel pioneiro desempenhado, **entre nós**, no passado,

ADPF 54 / DF

por grandes vultos brasileiros que se notabilizaram no processo de afirmação da condição feminina, que, **notadamente a partir** da década de 1960, **verificou-se** um significativo avanço na discussão de temas intimamente ligados à situação da mulher, **registrando-se, no contexto desse processo histórico, uma sensível evolução** na abordagem das questões de gênero, de que resultou, em função de um incessante movimento de caráter dialético, **a superação** de velhos preconceitos culturais e sociais **que impunham, arbitrariamente, à mulher, mediante incompreensível resistência** de natureza ideológica, **um inaceitável** tratamento discriminatório e excludente, **que lhe negava** a possibilidade de protagonizar, **como ator relevante, e fora do espaço doméstico**, os papéis que, até então, lhe haviam sido recusados.

Dentro desse contexto histórico, **a mística feminina, enquanto sinal visível** de um processo de radical transformação de nossos costumes, **teve a virtude, altamente positiva, consideradas** as adversidades enfrentadas pela mulher, **de significar uma decisiva resposta contemporânea** aos gestos de profunda hostilidade, que, **alimentados** por uma **irracional** sucessão de fundamentalismos - **quer** os de caráter teológico, **quer** os de índole política, **quer, ainda, os** de natureza cultural -, **todos eles impregnados da marca da intolerância** e **que culminaram**, em determinada etapa de nosso

ADPF 54 / DF

processo social, **por subjugar, injustamente, a mulher, ofendendo-a** em sua inalienável dignidade **e marginalizando-a** em sua posição de pessoa **investida** de plenos direitos, **em condições de igualdade** com qualquer representante **de gênero** distinto.

Cabe ter presente, bem por isso, neste ponto, ante a sua **extrema** importância, a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos **promovida** pela Organização das Nações Unidas (1993), **na passagem em que** esse instrumento, **ao reconhecer** que os direitos das mulheres, **além de** inalienáveis, "constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais" (**Capítulo I, item n. 18**), **deu expressão prioritária** à "plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional (...)" (**Capítulo I, item n. 18**).

Foi com tal propósito que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos **instou**, de modo particularmente expressivo, que "as mulheres tenham pleno e igual acesso aos direitos humanos e que esta seja uma prioridade para os Governos e as Nações Unidas", **enfatizando**, ainda, "a importância da integração e plena participação das mulheres como agentes e beneficiárias do processo

ADPF 54 / DF

de desenvolvimento...”, **tudo isso** com a finalidade de pôr em relevo a necessidade “**de se trabalhar** no sentido de eliminar todas as formas de violência contra as mulheres na vida pública e privada, **de eliminar** todas as formas de assédio sexual, exploração e tráfico de mulheres, **de eliminar** preconceitos sexuais na administração da justiça **e de erradicar** quaisquer conflitos que possam surgir entre os direitos da mulher e as consequências nocivas de determinadas práticas tradicionais ou costumeiras, do preconceito cultural e do extremismo religioso” (Capítulo II, “B”, n. 3, **itens** ns. 36 e 38 - grifei).

Esse **mesmo** compromisso **veio a ser reiterado** na Declaração de Pequim, **adotada** na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, **realizada** na capital da República Popular da China (1995), **quando, uma vez mais, proclamou-se** que práticas e atos como o assédio sexual “são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser combatidos e eliminados”, **conclamando-se** os Governos **para a urgente adoção** de medidas **destinadas a combater e a eliminar** todas as formas de violência e de constrangimento “contra a mulher na vida privada e pública, **quer** perpetradas ou toleradas pelo Estado ou pessoas privadas” (“**Plataforma de Ação**”, Cap. IV, “I”, item n. 224), **especialmente** quando tais atos **traduzirem** abuso

ADPF 54 / DF

de poder, **tal como expressamente** reconhecido nessa Conferência Internacional sobre a Mulher.

O **eminente** Embaixador JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES, **em lapidar reflexão crítica** sobre o tema pertinente à condição feminina (**"Relações Internacionais e Temas Sociais - A Década das Conferências"**, p. 240/241, item n. 7.6, 2001, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília), **expendeu** considerações extremamente relevantes sobre o processo de afirmação, expansão e consolidação dos direitos da mulher no século XX, **analisando-os** em função **das diversas** conferências internacionais **promovidas** sob a égide da Organização das Nações Unidas:

"Seja pelo desenvolvimento de sua situação em grande parte do mundo, **seja nos documentos** oriundos de cada uma das quatro grandes conferências da ONU a ela dedicadas nas três últimas décadas, **o caminho percorrido pela mulher no século XX**, mais do que um processo bem-sucedido de auto-ilustração no sentido kantiano - da qual a mulher efetivamente equiparada ao homem prescindiria e a mulher biológica 'per se' não necessitaria -, **evidencia uma capacidade de auto-afirmação, luta e conquista de posições inigualáveis na História**. O fato é tão evidente que sua reiteração soa lugar-comum. Mais interessantes parecem os marcos conceituais de tal evolução.

Na descrição de Miriam Abramovay, o desenvolvimento conceitual subjacente à prática do feminismo passou, nas últimas duas décadas, dos enfoques reducionistas que encaravam a mulher como ente biológico, ao tratamento de sua situação como ser social, 'ou seja, incorporou-se a perspectiva de gênero para compreender a posição da

ADPF 54 / DF

mulher na sociedade'. As conferências da ONU sobre a mulher, por sua vez, sempre tendo como subtítulo os termos 'Igualdade, Desenvolvimento e Paz', foram expandindo os campos prioritários de atuação. A partir dos subtemas do trabalho, da educação e da saúde, na Conferência do México, em 1975, passaram a incluir a violência, conflitos armados, ajustes econômicos, poder de decisão e direitos humanos em Nairóbi, em 1985, e, agora, abrangem os novos temas globais do meio ambiente e dos meios de comunicação, além da situação particular das meninas. As estratégias, que privilegiavam originalmente a integração da mulher no processo de desenvolvimento, em Nairóbi, já afirmavam que 'o papel da mulher no processo de desenvolvimento tem relação com o desenvolvimento de toda a sociedade'. **Faziam-no, porém, sem um exame mais detido das relações históricas assimétricas homem-mulher, que incorporam relações de poder.**

Em Beijing, as relações de gênero, com seu substrato de poder, passaram a constituir o cerne das preocupações e dos documentos adotados, tendo como asserção fundamental a reafirmação dos direitos da mulher como direitos humanos. E nestes se acham, hoje, naturalmente, incluídos seus direitos e necessidades específicos, particularmente os reprodutivos, os sexuais e os referentes à violência de que são vítimas, por indivíduos e sociedades, tradições, legislações e crenças." (grifei)

Cabe referir, neste ponto, por oportuno, a precisa observação de GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA ("Princípio da Paternidade Responsável", "in" Revista de Direito Privado, vol. 18/21-41, 23/24, 2004, RT), ilustre Professor e Magistrado, feita em estudo no qual examina questões de bioética e de biodireito, associadas ao tema da reprodução humana, da saúde sexual e reprodutiva e da parentalidade responsável, **noção esta fundada no**

ADPF 54 / DF

exercício consciente, pelas pessoas, dos direitos reprodutivos de que são titulares:

"O movimento tendente à igualdade entre o homem e a mulher revela que os direitos fundamentais da mulher também se referem aos direitos reprodutivos e sexuais, e, nesse passo, a aquisição e o efetivo exercício de tais direitos dependem não da igualdade meramente formal, mas especialmente material entre os sexos masculino e feminino na condução de questões pessoais relacionadas ao exercício da sexualidade e da procriação. No campo internacional, Flávia Piovesan aponta a Conferência de Cairo sobre População e Desenvolvimento, ocorrida em 1994, como o evento internacional que proporcionou a formulação de importantes princípios éticos relacionados à esfera dos direitos reprodutivos, como os seguintes: o reconhecimento dos direitos reprodutivos como direitos humanos pelos Estados; o direito da pessoa de ter controle sobre questões relativas à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva; liberdade de decisão sem coerção, discriminação ou violência como direito fundamental.

Talvez não haja maior exemplo da interseção entre o público e o privado do que os direitos reprodutivos, porquanto, a despeito da sexualidade - e, logicamente, da procriação - tradicionalmente ser considerada tema relacionado à maior intimidade da pessoa, os impactos deletérios sentidos pela humanidade a respeito dos problemas decorrentes da falta de informação, do aumento descontrolado das famílias, do adensamento populacional em determinados lugares com a perspectiva de falta de recursos suficientes para atender às necessidades da população - diante da finitude dos bens materiais -, entre outros, fizeram com que os Estados tivessem que considerar a importância do planejamento familiar, e, para tanto, os debates internacionais foram - como ainda são - de extrema relevância. O Plano de Ação de Cairo, de 1994, recomenda às nações que adotem uma série de providências com o fim de buscarem obter certos objetivos, como, por exemplo, o crescimento econômico sustentado, a educação -

ADPF 54 / DF

particularmente das meninas, a redução da mortalidade neo-natal, infantil e materna e o acesso universal e democrático aos serviços de saúde reprodutiva especialmente de planejamento familiar e de saúde reprodutiva e sexual. **Importante conclusão da Conferência de Cairo** se vincula mais proximamente às esferas pessoais do homem e da mulher: **às mulheres deve ser reconhecido** o direito de liberdade de opção e a responsabilidade social sobre a decisão pertinente ao exercício da maternidade - com direito à informação e direito a ter acesso aos serviços públicos para o exercício de tais direitos e responsabilidades reprodutivas -, **ao passo** que aos homens devem ser reconhecidas responsabilidades pessoal e social pelos comportamentos de índole sexual que repercutam na saúde e bem-estar das mulheres e dos filhos que gerarem com elas. Assim, ambos - homem e mulher podem conscientemente exercer seus direitos de liberdade sexual, o que implica a assunção de responsabilidades - deveres - resultantes das consequências do exercício de tais direitos, notadamente no campo da reprodução humana." (grifei)

Reconheço, Senhor Presidente, antes de mais nada, a **absoluta propriedade** do meio processual ora utilizado, **considerada** a ausência de qualquer outra medida que viabilize uma solução pronta e eficaz para situações em que direitos fundamentais são postos em relação de frontal antagonismo, em estado de tensão dialética.

A plena admissibilidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, portanto, **tanto mais se justifica** quando se considera que a **controvérsia** ora suscitada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde **faz instaurar** - como já acentuado - **situação de antagonismo** entre valores

ADPF 54 / DF

fundamentais inerentes à própria ordem constitucional brasileira, **como o são o direito à vida, de um lado, analisado** na perspectiva da vida intrauterina, **e os direitos** à saúde (física e psíquica), à liberdade e à dignidade, **de que são titulares** as mulheres gestantes, *de outro.*

A relevância constitucional do tema em análise, portanto, **autoriza, plenamente,** a instauração da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, **mediante** o ajuizamento, formalizado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, da **presente** arguição.

Não questiono a sacralidade e a inviolabilidade do direito à vida. **Reconheço, por isso mesmo, para além** da adesão **a quaisquer** artigos de fé, **que o direito à vida reveste-se, em sua** *significação mais profunda,* de um sentido **de inegável** fundamentalidade, **não importando** os modelos políticos, sociais **ou** jurídicos que disciplinem a organização dos Estados, **pois - qualquer** que seja o contexto histórico em que nos situemos - "**o valor incomparável da pessoa humana**" **representará, sempre, o núcleo fundante e eticamente legitimador** dos ordenamentos estatais.

ADPF 54 / DF

Ressalto, ainda, por irrecusável, a essencialidade que assume, em nosso sistema jurídico, como fator estruturante do ordenamento estatal, a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o postulado da dignidade da pessoa humana - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, e traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Vê-se, daí, considerado o quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais e internacionais de direitos, que o Supremo Tribunal Federal se defronta, neste caso, com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

ADPF 54 / DF

Presente esse contexto, convém insistir na asserção de que o Poder Judiciário **constitui** o instrumento **concretizador** das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais **assegurados** pelos tratados e convenções internacionais **subscritos** pelo Brasil. **Essa alta missão**, que foi confiada aos juízes e Tribunais, **qualifica-se** como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário.

O juiz, no plano de nossa organização institucional, **representa** o órgão estatal **incumbido** de concretizar as liberdades públicas **proclamadas** pela declaração constitucional de direitos e **reconhecidas** pelos atos e convenções internacionais **fundados** no direito das gentes. Assiste, *desse modo*, ao magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição - e garante de sua supremacia - **na defesa incondicional e na garantia real** das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, *ainda*, **efetividade** aos direitos **fundados** em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão **socialmente** mais importante e **politicamente** mais sensível **que se impõe** aos magistrados, *em geral*, e a esta Suprema Corte, *em particular*.

ADPF 54 / DF

É dever dos órgãos do Poder Público - e notadamente dos juízes e Tribunais - **respeitar e promover a efetivação dos direitos **garantidos** pelas Constituições dos Estados nacionais **e assegurados** pelas declarações internacionais, **em ordem a permitir** a prática de um constitucionalismo democrático **aberto** ao processo **de crescente internacionalização** dos direitos básicos da pessoa humana.**

O respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado **como obrigação indeclinável, que se justifica **pela necessária submissão** do Poder Público **aos direitos fundamentais** da pessoa humana.**

O **conteúdo** dessas liberdades - **verdadeiras prerrogativas** do indivíduo **em face da comunidade estatal** - **acentua-se** pelo caráter ético-jurídico que assumem **e** pelo valor social que ostentam, **na proporção exata** em que essas franquias individuais **criam, em torno da pessoa**, uma área **indepassável** à ação do Poder.

Não se pode desconhecer, Senhor Presidente, **que se delinea**, hoje, **uma nova** perspectiva no plano do direito internacional. **É que**, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, **os tratados e convenções**,

ADPF 54 / DF

presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito **estranho** ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.

O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em **sucessivas** declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.

Torna-se importante destacar, sob tal perspectiva, que a **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**, realizada em Viena, em 1993, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, **representou** um passo decisivo no processo de reconhecimento, consolidação e contínua expansão dos direitos básicos da pessoa humana, notadamente dos direitos fundamentais da mulher, dentre os quais, como já referido, inscrevem-se os direitos sexuais e reprodutivos, com todas as consequências que deles resultam.

A Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, foi responsável - consoante observa o diplomata brasileiro JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES ("Os Direitos Humanos como Tema Global", p. 135/144,

ADPF 54 / DF

item n. 8.2, 1994, Perspectiva) - por significativos avanços conceituais que se projetaram nos planos concernentes à legitimidade das preocupações internacionais com os direitos humanos (Artigo 4º), à interdependência entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos (Artigo 8º) e, ainda, ao reconhecimento do sentido de universalidade dos direitos humanos (Artigo 5º) e, em particular, dos direitos sexuais e reprodutivos, que se qualificam, tal como acentuado pelo eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA no HC 84.025/RJ, como "componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal (...)".

Cumpr não desconhecer, nesse contexto, o alcance e o significado de **diversas** proclamações constantes da **Declaração de Viena**, especialmente daquelas **que enfatizam** o compromisso solene de **todos** os Estados promoverem o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas, **assegurando-lhes**, para esse efeito, **meios destinados** a viabilizar o acesso à própria jurisdição de organismos internacionais.

Resulta claro de todas as observações que venho de fazer que os tratados e convenções internacionais desempenham papel

ADPF 54 / DF

de significativo relevo **no plano** da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana.

É certo, ainda, que a presente controvérsia jurídica, mesmo que impregnada de evidente interdisciplinaridade temática, não pode nem deve ser reconhecida **como uma disputa entre Estado e Igreja, **entre** poder secular e poder espiritual, **entre** fé e razão, **entre** princípios jurídicos e postulados teológicos.**

Na realidade, o debate **em torno** da possibilidade de antecipação terapêutica de parto do feto anencefálico **não pode ser reduzido** à dimensão de uma litigiosidade **entre** o poder temporal e o poder religioso, **pois** o sistema jurídico brasileiro **estabelece, desde** o histórico **Decreto 119-A**, de 07/01/1890, **elaborado** por RUI BARBOSA e DEMÉTRIO RIBEIRO, **então** membros do Governo Provisório da República, **a separação** entre Estado e Igreja, **com afastamento** do modelo imperial **consagrado** na Carta monárquica de 1824, **que proclamava** o catolicismo como religião oficial do Estado brasileiro (art. 5º).

Todos sabemos que a laicidade traduz, desde 1890, um postulado essencial da organização institucional do Estado brasileiro, **representando, nesse contexto, uma decisão política**

ADPF 54 / DF

fundamental adotada pelos Fundadores da República, **cuja opção** - consideradas as circunstâncias históricas **então** presentes - **teve em perspectiva** a desgastante experiência **proporcionada** pela Carta Política do Império do Brasil, **notadamente** aquela **resultante** do gravíssimo **conflito** que se instaurou **entre** o Estado monárquico brasileiro **e** a Igreja Católica Romana, **a conhecida Questão Religiosa ou controvérsia episcopo-maçônica** (1872-1875), **que opôs** o trono imperial ao altar católico.

A laicidade do Estado, **enquanto** princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, **que impõe** a separação entre Igreja e Estado, **não só reconhece, a todos, a liberdade de religião** (**consistente no direito de professar ou de não professar** qualquer confissão religiosa), **como assegura** absoluta igualdade dos cidadãos **em matéria** de crença, **garantindo, ainda, às pessoas, plena liberdade** de consciência **e** de culto.

O conteúdo material da liberdade religiosa **compreende,** *na abrangência de seu significado,* **a liberdade** de crença (**que traduz** uma das projeções da liberdade de consciência), **a liberdade** de culto **e a liberdade** de organização religiosa, **que representam** valores **intrinsecamente** vinculados **e** necessários **à própria** configuração da

ADPF 54 / DF

ideia de democracia, **cuja noção se alimenta, continuamente, dentre outros fatores relevantes, do respeito ao pluralismo.**

Nesse contexto, e considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema jurídico, **impõe-se**, como elemento **viabilizador** da liberdade religiosa, **a separação institucional** entre Estado e Igreja, **a significar**, portanto, que, **no Estado laico**, **como o é o Estado brasileiro**, **haverá**, sempre, uma clara e precisa **demarcação** de domínios próprios de atuação **e** de incidência do poder civil (ou secular) **e** do poder religioso (ou espiritual), **de tal modo** que a escolha, ou não, de uma fé religiosa revele-se questão de ordem **estritamente** privada, **vedada**, no ponto, **qualquer** interferência estatal, **proibido**, ainda, ao Estado, **o exercício** de sua atividade **com apoio** em princípios teológicos, **ou** em razões de ordem confessional, **ou**, ainda, em artigos de fé, **sendo irrelevante** - em face da exigência constitucional **de laicidade do Estado** - **que se trate** de dogmas **consagrados** por determinada religião considerada **hegemônica** no meio social, **sob pena** de concepções de certa denominação religiosa **transformarem-se, inconstitucionalmente**, **em critério definidor** das decisões estatais **e** da formulação e execução de políticas governamentais.

ADPF 54 / DF

O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas.

Vale referir, neste ponto, o preciso magistério de DANIEL SARMENTO ("**Legalização do Aborto e Constituição**", "in" "Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos", p. 03/51, **26-27**, 2007, Lumen Juris):

"A Constituição de 88 não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI). Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas. (...).

A laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas - ou seja, em razões cuja

ADPF 54 / DF

possibilidade de aceitação pelo público em geral **independa** de convicções religiosas ou metafísicas particulares. **A laicidade do Estado não se compadece** com o exercício da autoridade pública **com fundamento** em dogmas de fé - **ainda que professados** pela religião majoritária -, **pois ela impõe** aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistância **em relação** às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.

Com efeito, uma das características essenciais das sociedades contemporâneas é o pluralismo. Dentro de um mesmo Estado, **existem** pessoas que **abraçam** religiões diferentes - **ou que não adotam nenhuma** -; **que professam** ideologias distintas; **que têm concepções** morais filosóficas díspares ou até antagônicas. **E, hoje, entende-se** que o Estado deve respeitar estas escolhas e orientações de vida, **não lhe sendo permitido** usar do seu aparato repressivo, **nem mesmo** do seu poder simbólico, **para coagir** o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade, **nem tampouco** para estigmatizar os 'outsiders'.

Como expressou a Corte Constitucional alemã, **na decisão** em que considerou inconstitucional a colocação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, 'um Estado no qual membros de várias ou até conflituosas convicções religiosas ou ideológicas devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica se se mantiver neutro em matéria de crença religiosa (...). A força numérica ou importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância.'

(...) **O princípio majoritário** (...) **não é outra coisa senão a transplantação para o cenário político-institucional** da idéia de intrínseca igualdade entre os indivíduos. Mas as pessoas só são tratadas como iguais quando o Estado demonstra por elas o mesmo respeito e consideração. E não há respeito e consideração quando se busca impingir determinado comportamento ao cidadão não por razões públicas, que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa ou filosófica com a qual ele não comungue nem tenha de comungar." (grifei)

ADPF 54 / DF

Em matéria confessional, portanto, o Estado brasileiro há de se manter em posição de estrita neutralidade axiológica, em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade do seu direito fundamental à liberdade religiosa.

O Estado não tem - nem pode ter - interesses confessionais. Ao Estado é indiferente o conteúdo das ideias religiosas que eventualmente venham a circular e a ser pregadas por qualquer grupo confessional, mesmo porque não é lícito ao Poder Público interditá-las ou censurá-las, sem incorrer, caso assim venha a agir, em inaceitável interferência em domínio naturalmente estranho às atividades estatais.

É por essa razão, Senhor Presidente, que cabe destacar a relevantíssima circunstância de que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, torna-se imperioso reconhecer que temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica - que busquem atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores de qualquer fé religiosa - estão, necessariamente, fora do alcance do poder censório do Estado, sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional de crença e de disseminação (sempre legítima) das mensagens inerentes às doutrinas confessionais em geral.

ADPF 54 / DF

A separação constitucional entre Estado e Igreja, desse modo, além de impedir que o Poder Público tenha preferência ou guarde hostilidade em relação a qualquer denominação religiosa, objetiva resguardar duas (2) posições que se revestem de absoluta importância: (1) assegurar, de um lado, aos cidadãos, a liberdade religiosa e a prática de seu exercício, e (2) obstar, de outro, que grupos fundamentalistas se apropriem do aparelho de Estado, para, com apoio em convicções ou em razões de ordem confessional, impor, aos demais cidadãos, a observância de princípios teológicos e de diretrizes religiosas.

Daí porque esta Suprema Corte não pode resolver qualquer controvérsia, como a que ora se examina, sob uma perspectiva de índole confessional.

O único critério a ser utilizado, portanto, na solução da controvérsia ora em exame é aquele que se fundamenta nos textos da Constituição, dos tratados e convenções internacionais e das leis da República e que se revela informado por razões de caráter eminentemente social e de natureza pública, em ordem a viabilizar, em favor da mulher e do profissional da área da saúde, a prática da interrupção do processo fisiológico de gestação de feto acometido de

ADPF 54 / DF

anencefalia, **sem que se incorra** nas sanções cominadas no ordenamento penal brasileiro.

Mostra-se relevante, portanto, a meu juízo, considerados os aspectos ora referidos, que **este** Supremo Tribunal Federal **deve sustentar** o seu julgamento em razões **eminentemente não** religiosas, **considerada** a realidade de o Estado brasileiro, **fundado** no pluralismo de ideias **e apoiado** em bases democráticas, **qualificar-se como uma República essencialmente laica e não confessional**, **para não se repetir**, uma vez mais, o **gravíssimo erro histórico em que incidu**, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, **quando constrangeu** Galileu Galilei ("eppur si muove!"), **sob pena** de condenação à morte na fogueira, **a repudiar** as suas afirmações (cientificamente corretas) **a propósito** do sistema heliocêntrico, **reputadas incompatíveis** com a Bíblia pelas autoridades **e** teólogos da Igreja de Roma.

Ainda que assim alguns **não** entendam, **tenho para mim**, Senhor Presidente, que este julgamento **impõe**, dentre **outros** temas, *tal como sucedeu no julgamento da ADI 3.510/DF*, **grave reflexão sobre a bioética do começo** da vida, **em face**, até mesmo, **da própria secularização** dos valores envolvidos neste processo.

ADPF 54 / DF

É interessante observar, neste ponto, que são diversas as abordagens em torno da formulação de "um conceito substantivo sobre a definição bioética do momento exato em que o ser humano se inaugura como ente" (MIGUEL KOTTOW, "Bioética del Comienzo de la vida. ¿Cuántas veces comienza la vida humana?", "in" Simpósio Bioética n° 2, vol. 9, 2001).

Torna-se correto assinalar, em consequência, que vários podem ser os inícios da vida humana, tal seja a opção que se faça por qualquer das formulações teóricas ou teses que buscam estabelecer conceitos bioéticos sobre o início da vida individual.

A esse respeito, e consideradas as diversas propostas sobre o tema em exame, há diferentes teses científicas que discutem, cada qual com argumentos próprios, o início da vida, destacando-se, dentre essas várias abordagens, aquelas que LETÍCIA DA NÓBREGA CESARINO ("Nas Fronteiras do 'humano': os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões") expôs em quadro por ela assim elaborado:

<u>"Tese</u>	<u>Marco Inicial</u>	<u>Fundamentos Biológicos</u>
<u>Genética</u>	Fertilização - encontro do óvulo com o espermatozoide.	Com a fecundação, há a formação de estrutura celular com código genético único.

ADPF 54 / DF

<p><u>Embriológica</u></p>	<p>14º dia - completa-se a nidação (fixação do embrião na parede do útero) e a formação da linha primitiva (estrutura que dará origem à coluna vertebral).</p>	<p>O embrião configura-se como estrutura propriamente individual: não pode se dividir em dois ou mais, nem se fundir com outro. Além disso, diferencia-se das estruturas celulares que formarão os anexos embrionários.</p>
<p><u>Neurológica</u></p>	<p>8ª semana - aparecimento das primeiras estruturas que darão origem ao sistema nervoso central (SNC).</p> <hr/> <p>20ª semana - completa a formação do SNC 'per se'.</p>	<p>Baseada no mesmo argumento da morte cerebral: assim como a vida só termina com a parada dos sinais neurológicos, ela começa com o aparecimento das estruturas nervosas e/ou de seus sinais.</p>
<p><u>Ecológica</u></p>	<p>Entre a 20ª e a 24ª semanas - completa a formação dos pulmões, última estrutura vital a ficar pronta.</p>	<p>Principal fundamentação da decisão da Suprema Corte norte-americana autorizando o aborto, refere-se à capacidade potencial do feto de sobreviver autonomamente fora do útero.</p>

ADPF 54 / DF

<u>Gradualista</u>	Não há.	Supõe a continuidade do processo biológico, no qual a vida é concebida como um ciclo. Neste sentido, a formação de um indivíduo começa com a dos gametas de seus pais ainda no útero das avós."
--------------------	---------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

As divergências a propósito da definição do início da vida não se registram apenas no campo científico, mas se projetam, por igual, no domínio filosófico e no âmbito das religiões, como o evidencia um estudo altamente informativo sobre a questão em análise ("O primeiro instante"), realizado por ELIZA MUTO e LEANDRO NARLOCH:

"A história da vida

Saber onde começa a vida é uma pergunta antiga. Tão velha quanto a arte de perguntar - a questão despertou o interesse, por exemplo, do grego Platão, um dos pais da filosofia. Em seu livro República, Platão defendeu a interrupção da gestação em todas as mulheres que engravidassem após os 40 anos. Por trás da afirmação estava a idéia de que casais deveriam gerar filhos para o Estado durante um determinado período. Mas quando a mulher chegasse a idade avançada, essa função cessava e a indicação era clara: o aborto. Para Platão, não havia problema ético algum nesse ato. Ele acreditava que a alma entrava no corpo apenas no momento do nascimento.

As idéias do filósofo grego repercutiram durante séculos. Estavam por trás de alguns conceitos que nortearam a ciência na Roma antiga, onde a interrupção da gravidez era considerada legal e moralmente

ADPF 54 / DF

aceitável. **Sêneca**, um dos filósofos mais importantes da época, **contou** que era comum mulheres induzirem o aborto **com o objetivo** de preservar a beleza do corpo. Além disso, quando um habitante de Roma se opunha ao aborto era para obedecer à vontade do pai, que não queria ser privado de um filho a quem ele tinha direito.

A tolerância ao aborto não queria dizer que as sociedades clássicas estavam livres de polêmicas semelhantes às que enfrentamos hoje. **Contemporâneo e pupilo** de Platão, **Aristóteles afirmava** que o feto tinha, sim, vida. **E estabelecia** até a data do início: **o primeiro movimento** no útero materno. **No feto do sexo masculino**, essa manifestação **aconteceria no 40º dia** de gestação. **No feminino**, **apenas no 90º dia** - Aristóteles acreditava que as mulheres eram física e intelectualmente inferiores aos homens e, por isso, se desenvolviam mais lentamente. Como naquela época não era possível determinar o sexo do feto, **o pensamento aristotélico defendia** que o aborto **deveria ser permitido** apenas até o 40º dia da gestação.

A teoria do grego Aristóteles sobreviveu **cristianismo** adentro. **Foi encampada** por teólogos fundamentais do catolicismo, **como São Tomás de Aquino e Santo Agostinho**, e **acabou alçada a tese oficial** da Igreja para o surgimento da vida. **E assim foi por um bom tempo** - até o ano de 1588, quando o papa Sixto 5º condenou a interrupção da gravidez, **sob pena** de excomunhão. **Nascia aí a condenação do Vaticano ao aborto (...)**. **O sucessor de Sixto**, Gregório 9º, **voltou atrás** na lei e **determinou** que o embrião **não formado não poderia** ser considerado ser humano e, portanto, abortar era diferente de cometer um homicídio. **Essa visão perdurou até 1869**, no papado de Pio 9º, quando a Igreja novamente mudou de posição. **Foi a solução encontrada para responder à pergunta que até hoje perturba: quando começa a vida?** Como cientistas e teólogos não conseguiam concordar sobre o momento exato, Pio 9º decidiu que o correto seria não correr riscos e proteger o ser humano a partir da hipótese mais precoce, ou seja, a da concepção na união do óvulo com o espermatozóide.

A opinião atual do Vaticano sobre o aborto, no entanto, só seria consolidada com a decisão dos teólogos de que o primeiro instante de vida ocorre no momento da concepção, e que, portanto, o zigoto deveria

ADPF 54 / DF

ser considerado um ser humano independente de seus pais. (...).

O catolicismo é das únicas grandes religiões do planeta a afirmar que a vida começa no momento da fecundação e a equiparar qualquer aborto ao homicídio. O judaísmo e o budismo, por exemplo, admitem a interrupção da gravidez em casos como o de risco de vida para a mãe (...). Isso mostra que a idéia de vida e a importância que damos a ela variam de acordo com culturas e épocas. Até séculos atrás, eram apenas as crenças religiosas e hábitos culturais que davam as respostas a esse debate cheio de possibilidades. Hoje, a ciência tem muito mais a dizer sobre o início da vida.

A ciência explica

O astrônomo **Galileu Galilei** (1554-1642) **passou a vida fugindo da Igreja** por causa de seus estudos de astronomia. Ironicamente, sem uma de suas invenções - o telescópio, fundamental para a criação do microscópio -, a Igreja não teria como fundamentar a tese de que a vida começa já na união do óvulo com o espermatozóide. Foi somente no século 17, após a invenção do aparelho, que os cientistas começaram a entender melhor o segredo da vida. Até então, ninguém sabia que o sêmen carregava espermatozóides. Mais tarde, por volta de 1870, os pesquisadores comprovaram que aqueles espermatozóides corriam até o óvulo, o fecundavam e, 9 meses depois, você sabe. Foi uma descoberta revolucionária. Fez os cientistas e religiosos da época deduzir que a vida começa com a criação de um indivíduo geneticamente único, ou seja, no momento da fertilização. É quando os genes originários de duas fontes se combinam para formar um indivíduo único com um conjunto diferente de genes.

(...) **Hoje sabemos que não existe um momento único em que acontece a fecundação.** O encontro do óvulo com o espermatozóide não é instantâneo. **Em um primeiro momento**, o espermatozóide penetra no óvulo, **deixando sua cauda para fora. Horas depois**, o espermatozóide já está dentro do óvulo, **mas os dois** ainda são coisas distintas. **'Atualmente**, os pesquisadores preferem enxergar a fertilização como um processo que ocorre em um período de 12 a 24 horas', **afirma** o biólogo

ADPF 54 / DF

americano Scott Gilbert, no livro *Biologia do Desenvolvimento*. **Além disso**, são necessárias outras 24 horas para que os cromossomos contidos no espermatozóide se encontrem com os cromossomos do óvulo.

(...) **A teoria da fecundação** como início de vida **sofre um abalo** quando se leva em consideração **que o embrião** pode dar origem a dois ou mais embriões **até** 14 ou 15 dias **após** a fertilização. Como uma pessoa pode surgir na fecundação se depois ela se transforma em 2 ou 3 indivíduos? E tem mais complicação. É bem provável que o embrião nunca passe de um **amontoado de células**. Depois de fecundado numa das trompas, ele precisa percorrer um longo caminho até se fixar na parede do útero. Estima-se que **mais de 50% dos óvulos** fertilizados não tenham sucesso nessa missão e sejam abortados espontaneamente, expelidos com a menstruação.

Além dessa visão conhecida como '**genética**', há pelo menos outras **4 grandes correntes** científicas que apontam uma linha divisória **para o início da vida**. Uma delas estabelece que a vida humana se origina na **gastrulação** - estágio que ocorre no início da 3ª semana de gravidez, depois que o embrião, formado por 3 camadas distintas de células, chega ao útero da mãe. **Nesse ponto**, o embrião, que é menor que uma cabeça de alfinete, é um indivíduo único que não pode mais dar origem a duas ou mais pessoas. Ou seja, a partir desse momento, ele seria um ser humano.

Com base nessa visão, muitos médicos e ativistas defendem o uso da pílula do dia seguinte, medicação que dificulta o encontro do espermatozóide com o óvulo ou, caso a fecundação tenha ocorrido, provoca descamações no útero que impedem a fixação do zigoto. Para os que brigam pelo direito **do embrião à vida**, a **pílula do dia seguinte** equivale a uma arma carregada.

Para complicar ainda mais, há uma **terceira corrente científica** defendendo que, **para saber o que é vida**, **basta entender o que é morte**. **E países como o Brasil e os EUA definem a morte como a ausência de ondas cerebrais**. A **vida começaria**, portanto, com o **aparecimento dos primeiros sinais de atividade cerebral**. E quando eles surgem? Bem, isso é outra polêmica. **Existem duas hipóteses** para a resposta. **A primeira** diz que **já na 8ª semana de gravidez o embrião** (...) possui versões primitivas de todos os sistemas de

ADPF 54 / DF

órgãos básicos do corpo humano, incluindo o sistema nervoso. **Na 5ª semana**, os primeiros neurônios começam a aparecer; **na 6ª semana**, as primeiras sinapses podem ser reconhecidas; **e com 7,5 semanas** o embrião apresenta os primeiros reflexos em resposta a estímulos. **Assim, na 8ª semana**, o feto - que já tem as feições faciais mais ou menos definidas, com mãos, pés e dedinhos - tem um circuito básico de 3 neurônios, a base de um sistema nervoso necessário para o pensamento racional.

A segunda hipótese aponta **para a 20ª semana**, quando a mulher consegue sentir os primeiros movimentos do feto, capaz de se sentar de pernas cruzadas, chutar, dar cotoveladas e até fazer caretas. É nessa fase que o tálamo, a central de distribuição de sinais sensoriais dentro do cérebro, está pronto. **Se a menor dessas previsões**, a de 8 semanas, **for a correta**, mais da metade dos abortos feitos nos EUA não interrompem vidas. Segundo o instituto americano Allan Guttmacher, ong especializada em estudos sobre o aborto, 59% dos abortos legais acontecem **antes** da 9ª semana.

Apesar da discordância em relação ao momento exato do início da vida humana, os defensores **da visão neurológica** querem dizer a mesma coisa: **somente quando as primeiras conexões neurais são estabelecidas no córtex cerebral** do feto ele se torna um ser humano. **Depois**, a formação **dessas vias** neurais resultará na aquisição da 'humanidade'. (...).

.....

1. Visão genética

A vida humana começa na fertilização, quando espermatozóide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. É também a opinião oficial da Igreja Católica.

2. Visão embriológica

A vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. É essa idéia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e

ADPF 54 / DF

contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez.

3. Visão neurológica

O mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na 8ª semana. Outros, na 20ª.

4. Visão ecológica

A capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e a 24ª semana de gravidez. Foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito do aborto.

5. Visão metabólica

Afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozóides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural.

1. Catolicismo

A vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não é um ser humano em potencial. Por mais de uma vez, o papa Bento 16 reafirmou a posição da Igreja contra o aborto e a manipulação de embriões. Segundo o papa, o ato de 'negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano.'

ADPF 54 / DF

2. Judaísmo

'A vida começa apenas no 40º dia, quando acreditamos que o feto começa a adquirir forma humana', diz o rabino Shamai, de São Paulo. 'Antes disso, a interrupção da gravidez não é considerada homicídio.' Dessa forma, o judaísmo permite a pesquisa com células-tronco e o aborto quando a gravidez envolve risco de vida para a mãe ou resulta de estupro.

3. Islamismo

O início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, **cerca de 120** dias após a fecundação. Mas há estudiosos que acreditam que a vida tem início na concepção. Os muçulmanos condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática principalmente quando há risco para a vida da mãe. E tendem a apoiar o estudo com células-tronco embrionárias.

4. Budismo

A vida é um processo contínuo e ininterrupto. Não começa na união de óvulo e espermatozóide, mas está presente em tudo o que existe - nossos pais e avós, as plantas, os animais e até a água. No budismo, os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras. Entre as correntes budistas, não há consenso sobre aborto e pesquisas com embriões.

5. Hinduísmo

Alma e matéria se encontram na fecundação e é aí que começa a vida. E como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano. Na questão do aborto, hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos: a mãe, o pai, o feto e a sociedade. Assim, em geral se opõem à interrupção da gravidez, menos em casos que colocam em risco a vida da mãe." (**grifei**)

Veja-se, portanto, de todo o quadro ora exposto, que são diversas as teorias científicas que buscam estabelecer a definição bioética do início da vida, o que permite, ao intérprete -

ADPF 54 / DF

necessariamente desvinculado de razões de natureza confessional ou religiosa -, optar por aquela concepção que mais se ajuste ao interesse público e que respeite os direitos fundamentais das pessoas, objetivando-se, com tal orientação, conferir sentido real ao princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta às proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas **básicas** de qualquer pessoa, o direito à vida, o direito à saúde e o direito à liberdade.

Como se sabe, a Constituição da República proclama a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, "caput"), embora o texto constitucional não veicule qualquer conceito normativo de vida humana, e muito menos defina o termo inicial e o termo final da existência da pessoa humana, o que abre espaço ao legislador para dispor, **validamente**, sobre essa relevantíssima questão.

A vida e a morte, na realidade, qualificam-se como conceitos indeterminados. Daí porque a legislação ordinária brasileira, já em 1997, definiu o conceito de morte, afastando-se da antiga noção segundo a qual "vita in motu est"!

Como se sabe, a Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de

ADPF 54 / DF

transplante, estabelece, em seu art. 3º, "caput", como marco final da vida, o momento em que se dá a morte encefálica, ao prever que a retirada "post mortem" de tecidos, órgãos e partes do corpo humano destinados ao transplante "(...) deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica (...)" (grifei).

A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também, "a contrario sensu", servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida, eis que, nesses casos, sequer se iniciou o processo de formação do sistema nervoso central, pois inexistente, até esse momento, a figura da pessoa ou de um ser humano potencial.

Nem se diga que a permissão da antecipação terapêutica do parto de feto portador de anencefalia representaria ofensa ao dever de proteção que incumbe ao Estado em matéria de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Não se põe em debate, presente referido contexto, a questão concernente à proteção insuficiente (uma das dimensões em

ADPF 54 / DF

que se projeta o postulado da proporcionalidade), pois a existência de tensão dialética resultante do antagonismo entre valores constitucionais impregnados de igual eficácia e autoridade torna viável a utilização da técnica da ponderação concreta de direitos revestidos da mesma estatura.

Como se sabe, a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais - como aqueles concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à plenitude da liberdade, à saúde e ao respeito à dignidade da pessoa humana - há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, "*hic et nunc*", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina (DANIEL SARMENTO, "A Ponderação de Interesses na Constituição Federal" p. 193/203, "Conclusão", itens ns. 1 e 2, 2000, Lúmen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, "Temas de Direito Constitucional", tomo I/363-366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, "Direito à

ADPF 54 / DF

Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias", "in" "Constituição Federal de 1988 - Dez Anos (1988-1998)", p. 230/231, item n. 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional", p. 661, item n. 3, 5ª ed., 1991, Almedina; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, "Colisão de Direitos", p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, "Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade", p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, "O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais", p. 216, "Conclusão", 2ª ed., 2000, Brasília Jurídica).

Tenho para mim, desse modo, Senhor Presidente, e estabelecidas tais premissas, que a questão pertinente ao direito à vida admite a possibilidade de, ele próprio, constituir objeto de ponderação por parte do Estado, considerada a relevantíssima circunstância (ocorrente na espécie) de que se põem em relação de conflito, com esse mesmo direito, interesses existenciais titularizados por mulheres grávidas de fetos portadores de anencefalia, cuja superação pode ser conseguida com a liberação - que se impõe como uma exigência de ordem ética e de caráter jurídico - da interrupção da gestação.

ADPF 54 / DF

Há um ponto que merece registro especial. Refiro-me ao fato de que, ao longo do processo constituinte de que resultou a vigente Constituição Federal, foram oferecidas diversas emendas objetivando estabelecer a inviolabilidade do direito à vida *desde a concepção*. Tais emendas, no entanto, não lograram aprovação, como se vê, não apenas dos Anais da Assembleia Nacional Constituinte, como, *notadamente*, do próprio texto inscrito no "caput" do art. 5º de nossa Lei Fundamental.

É certo que a Convenção Americana de Direitos Humanos, ao estabelecer a inviolabilidade do direito à vida, proclama, em seu Art. 4º, § 1º, que "*toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção (...)*" (grifei).

A Declaração Americana de Direitos e Deveres da Pessoa Humana, *no entanto*, promulgada na IX Conferência Internacional dos Estados Americanos, em Bogotá, em 1948, refere-se, genericamente, em seu Artigo I, ao "*direito à vida*", sem qualquer menção ao instante da concepção.

ADPF 54 / DF

Também o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (1966), **em seu Artigo 6º, § 1º, reconhece, de maneira geral, igualmente sem** qualquer referência ao momento da concepção, **a inviolabilidade** do direito à vida.

Vê-se, desse modo, que esses dois últimos documentos internacionais, **que precederam** a promulgação do Pacto de São José da Costa Rica, **não incorporaram** a noção de que o direito à vida existe **desde** o momento da concepção.

Foi por essa razão que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao examinar o caso "Baby Boy" (**Resolução** nº 23/81), **advertiu** que a inserção, no Art. 4º, § 1º, do Pacto de São José da Costa Rica, da cláusula "**em geral**" **tem implicações substancialmente diversas** daquelas que resultariam **se** constasse, desse **mesmo** Artigo, **a expressão** (nele inexistente) "**desde o momento da concepção**", **a significar, portanto, como se reconheceu** em referido processo (**Resolução** nº 23/81 - **Caso** 2141), que a Convenção Americana de Direitos Humanos **não acolheu nem estabeleceu um conceito absoluto** do direito à vida **desde** o momento da concepção.

ADPF 54 / DF

É importante conferir, nesse específico ponto, o que resolveu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

"30. A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase 'en general, desde el momento de la concepción' no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula 'en general, desde el momento de la concepción' son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta 'desde el momento de la concepción', que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios." (grifei)

Vale fazer, neste ponto, **algumas considerações** em torno das relações entre o estado de anencefalia e o direito penal, com o **objetivo de demonstrar** que o conceito de antecipação terapêutica do parto, porque destituído de tipicidade penal, **não se subsume** à ideia de aborto.

Com efeito, **evidencia-se**, no caso, **para efeitos criminais**, a caracterização de absoluta impropriedade do objeto, **eis que inexistente** organismo **cuja integridade** deva ser protegida pela legislação penal, **pois**, segundo o Conselho Federal de Medicina, o **anencéfalo** qualifica-se como "natimorto cerebral", **vale dizer**, o

ADPF 54 / DF

feto **revela-se** organismo **destituído** de viabilidade **e** de autonomia existencial **em ambiente extrauterino, ou seja, torna-se lamentavelmente plena a certeza de letalidade, seja** no curso de processo de gestação, **seja** no momento do nascimento, **seja, ainda, em alguns minutos, horas ou dias após o parto.**

Isso significa, presente tal situação, que não se mostra configurado o próprio objeto material do tipo penal, **a tornar evidente a ausência de tipicidade penal** da própria conduta da mulher gestante **e** de quem a auxilie no procedimento de antecipação terapêutica de parto.

Em tal contexto, cabe acentuar que este Tribunal, **superando** a noção de que **somente** atua como "legislador negativo", **evolui**, no presente julgamento, **no sentido** de acrescentar, **às modalidades de exclusão** do crime de aborto **previstas** no art. 128 do CP (**aborto necessário e aborto sentimental ou humanitário**), **uma terceira hipótese - antecipação terapêutica de parto** **concernente** a feto **portador** de anencefalia - que, **longe** de se identificar com a prática criminosa de aborto, **caracteriza, antes, uma situação de ausência** de tipicidade penal.

ADPF 54 / DF

Daí as alegações expostas pela Confederação sindical arguente em sua petição inicial (item n. 26):

"26. Diante disso, o foco da atenção há de voltar-se para o estado da gestante. O reconhecimento de seus direitos fundamentais, a seguir analisados, não é a causa da lesão a bem ou direito de outrem - por fatalidade, não há viabilidade de uma outra vida, sequer um nascituro, cujo interesse se possa eficazmente proteger. É até possível colocar a questão em termos de ponderação de bens ou valores, mas a rigor técnico não há esta necessidade. A hipótese é de não-subsunção da situação fática relevante aos dispositivos do Código Penal." (grifei)

Posta a questão nesses termos, ter-se-á, na espécie ora em exame, uma típica "sentença de perfil aditivo", proferida em sede de jurisdição constitucional, vocacionada a impedir, em razão da omissão normativa constatada, a incriminação do comportamento da mulher que opta, no caso de anencefalia, pela interrupção do processo fisiológico de gestação.

Mesmo que se considerasse típica a conduta referente à antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico, **ainda assim não haveria** como reconhecer delituosidade em tal comportamento.

ADPF 54 / DF

É que se registra, em referida situação, hipótese configuradora de causa supralegal de exclusão da culpabilidade que se revela apta a descaracterizar a própria delituosidade do fato.

Nessa específica situação, a causa supralegal mencionada traduzirá hipótese caracterizadora de inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que **inexistente**, em tal contexto, motivo racional, justo e legítimo que possa obrigar a mulher a prolongar, inutilmente, a gestação **e** a expor-se a desnecessário sofrimento físico **e/ou** psíquico, **com** grave dano à sua saúde **e** com possibilidade, *até mesmo*, de risco de morte, **consoante esclarecido** na Audiência Pública que se realizou em função deste processo.

Impende destacar, ainda, no ponto, considerado o sentido prevalecente neste julgamento, a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito, **que se realiza**, no caso, pelo reconhecimento e outorga de proteção a grupos vulneráveis, **cujo amparo jurisdicional** deve ser analisado **na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional**.

É por isso que também examino o tema ora em julgamento, **considerada** a natureza do presente debate constitucional, **sob a égide** do *relevantíssimo* papel que incumbe ao Supremo Tribunal

ADPF 54 / DF

Federal desempenhar **no plano da jurisdição das liberdades**, o de órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional **de proteger** grupos vulneráveis **contra** eventuais excessos **da maioria ou, ainda, contra** omissões que, **imputáveis** aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem** os efeitos perversos do preconceito, da discriminação **e** da exclusão jurídica.

Põe-se em relevo, desse modo, a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Esse aspecto da questão **talvez explique** a resistência que as correntes **majoritárias** de opinião, **representadas** no Congresso Nacional por expressivas bancadas confessionais, **opõem** às propostas de incorporação, **ao sistema de direito positivo, de inovações** fundadas **tanto** nas transformações **por que passa** a sociedade contemporânea **quanto** nos compromissos que o Estado brasileiro **assumiu** no plano internacional.

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado **inferno, no que se refere** ao tema ora em exame, à

ADPF 54 / DF

necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro de submissão de grupos vulneráveis à vontade hegemônica da maioria, **o que compromete, gravemente**, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, **pois, ninguém o ignora**, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão, *por grupos majoritários*, da minoria, **definida** tal expressão **à luz** do critério da vulnerabilidade das mulheres, **que pode** ser social, econômica e jurídica.

É evidente que o princípio majoritário **desempenha** importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade, da intimidade, da autodeterminação pessoal, da liberdade **e** dos direitos sexuais e reprodutivos, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado democrático de direito.

ADPF 54 / DF

É por isso que tenho por inteiramente procedentes (e pertinentes) as observações que fez, em precisa abordagem do tema, quando do julgamento da ADI 4.277/DF, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual:

"O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.

Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas - suprimindo direitos necessários à participação política de determinados cidadãos - é igualmente vedado a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

.....
Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, em prol dessas garantias.

.....
Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias contra imposições dezarrazoadas ou indignas das maiorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais." (grifei)

ADPF 54 / DF

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos dos grupos vulneráveis deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de mencionados grupos, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena

ADPF 54 / DF

legitimação material do Estado Democrático de Direito, **havendo merecido tutela efetiva, por parte** desta Suprema Corte, **quando** grupos majoritários, *por exemplo*, **atuando** no âmbito do Congresso Nacional, **ensaiaram** medidas arbitrárias **destinadas a frustrar** o exercício, por organizações minoritárias, de direitos **assegurados** pela ordem constitucional (**MS 24.831/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **MS 24.849/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **MS 26.441/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, **reflete**, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional **densa** de significação **e plena** de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. **A opção** pelo Estado democrático de direito, *por isso mesmo*, **há de ter consequências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os Poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas **e do próprio regime democrático. Em uma palavra:**

ADPF 54 / DF

ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias e aos grupos vulneráveis, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias e dos grupos vulneráveis, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia - consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, "Fundamentos de Direito Constitucional", p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) - o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

ADPF 54 / DF

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, reafirmo o caráter emblemático deste memorável julgamento, que constitui, juntamente com o da ADI 3.510/DF, um dos mais importantes de todos os que o Supremo Tribunal Federal já realizou ao longo de nossa história republicana.

Com tais considerações, julgo procedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, para confirmar o pleno direito da mulher gestante de interromper a gravidez de feto comprovadamente portador de anencefalia.

Em consequência, dou interpretação conforme à Constituição aos artigos 124, 126, "caput", e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, para que seja declarada a inconstitucionalidade, com eficácia "erga omnes" e efeito vinculante, de qualquer interpretação que obste a realização voluntária de antecipação terapêutica de parto do feto anencefálico, desde que essa malformação fetal seja diagnosticada e comprovadamente identificada por profissional médico legalmente habilitado, reconhecendo-se à gestante o direito de se submeter a tal procedimento sem necessidade de prévia obtenção de autorização

ADPF 54 / DF

judicial ou de permissão outorgada por qualquer outro órgão do Estado.

É o meu voto.

12/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Quanto a essa matéria, houve a participação dos diversos segmentos na audiência pública realizada. Não se breçou a veiculação de ideias.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim. Foi extremamente democrática, sim, a participação de todos os setores da sociedade civil.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Houve desdobramentos. Não conseguimos realizar a audiência pública em uma única assentada. Fizemos quatro assentadas.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim, houve realmente quatro sessões importantes. Temos o registro dessas intervenções. Isso já é fator de grande importância.

12/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ministro, foi muito bom Vossa Excelência pontuar esse aspecto. Não estamos escancarando as portas para práticas abortivas que não têm nada a ver com a discussão deste caso, analisado por ângulos jurídicos constitucionais legais específicos.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

12/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Vossa Excelência me permite, brevemente?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A Dra. Débora Diniz, que está aqui presente, faz aquela instigante pergunta: Quando a vida humana tem início? Eu coloquei isso no meu voto. O que é vida humana? Essas perguntas contêm um enunciado que remete à regressão infinita: as células humanas no óvulo, antes da fecundação, assim como em um óvulo fecundado em um embrião, em um feto, em uma criança ou em um adulto. O ciclo interminável de geração da vida humana envolve células humanas e não humanas, a tal ponto que descrevemos o fenômeno biológico como reprodução e não simplesmente como produção da vida humana.

Mas aí vem uma consideração de ordem jurídica interessante: isso não impede que nosso ordenamento jurídico e moral possa reconhecer alguns estágios da biologia humana como passíveis de maior proteção do que outro. E isso coincide com o ponto de vista externado por Dworkin no seu livro famoso "O Domínio da Vida". Ele diz o seguinte: A vida humana bem sucedida segue um certo curso natural. Começa com um simples desenvolvimento biológico: a concepção, o desenvolvimento do feto e a primeira infância. E depois prossegue pela educação e pelas escolhas sociais individuais, culminando na capacidade de estabelecer relações e alcançar os mais variados objetivos. E ele conclui dizendo que o Direito de todo povo civilizado protege, por modo variado, ora mais fortemente, ora menos fortemente, cada etapa do desenvolvimento

ADPF 54 / DF

biológico do ser humano.

Agora, o problema que se nos dá aqui é que pelo menos a corrente majoritária está a negar a viabilidade, a potencialidade para uma vida extrauterina do feto anencéfalo. E por isso que essa interrupção de gravidez de feto anencéfalo não caracteriza crime, não caracteriza aborto, até como decorrência do direito múltiplo subjetivo que tem a gestante à sua própria saúde, à sua autonomia de vontade, conforme já defendido aqui pelos Ministros que subscreveram o voto do Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Ayres Britto, Vossa Excelência me permite um aparte dentro de um aparte?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Uma questão que me impressiona muito e que perpassou todo o meu voto é a seguinte: o Plenário, de certa maneira - e o Plenário tem sempre razão, já me adianto desde logo com essa afirmação -, parte do pressuposto de que o feto anencéfalo é uma realidade absolutamente insofismável e única, mas o que a ciência vem demonstrando - e daí porque eu insisti que a matéria é complexa e que precisaria de uma regulamentação - é que existem vários graus de anencefalia, desde uma anencefalia total, completa, em que há inviabilidade plena de sobrevivência do feto até uma anencefalia menos grave, que permite até uma vida, por um certo período de tempo, que não é completamente vegetativa. Portanto, não existe um feto anencéfalo único, existem graus de anencefalia, e esses graus de anencefalia, a meu ver, precisam ser determinados de forma científica, preferencialmente pela autoridade estatal responsável.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

12/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

DEBATE

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas o pedido é nesse sentido, portanto é totalmente procedente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite, como relator, apenas duas palavras? Em primeiro lugar, considerando a natureza do processo, é um processo objetivo. Em segundo lugar, à folha 56 de meu voto, deixei consignado que o Ministro da Saúde de então, José Gomes Temporão, na audiência pública – ele aquiesceu ao convite formalizado pelo Supremo e aqui esteve –, consignou:

No geral, o diagnóstico de anencefalia no feto é dado em torno da décima segunda semana de gestação. Os exames de rotina do pré-natal detectam a má-formação fetal e a mulher é informada do diagnóstico. Ela é, então, convidada a repetir os exames, que, em geral, são realizados por outras equipes médicas. Nos municípios onde existem hospitais de referência em Medicina fetal, a mulher é encaminhada para esses serviços. Posso assegurar que o diagnóstico de anencefalia resulta de exames feitos por mais de um médico e que o atendimento à paciente é conduzido por equipes de saúde multidisciplinares.

Assentei, então, no voto:

ADPF 54 / DF

"Constata-se que, para parcela significativa de renomados especialistas, há diagnóstico de certeza, estando a rede pública de saúde capacitada para realizá-lo," – e a preocupação maior é quanto à rede pública de saúde, já que ocorrem à rede os menos afortunados – "o que, por óbvio, não impede que órgãos e entidades competentes estabeleçam protocolos e cuidados a serem tomados para torná-lo ainda mais seguro. Tal medida será salutar".

Anotei, e já fiz inserir na parte dispositiva do meu voto o advérbio lançado por Vossa Excelência. Então, ficaria a parte dispositiva, tendo em conta inclusive as ponderações feitas pelo Ministro GILMAR MENDES: ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, comprovadamente demonstrada – porque também não podemos estabelecer mecanismo, a ponto de empolgar-se posteriormente esse mecanismo, para inclusive obstaculizar a persecução criminal, se não houve a interrupção, mas sim aborto propriamente dito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Marco Aurélio, em outras oportunidades, nós já fizemos uma exortação ao legislador que adotasse algumas medidas. Nós não temos aptidão técnica para estabelecer...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não sei nem se seria o legislador, mas o próprio Ministério da Saúde.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Poderemos ser até lacunosos num determinado detalhe.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O Ministro Temporão, na audiência pública, fez questão de explicitar os cuidados que são tomados. Agora, de qualquer forma, teremos um risco plausível, o que sugere que qualquer equipe médica, qualquer médico

ADPF 54 / DF

não vai – e não podemos presumir o excepcional – atuar de forma açodada, não vai correr o risco de cometer, por exemplo, um crime de falsidade enquadrável no Código Penal, atestando algo que não seria a realidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas pode se enganar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Eu sei. Mas o que não posso, Presidente, é descer a detalhes no julgamento desse processo objetivo, a ponto de inclusive dar um *bill* de indenidade para um desvio de conduta, ao se diagnosticar, de forma falsa, o quadro. Agora, incluiria o advérbio "comprovadamente", e a exortação, que está à folha 56 do voto, à saúde pública para que atue com a cautela própria. Mais do que isso, passaria a substituir-me aos médicos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Depois desse julgamento, o Ministério da Saúde deve editar alguma coisa.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Em última análise, não vou ensinar o Pai-Nosso ao seu vigário.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Poderemos remeter a matéria para o Conselho de Medicina.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A sede não é própria; vai acabar inviabilizando o direito da gestante.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - O Conselho Federal de

ADPF 54 / DF

Medicina resolverá isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Porque nós podemos ter a hipótese de um médico que provoque o aborto, depois faz um atestado e diz que não havia cérebro, que o feto era anencéfalo. Isso seria comprovado? Essa seria uma comprovação aceita?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas hoje já pode acontecer.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Posso dar uma sugestão a Vossa Excelência?

Eu profiro o meu voto e, entretentes, Vossas Excelências pensam qual é a melhor solução para essa definição do julgamento. Dá tempo para os senhores pensarem, provavelmente o meu voto não vai perturbar Vossas Excelências quanto a esse raciocínio. Vamos fazer isso?

12/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vou pedir licença a Vossas Excelências para votar e dizer, desde logo, que eu quero me associar de maneira até efusiva com a manifestação de Vossa Excelência, Ministro Celso de Mello, quando disse que este é, a seu, mas também a meu juízo, o mais importante julgamento na história desta Corte, porque nela, na verdade, se tenta definir, no fundo, o alcance constitucional do conceito de vida e da sua tutela normativa. Esta é a razão por que, não obstante já formada claramente a ilustre maioria, eu não posso, não obstante o grande respeito que tenho a Vossas Excelências, como venho demonstrando ao longo desses nove anos que estão a findar-se em todos os julgamentos, deixar de expor o meu ponto de vista, pedindo desde logo a maior escusa a Vossas Excelências, na medida em que possa, seguramente em alguns casos, e em muitos talvez, me distanciar e divergir dos pontos de vista de Vossas Excelências, que eu respeito profundamente. Até porque a particular delicadeza desta matéria, que, na verdade, se imbrica com razões até inconscientes; eu não digo que isto envolva conceitos religiosos, mas envolve mais do que isso, envolve a formação, a cultura, o modo de ver, o modo de ser de cada magistrado, de cada homem e de cada mulher, que está atrás de cada toga.

É por esta razão que eu peço que Vossas Excelências me deem alguma atenção, não para aderir, mas com paciência para me ouvir um pouco, porque eu tenho que expor o meu ponto de vista e, mais do que isto, eu tenho que ser fiel às mais profundas convicções jurídicas, como resulta do juramento que fiz quando assumi a toga.

12/04/2012

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO:

1. O objeto imediato desta ADPF é o reconhecimento da licitude de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, com apoio apenas em normas constitucionais. Pleiteia nesse sentido, a arguente, seja dada interpretação conforme à Constituição aos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, para lhes afastar a incidência na hipótese de interrupção da gestação de feto anencéfalo.

Superada a questão da admissibilidade da ADPF, em que, por entendê-la inadequada ao caso, fiquei vencido, passo a examinar-lhe o mérito.

I – Distinção necessária em relação à ADI nº 3.510 (células-tronco embrionárias).

A título de verdadeiro postulado de todo o raciocínio por desenvolver neste voto, reputo necessário deixar clara a abissal distância que vai entre este caso e o das células-tronco embrionárias. Tinha-se, ali, a figura do embrião excedente, que sequer fora implantado no útero e jamais viria a sê-lo. A ideia de vida humana, qualquer que seja sua concepção, estava, portanto, completamente afastada daquela *quaestio iuris*, pois ausente o fenômeno do processo vital que a caracteriza. Como afirmei textualmente na **ADI nº 3.510**,

“o fenômeno **vida** se apresenta e define, em substância, tipicamente como **processo**. (...) Como substantivo inerente aos humanos e a outras espécies, a vida, em qualquer de suas manifestações típicas, se propõe desde logo ao espírito como **sucessão unitária e permanente de mudanças ou contínuo processar-se**, que distingue dos entes inanimados os chamados seres vivos. (...) A própria vida, enquanto fenômeno inteligível,

ADPF 54 / DF

se reduz a essa idéia e postula igual conceito. Como acentua outra opinião não menos isenta, provinda aqui de notável jurista,

‘è oggi ampiamente riconosciuto che, sotto il profilo biologico, l’unico ‘salto qualitativo’ riferibile alla trasmissione della vita avviene all’atto della fecondazione. Infatti, nel momento in cui il gamete maschile penetra nell’ovulo femminile, dando luogo al c.d. sistema genomico, si producono modificazioni molecolari tipiche della formazione di una nuova vita, **con le quali si instaura un processo destinato a svolgersi senza soluzione di continuità e senza necessità di ulteriori stimoli esterni**’.¹

Como se vê logo, todas as referências científicas e filosóficas à noção genérica de **processo**, compreendido como **sucessão contínua de mudanças de acordo com diretriz unitária de desenvolvimento autônomo**, para caracterizar em teoria e identificar em concreto a vida, radicam-se, em última instância, na idéia de movimento cujo princípio causal está no próprio movente, que por conseqüência se define como vivo. Noutras palavras, não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, sem necessidade de intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo. É o que me permito denominar aqui **capacidade de movimento autógeno**.

E isso não o têm os embriões congelados, cuja situação é só equiparável à de etapa inicial de processo que se suspendeu ou interrompeu, antes de adquirir certa condição objetiva necessária, capaz de lhe ativar a potência de promover, com autonomia, uma seqüência de eventos, que, biológicos, significam, no caso, a unidade permanente do ciclo vital que individualiza cada subjetividade humana.”

1 **EUSEBI, Luciano.** *La tutela penale della vita prenatale.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milão. fasc. 3, luglio-settembre 1988, p. 1064. Grifos nossos.

ADPF 54 / DF

Abro parêntese para expor que, ainda quando se discorde de tal definição, compatível, na sua simplicidade e plasticidade, com qualquer outra noção de vida, em particular de vida humana, esta não constitui criação artificial da ciência jurídica, senão **realidade pré-jurídica** de que, para efeito de valorações normativas fundamentais, se apropria o Direito. E, na condição de objeto de privilegiada tutela constitucional, não é lícito ao ordenamento subalterno operar, a respeito, mediante a técnica de ficção, lícita em si mesma, para negar-lhe a realidade autônoma perceptível fora do mundo jurídico. Em palavras mais diretas, não é possível, reduzindo o diversificado círculo da humanidade, pensar o ser humano como entidade que só mereça qualificação jurídico-normativa de ser vivo, quando seja capaz de pleno desenvolvimento orgânico e social, de consciência e de interação.

Sustento, agora, que **todos** os fetos anencéfalos – a menos que, como tais, já estejam mortos, como parecem sugerir-lhes os partidários do abortamento – são inequivocamente dotados dessa capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe é imanente. Sintetizou-o, de forma didática, em raciocínio guiado de lógica irresponsável, **LENISE MARTINS GARCIA**: *“o anencéfalo morre, e ele só pode morrer porque ele está vivo. Se ele não estivesse vivo, ele não poderia morrer.”*²

A espinha dorsal de meu voto, no caso das células-tronco, foi, destarte, a ausência de **vida** no material embrionário congelado, embora se revestisse este de alguma dignidade constitucional própria, que lhe reconheci então. As *“células-tronco embrionárias isoladas não contêm vida no rigoroso sentido biológico e jurídico-constitucional da palavra”*, adverti. Já na ocasião procurei deixar bastante nítidas as diferenças entre o aproveitamento científico-terapêutico do material congelado e qualquer hipótese de aborto:

“Artificial, forçosa e, como tal, imprestável, é a proposta de equiparação ou analogia entre os procedimentos envolvidos nas **pesquisas de células embrionárias e prática abortiva.**

2 Pág. 145 das transcrições.

ADPF 54 / DF

A caracterização do crime de aborto tem por pressuposto necessário a preexistência de **vida intrauterina**, isto é, de **gravidez**, pois a gestação é circunstância elementar do tipo penal (arts. 124 e ss. do Código Penal). Ora, abstraindo-se por ora a questão de existir, ou não, vida no embrião congelado, não há como nem por onde imaginar-se delito de aborto sem gestante. Quem seria a gestante na hipótese das pesquisas? Os tanques de nitrogênio líquido?

Essa conclusão cristalina e irrefutável não permite a ninguém de bom senso descobrir afinidades entre aborto e pesquisa científica com células embrionárias congeladas, nem sequer no plano da crítica extrajurídica, como o advertiu a insuspeita **MAYANA ZATZ**:

‘Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a **formação** do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural, e também para **inserir no útero**. E esses embriões **nunca serão** inseridos no útero’.”

Afirmei ainda, na mesma assentada, que tinha, e tenho, por insuficiente a analogia retórica que se pretende estabelecer entre os momentos da chamada **morte encefálica**³ e, *a contrario sensu*, do início da

3 “A opção legislativa, tomada pelo art. 3º da Lei federal nº 9.434, de 1997 [‘Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina’], pela morte encefálica como marco relevante do diagnóstico de óbito para fins de transplante ou tratamento, bem como sua regulamentação, por via de Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM nº 1.480/97, baseia-se na técnica normativo-operacional da ficção jurídica, que reproduz mera convenção, embora não

ADPF 54 / DF

vida. A tentativa de aproximação, transposta e aqui reproduzida, não é tampouco adequada à anencefalia, por uma série de boas razões:

(i) a morte encefálica caracteriza-se por “*ser uma situação de prognóstico, de uma irreversibilidade em que não há respiração espontânea, inclusive*”⁴, o que não é o caso do anencéfalo;

(ii) a audiência pública produziu resultados contraditórios e, como tais, inaproveitáveis, quanto à questão da existência de atividade e ondas

despida de fundamentos médico-científicos. É que ninguém disputa que o ser humano vítima de morte cerebral não está, deveras, biologicamente morto. O fim da vida é determinado, nesse caso, menos por injunções intransponíveis de natureza biológica do que por específicas razões de conveniência social e política, concernentes ao aproveitamento de tecidos e órgãos para transplante e doação, com o manifesto propósito de salvar vidas alheias e reduzir os custos materiais e emocionais da manutenção de uma vida em estado vegetativo, sob prognóstico fechado”. O caso da anencefalia sequer se aproxima do da doação de órgãos, em que há cumulação de propósitos: não só reduzir custos (ou livrar-se de um “inconveniente”), mas também e, sobretudo, salvar vidas.

4 Cf. PAULO SILVEIRA MARTINS. Convém lembrar, ainda, que “*é fundamental que nós não declaremos morto alguém que ainda está vivo. Quando se dá a morte, é o momento da irreversibilidade de esta vida voltar a ser obviamente aquilo que era antes (...). A partir desse momento não há mais uma atividade ou função de todos os órgãos, então ali se caracteriza a morte do indivíduo. É o critério para verificação. É muito diferente se essa criança está viva, ela pode não ter toda a formação do cérebro, mas ela tem o tronco encefálico, ela tem outros elementos que lhe dão a possibilidade de respirar.*” (LUIZ ANTÔNIO BENTO, pp. 13-15 das transcrições).

Cf., também, RODOLFO ACATAUASSÚ NUNES: “*a criança com anencefalia, no momento em que está respirando, certamente não está em morte encefálica. Nenhuma equipe de médicos vai ao local atender a uma pessoa que está respirando, dizendo que está em morte encefálica. Ora, a pessoa está respirando. Se está respirando, já excluiu a morte encefálica.*” (pp. 25-26 das transcrições); e LENISE MARTINS GARCIA: “*Nós não temos condição de dizer que um anencéfalo não tem consciência. Quer dizer, eu posso considerar o anencéfalo um morto cerebral? Eu nunca vi morto cerebral ter crise epilética. Foi-nos dito, aqui, hoje, que vários anencéfalos têm crise epilética antes de morrer.*”

Além da respiração espontânea, apontam-se, como sinais clínicos de atividade cerebral, “*reação pupilar, movimento ocular espontâneo, resposta ao reflexo óculo-cefálico, reflexo corneano, resposta auditiva, sucção espontânea (...)* que, na verdade, são os testes clínicos exigidos para que se possa realizar e aplicar um protocolo para diagnóstico de morte encefálica.” (CINTHIA MACEDO SPECIAN, p. 240 das transcrições).

ADPF 54 / DF

cerebrais no anencéfalo⁵;

(iii) é falsa a ideia de que o feto acometido de anencefalia não tenha encéfalo: *“anencefalia é um termo que induz a erro. Há uma grande desinformação, que faz prevalecer e difundir a idéia de que anencefalia significa ausência do encéfalo. Na realidade, anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo. O nome mais correto para anencefalia seria ‘meroanencefalia’, já que ‘mero’ significa ‘parte’”*⁶;

(iv) a morte encefálica, diagnosticada para fins de transplante, mas que não tem aplicabilidade a fetos ou recém-nascidos⁷, representa interrupção definitiva e irreversível do ciclo vital que chega a seu termo; já a condição da anencefalia integra, ainda que brevemente, o processo contínuo e progressivo a que chamamos **vida**. Destarte, sua evolução natural, posto que em direção à morte, não pode abreviada em nome das razões – estas, sim, legítimas em princípio - que autorizam a extração de órgãos no caso de genuína morte encefálica;

(v) insisto, pois, na clara inconsistência, que já apontei, da *“analogia com a autorização do aproveitamento de órgãos, em caso de morte cerebral, porque aí se trata de hipótese em que se sacrificam certos órgãos de alguém que teve o que a lei e os cientistas chamam de ‘morte encefálica’, mas para salvar a vida alheia. O símile não é adequado para a hipótese, em que ninguém sustenta a necessidade de permitir o aborto para salvar vida alheia.”*⁸. Não me custa repetir que a definição legal de morte encefálica é só operacional, enquanto dirigida, pragmaticamente, a garantir aproveitabilidade de órgãos para fins imediatos de transplante. Não é, pois, conceito normativo suscetível de aplicação a qualquer situação factual, nem isento de críticas no plano científico e, muito menos, no próprio âmbito jurídico.

Na verdade, o fundamento jurídico do aproveitamento de órgãos na

5 Confrontem-se, a respeito, as posições de THOMAZ RAFAEL GOLLOP (eletroencefalograma com linhas isométricas, p. 151 das transcrições) e de CINTHIA MACEDO SPECIAN (existência de atividade elétrica cerebral, p. 239 das transcrições).

6 RODOLFO ACATAUASSÚ NUNES, pp. 23-24 das transcrições, g.n.

7 *Ibidem*, p. 240-241. Revejam-se ainda minhas observações transcritas na nota nº 3, *supra*.

8 Fls. 96.

ADPF 54 / DF

verificação de morte encefálica⁹ é o mesmo que autoriza o aborto terapêutico, na medida em que, em ambas as situações, se divisa e leva em conta ato estritamente necessário para salvar a vida de terceiros, designadamente o receptor de órgãos e a gestante.

II. Pré-exclusão da liberdade e autonomia jurídicas, no caso de comportamento tipificado como crime. O enquadramento da interrupção da gravidez anencefálica no tipo delitivo de aborto.

Tenho por facilmente retorquível a invocação dos princípios da autonomia da vontade, da liberdade pessoal e da legalidade como fatores de legitimação do aborto doloso de anencéfalo. Afirma, a respeito, a arguente que, *“se a lei não proíbe determinado comportamento ou se a lei não a impõe, têm as pessoas a autodeterminação de adotá-lo ou não. (...) Pois bem. A antecipação terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não está vedada no ordenamento jurídico.”*¹⁰.

Ora, tal conduta é, antes, claramente banida pelo Direito Penal pátrio. Extraí-se, sem grande esforço, ao enunciado do art. 124 do Código Penal, norma primária latente que proíbe, incrimina e pune o aborto, o qual, na precisa definição de **ROCCO**, *“si commette con la violenta distruzione del feto avvenuta in qualsiasi momento anteriore al compimento normale della gravidanza”*¹¹. Ou seja, é criminosa toda interrupção dolosamente provocada do curso da vida intrauterina.

9 Comentando a possibilidade de extração de órgãos de anencéfalos, relatou o Dr. **RODOLFO ACATAUASSÚ NUNES**: *“A Resolução do CFM nº 1.752/04 autorizava a retirada de órgãos de crianças com anencefalia, classificando como inaplicáveis e desnecessários os critérios da morte encefálica. Posteriormente, em março de 2007, a Portaria nº 487, do Ministério da Saúde, revendo a questão (...), resolveu: ‘Art. 1º- A retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível.’”* (pp. 27-28 das transcrições, g.n.). A atual regulamentação da Lei nº 9.434/97 veda, portanto, a remoção de órgãos do anencéfalo com só base na morte encefálica, exigindo, sim, **irreversibilidade da parada cardíaca**.

10 Fls. 18-19.

11 **ROCCO, Arturo**. In *Codice penale illustrato con i lavori preparatori, a cura de R. MANGINI, F.P. GABRIELI e U. CONSENTINO*. Tip. Della Camera dei Deputati, Roma MCMXXX-IX, p. 428.

ADPF 54 / DF

Não obstante vozes respeitáveis defendam que “o aborto pressupõe uma potencialidade de vida”¹² fora do útero¹³, para que se possa ter por configurado o aborto como crime basta, a meu juízo, a eliminação da vida, abstraída toda especulação quanto a sua viabilidade futura ou extrauterina.

Daí, mui diversamente do que se aduz na inicial, o aborto provocado de feto anencefálico é conduta vedada, e vedada de modo frontal, pela ordem jurídica. E, a despeito dos esforços retóricos da autora, aparece, por conseguinte, de todo inócuo o apelo para a liberdade e a autonomia pessoais, fundado na pressuposição errônea de inexistência de proibição jurídico-normativa da conduta. Não há como nem por onde cogitar, sem contraste ostensivo com o ordenamento jurídico, de resguardo à autonomia da vontade, quando esta se preordena ao indisfarçável cometimento de um crime. Não se concebe nem entende, em termos técnico-jurídicos, únicos apropriados ao caso, direito subjetivo de escolha, *contra legem*, de comportamento funestamente danoso à vida ou à incolumidade física alheia e, como tal, tido por criminoso. É coisa abstrusa!

A conduta censurada transpõe a esfera da autonomia e da liberdade individuais, enquanto implica, sem nenhum substrato de licitude, imposição de pena capital ao feto anencefálico. E, nisso, atenta ainda contra a própria idéia de “um mundo diverso e plural”¹⁴, que os partidários da arguente, como DÉBORA DINIZ e seu próprio patrono¹⁵, alegam defender.

É que, nessa postura dogmática, ao feto, reduzido, no fim das contas,

12 Intervenção do patrono da arguente, Dr. LUÍS ROBERTO BARROSO (p. 22 das transcrições).

13 Cito, como representativa dessa corrente, a opinião do Min. CARLOS BRITTO (fls. 90-91): “Aqui, o se deseja saber é se a gravidez corresponde a um feto viável (...), ou seja, predisposto a uma vida extrauterina. (...) Quando as leis penais naturalmente criminalizam o aborto (...), o que se procura impedir é que, pelo aborto, se impeça alguém de ter um destino próprio extra-uterino.”

14 Pág. 163 das transcrições.

15 Que se referiu a uma “sociedade plural que queremos construir” (p. 208 das transcrições).

ADPF 54 / DF

à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada, de nenhum ângulo, a menor consideração ética ou jurídica, nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica e ética que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humanas. Essa forma odiosa de discriminação, que a tanto equivale, nas suas consequências, a formulação criticada, em nada difere do racismo, do sexismo e do chamado especismo¹⁶. Todos esses casos retratam a absurda defesa e absolvição do uso injusto da superioridade de alguns (em regra, brancos de estirpe ariana, homens e seres humanos) sobre outros (negros, judeus, mulheres e animais, respectivamente). No caso do extermínio do anencéfalo, encena-se a atuação avassaladora do ser poderoso superior que, detentor de toda a força, inflige a pena de morte ao incapaz de pressentir a agressão e de esboçar-lhe qualquer defesa. Mas o simples e decisivo fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à imprevisível espécie humana garante-lhe, em nossa ordem jurídica, apesar da deficiência ou mutilação - apresentada, para induzir horror e atrair adesão irrefletida à proposta de extermínio, sob as vestes de monstruosidade -, que lhe não rouba a inata dignidade humana, nem o transforma em coisa ou objeto material desvalioso ao juízo do Direito e da Constituição da República.

Conforme adiantei, o princípio da legalidade e a cláusula geral da liberdade *“são limitados pela existência das leis constitucionais. Onde a lei o considera criminoso, e por isso proíbe certo comportamento, não há espaço de liberdade jurídica, não há possibilidade teórica de invocação do princípio da liberdade nem da legalidade. Já estão pré-excluídos”*¹⁷.

Nesse quadro, é mal-avisada, se não imprópria, a remissão à liberdade de crença e de expressão religiosas, bem como ao caráter laico do Estado. A hipótese é de crime típico, que esta Corte não tem competência para abolir ou atenuar, muito menos sob tão débil quanto especioso fundamento. Levados às últimas consequências, os princípios sustentados da autora – e esse é risco sempre latente¹⁸ –, poderia uma

16 V. nota sobre **RICHARD RYDER**, *infra*, bem como **PETER SINGER**, *Animal Liberation*, 2nd ed., New York: Avon, 1990, *passim*.

17 Fls. 96.

18 *“Recorda-me o Lord da Suprema Corte Inglesa que o Sr. Ministro **BROSSARD** gostava*

ADPF 54 / DF

religião satânica ou um culto demoníaco preconizar, como lícita e moral, a realização expiatória de sacrifícios humanos, recorrendo às mesmas bases argumentativas. Em termos mais diretos, a liberdade religiosa, aliada a outros valores jurídicos, como, p. ex., a autonomia individual, impertinente mas arditosamente invocados, afastaria a tipicidade penal e o despropósito dessas abomináveis condutas, que deixariam de repugnar ao espírito civilizado e já não representariam cruéis homicídios, porque, numa espécie de severa miopia intelectual, seriam vistas sob a ilusão da sombra da liberdade religiosa e de outros valores constitucionais adulterados a título de justificação.

Se parece absurda a hipótese, e deveras o é, maior espanto deveria causar sua pretensa semelhança com o caso em debate: a agressão ao valor constitucional da vida humana é, sem tirar nem por, exatamente a mesma, aqui e ali. E a falsidade lógico-jurídica do argumento da liberdade religiosa e da aplicabilidade doutros princípios constitucionais, como o da autonomia individual, é idêntica, lá e cá. O cometimento de crime tipifica-se em ambas as hipóteses; o que lhes varia é apenas a capitulação: homicídio, no exemplo hipotético, e aborto, no caso em exame.

A postura de que a antecipação fatal do parto do anencéfalo não corporificaria crime, poderia, quando muito, ajustar-se a hipótese *de lege ferenda*, em que estivesse definida e positivada excludente de ilicitude ou de punibilidade, específica para o caso. Mas, à sua míngua, é, *data venia*, forçado e falacioso pretender desentranhar o ato de aborto do anencéfalo, do gênero delitivo ao qual inequivocamente pertence, no seio do ordenamento jurídico em vigor.

O fato de caberem excludentes de punibilidade no crime de aborto, ausentes no de homicídio, não altera a tibieza do raciocínio, porque confessa a própria autora que não busca equiparar sua pretensão às hipóteses de aborto sentimental ou terapêutico, senão que antes afirma,

muito de citar... Não é possível levar os primeiros princípios às últimas conseqüências", notou-o o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, nos Embargos de Declaração na Medida Cautelar nº 1.066 (Ac. nº 1.066, do Tribunal Superior Eleitoral).

ADPF 54 / DF

literalmente, “a não subsunção da situação fática aos dispositivos do Código Penal (...), vale dizer, [a] **atipicidade da conduta**.”¹⁹. O desígnio último da autora foi percebido, com a costumeira perspicácia, pelo Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, que afirmou pretender ela, “*não a exclusão da punibilidade, a exemplo do que prescreve o artigo 128 do Código Penal, mas, sim, a atipicidade do fato. (...) Em bom português, não é de exclusão de punibilidade, que pressupõe a tipicidade, mas de exclusão da própria tipicidade.*”²⁰.

Discordo, porém, do entendimento de S. Exa. de que incorram em petição de princípio, por antessuporem a ocorrência de aborto, aqueles que vêm, nesta ADPF, tentativa de “*incluir uma terceira alínea no artigo 128 do Código Penal e adicionar-se ao aborto terapêutico e ao aborto de gravidez resultante de estupro, mais uma causa de exclusão da punibilidade: o aborto do feto anencéfalo.*”²¹. Aqui, reconheço e assevero, com explicitude, a configuração teórica do crime de aborto, tipificado às inteiras. Admitir o objeto imediato da pretensão da autora como se fosse o reconhecimento de terceira excludente de punibilidade é só gentil concessão retórica à sua tese, mediante infrutífera tentativa de conferir-lhe algum laivo de procedência. Mais tecnicamente, em vez de petição de princípio, o que lhe transparece é uso indisfarçado do conhecido “*princípio da caridade argumentativa*”²².

Estou de todo convicto da ofuscante **tipicidade** da conduta que, preconizada pela arguente, se acomoda, com folga, à definição legal do crime de aborto. A ação de eliminação intencional de vida intrauterina, suposto acometida esta de anencefalia, corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica de dialética

19 Fls. 16.

20 Fls. 227-228.

21 Fls. 227.

22 “*Charity, principle of. Principle especially highlighted by [Donald] Davidson as governing the interpretation of others. In various versions it constrains the interpreter to maximize the truth or rationality in the subject’s sayings.*” (BLACKBURN, Simon. *Charity, principle of. In: The Oxford Dictionary of Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 62). V., também, BRANQUINHO, JOÃO; MURCHO, DESIDÉRIO & GOMES, NELSON GONGALVES (eds.), *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 423-424.

ADPF 54 / DF

capaz de conduzir a conclusão diversa.

III. A dignidade constitucional plena da vida intrauterina

Argumentação análoga à da autora poderia, e isto revela mais uma das facetas do seu equívoco, ser empregada, com ligeiras adaptações, para defesa de **assassinato** de bebês anencéfalos recém-nascidos. Em seu âmago, a proposta seria idêntica: para resguardar alguns supostos direitos superiores da mãe, como saúde psíquica e liberdade pessoal, seria legítimo eliminar, à margem de qualquer previsão legal, a vida intra ou extrauterina do anencéfalo, porque, entre um e outro casos, muda só o **momento de execução**, não o ato insensível de extermínio, nem os pretextos para praticá-lo.

Se tal analogia parece inoportuna, façamos o exercício inverso: ninguém admitiria a matança de anencéfalos recém-nascidos (que, afinal, têm, de igual modo, pouca expectativa de vida) com a finalidade de poupar a mãe à carga de frustração, sofrimento, tortura psicológica, ou qualquer outro título pseudojurídico que se lhe atribua ao desagradável estado de espírito a respeito. Ninguém tem dúvida de que, sem surpresa nem espanto, o ato seria punido como homicídio ou infanticídio.

Que estranha e repulsiva lógica tornaria, então, admissível o mesmíssimo procedimento agressivo, agora direcionado contra a vida intrauterina? Ambas as formas de vida guardam idêntico nível de dignidade sob o prisma tuitivo da Constituição, verificando-se, entre elas, mera diferença temporal ou, em termos menos precisos, de “idade”²³. Não posso, pois, concordar com a assertiva de que *“a não-previsão de uma excludente de ilicitude pela lei ofenderia princípios constitucionais, [como] o princípio da dignidade da pessoa humana. E [a arguente] disse mais: essa dignidade seria medida pela integridade física da mãe. Não concordo. A*

23 Obviamente, não se pode dizer, do feto, que tenha “idade”, a qual se define como “o tempo de vida decorrido desde o nascimento até uma determinada data tomada como referência” (HOUAISS). Em substância, porém, a diferença entre o nascido e o nascituro é quase exclusivamente temporal, não sendo a dignidade humana alterada pelo parto, que, na definição do mesmo dicionário, é apenas o “conjunto de fenômenos mecânicos e fisiológicos que levam à expulsão do feto e seus anexos do corpo da mãe.”

ADPF 54 / DF

integridade física e biológica da vida intrauterina também está em jogo."²⁴

Eis o que afirmei na ADI nº 3.510, com o intuito de arredar a esdrúxula ideia de que a vida de um recém-nascido ou de um feto teria menos valor que a de um adulto:

“(...) a nada serviria a postura dogmática que, debaixo do pretexto da relatividade dos direitos constitucionais, pretende **graduar o direito à vida com a régua impertinente** de que, como, nos termos do direito positivo, o crime de **homicídio** tem pena maior que a prevista para o delito de **aborto**, então teria **menor dignidade jurídico-constitucional a vida intrauterina** (...).

O erro aqui é agravado e pouco sutil. As normas penais não valoram de modo diverso, na cominação de penas em cada tipo, o bem jurídico da vida em estado hipotético de violação, mas, sim, a *reprovabilidade* de cada conduta típica, segundo as modalidades e as circunstâncias da ação humana violadora. Cuida-se, aí, de nítida orientação de política normativo-criminal, que em nada deprecia **o eminente grau de dignidade e tutela que a Constituição da República reserva ao chamado direito à vida**, que é, antes, o pressuposto ou condição transcendental da existência de todos os direitos subjetivos.

Para vê-lo em toda a nitidez, basta atentar na própria figura do **homicídio**, cujas penas variam em função de diversos fatores objetivos e subjetivos, inerentes, por exemplo, às hipóteses de aumento ou diminuição, de qualificação, etc..²⁵ A ninguém terá jamais ocorrido que, para o ordenamento jurídico, **valha menos** a vida de uma vítima de homicídio simples do que a de alguém morto em emboscada! Mas expressivo, ainda, é o caso o **infanticídio** (art. 123 do Código Penal), que, em termos de sacrifício do bem jurídico tutelado, em nada difere do

24 Do meu voto, a fls. 95.

25 Cite-se, por exemplo, a agravante de o agente ter cometido o crime “*contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida*” (art. 61, inc. II, “h”). Aliás, como no aborto a capacidade de reação do feto é nula, a legislação penal poderia até ter previsto pena *maior* que a aplicável ao homicídio, sem que isso significasse demérito à vida das pessoas.

ADPF 54 / DF

homicídio (art. 121 do Código Penal), mas, em razão de condições subjetivas especialíssimas (estado puerperal da mãe), tem pena em abstrato consideravelmente mais branda, **sem isso signifique**, para a ordem jurídica, sobretudo a constitucional, **que a vida do infante valha menos do que a de qualquer outra pessoa.**

Poder-se-ia objetar que, neste segundo exemplo, a diferença de penas decorre da menor capacidade de compreensão do agente. Mas, a despeito de ser inconseqüente em si a objeção, outros casos há em que a cominação da pena está relacionada com a ponderação de elementos objetivos do *fato* criminoso, como se dá, *v. g.*, com o furto de veículo automotor, que, transportado para outro Estado, induz pena abstrata máxima no dobro (art. 155 do Código Penal)! O bem jurídico atingido e seu valor jurídico-patrimonial são exatamente os mesmos, mas são diversas as penas, porque diversos os graus de *desvalor normativo* das condutas típicas.

Daí se tira que a pena cominada, embora guarde certo nexó lógico com o bem jurídico objeto da tutela criminal, **nem sempre é diretamente proporcional ao valor normativo deste**, por perceptível necessidade de concretização de justiça, como sucede, estritamente, à fixação teórica das penas dos **crimes de aborto** e de **homicídio**, cuja diversidade, **de modo e em sentido algum se presta a sustentar peregrina teoria de que o direito à vida seria suscetível de graduações axiológicas** no seu *status* jurídico de fundante valor objetivo constitucional.”

Convém reforçar, também, o que sustentei na discussão da medida liminar relativa a esta ADPF, cuja procedência certamente *“ofende[ria] um valor jurídico. Isso parece-me indubitoso. A vida intrauterina, ainda quando concebível como projeto de vida, é objeto da tutela jurídico-normativa por várias formas. É-o por normas infraconstitucionais (...) , mas também, e sobretudo, por força da própria lei penal, cujo sentido primário de proibição do comportamento tipificado é expressão da tutela dessa vida intrauterina, a qual guarda, por conseguinte, o significado indiscutível de bem jurídico, que como tal merece a proteção da ordem jurídica. A história da criminalização do aborto mostra que*

ADPF 54 / DF

essa tutela se fundamenta na necessidade de preservar a dignidade dessa vida intrauterina, independentemente das eventuais deformidades que o feto possa apresentar, como tem apresentado no curso de história. As deformidades das vidas intrauterinas não são novidade fenomênica. Novidade são hoje os métodos científicos de seu diagnóstico. A consciência jurídica jamais desconheceu a possibilidade de que de uma gravidez possa não resultar sempre nascimento viável. (...) No instante em que o transformássemos [o feto anencéfalo] em objeto do poder de disposição alheia, essa vida se tornaria coisa (res), porque só coisa, em Direito, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humano é sujeito de direito."

E é **sujeito de direito**, por outra razão, curta mas decisiva, consistente em que, embora não tenha ainda personalidade civil, o nascituro é, anencéfalo ou não, investido pelo ordenamento, segundo velha e fundada tradição jurídica, na garantia expressa de resguardo de seus direitos, entre os quais se conta *a fortiori* o da proteção da **vida**, como dispõe hoje o art. 2º do Código Civil. Pode, daí, por exemplo, receber doação, desde que aceita por seu representante legal (art. 542 do Código Civil). Tem direito subjetivo a curador, quando lhe faleça o pai, sem que a mãe detenha o poder de família (art. 1.779, *caput*, do Código Civil). É ainda legitimado a suceder, quando já concebido no momento da abertura da sucessão (art. 1.798 do Código Civil). A questão aqui, como se percebe, não é da capacidade ativa de exercício desses direitos, por si ou por outrem, o que, sabe-o toda a gente, depende de nascimento com vida, mas da capacidade jurídica passiva que, ainda no seio materno, o ordenamento lhe reconhece como sujeito de direito, enquanto portador de vida. E, nascendo com vida, ainda quando de brevíssima duração, pode receber e transmitir herança! Tudo isto significa, à margem de qualquer dúvida, que é sujeito de direito, não coisa ou objeto de direito alheio. E, que é, pois, supinamente falsa a ideia de que todo anencéfalo não seria nunca sujeito de direito.

IV. O valor inestimável da vida, intra ou extrauterina, não depende de sua qualidade ou duração: o risco do surgimento de práticas de eugenia e eutanásia.

ADPF 54 / DF

O doente, de qualquer idade, em estado terminal, portador de enfermidade incurável, de cunho degenerativo, por exemplo, também sofre e, não escondendo a gravidade do quadro mórbido, causa sofrimento a familiares e amigos, mas não pode por isso ser executado, nem lhe é lícito sequer receber auxílio para dar cabo da própria vida, incorrendo, aquele que o auxilia, nas cominações da prática de eutanásia, punível nos termos do art. 122 do Código Penal (auxílio ao suicídio). Vislumbrar, pois, na ínfima possibilidade de sobrevida, na sua baixa qualidade ou na efêmera duração pressuposta²⁶, argumento racional para ceifá-la por economia, impulso defensivo ou falsa piedade, é absolutamente insustentável à luz da ordem constitucional, que declara, sobreleva e garante valor supremo à vida humana. Como consta das primorosas razões originais da Procuradoria-Geral da República: *“o bebê anencéfalo (...) pode viver segundos, minutos, horas, dias, e até meses. Isto é inquestionável! E aqui o ponto nodal da controvérsia: a compreensão jurídica do direito à vida legitima a morte, dado o curto espaço de tempo da existência humana? Por certo que não!”*²⁷.

Tenta-se ainda salvar a hipótese de aborto, em caso de anencefalia, ao confronto com práticas eugênicas, com discriminação contra deficientes, etc.. É mister, todavia, comparar o caso do anencéfalo com outras situações incômodas ou de angústia e sofrimento extremos, mas que não autorizam, de per si, a decretação da morte do paciente.

A vida humana, imantada de dignidade intrínseca, anterior ao próprio ordenamento jurídico, não pode ser relativizada fora das específicas hipóteses legais, nem podem classificados seus portadores segundo uma escala cruel que defina, com base em critérios subjetivos e sempre arbitrários, quem tem, ou não, direito a ela. Havendo vida, e vida humana – atributo de que é dotado o feto ou o bebê anencéfalo –, está-se

26 Concordo, no ponto, com a afirmação do representante da CNBB, Dr. LUIZ ANTÔNIO BENTO: *“o feto anencefálico é um ser humano vivente e sua reduzida expectativa de vida não nega os seus direitos, a sua identidade. O fato de ter mais ou menos tempo de existência não faz com que ele deixe de ser sempre um ser humano, que precisa de cuidado, sobretudo neste caso.”* (p. 06 das transcrições).

27 Pág. 09 do Parecer.

ADPF 54 / DF

diante de valor jurídico fundante e inegociável, que não comporta, nessa estima, margem alguma para transigência. Cuida-se, como já afirmei, “do valor mais importante do ordenamento jurídico.”²⁸

A curta potencialidade ou perspectiva de vida em plenitude, com desenvolvimento perfeito segundo os padrões da experiência ordinária, não figura, sob nenhum aspecto, razão válida para obstar-lhe à continuidade. A ausência dessa perfeição ou potência, embora tenda a acarretar a morte nas primeiras semanas, meses ou anos de vida, não é empecilho ético nem jurídico ao curso natural da gestação, pois a dignidade imanente à condição de ser humano não se degrada nem decompõe só porque seu cérebro apresenta formação incompleta. Faz muito, a civilização sepultou a prática ominosa de sacrificar, segregar ou abandonar crianças recém-nascidas deficientes ou de aspecto repulsivo, como as disformes, aleijadas, surdas, albinas ou leprosas, só porque eram consideradas ineptas para a vida e improdutivas do ponto de vista econômico e social!²⁹

Sobre a sensatez do reconhecimento da absoluta impossibilidade de relativização ética e jurídica da vida humana, seria bom ouvir as palavras de u’a mãe, **MÔNICA TORRES LOPES SANCHES**: “*Se eu concordasse com essa liberação [da antecipação terapêutica do parto], estaria aceitando que a vida da Giovanna [sua filha anencéfala, morta 6h45min depois do parto] é uma verdade relativa. A um interesse meu de passar ou não por um sofrimento. Se não quero passar por ele, então ela não tem vida. Se aceito, tem vida. Tem vida e pronto! Ponto incontestável na minha experiência de mãe, que a vi respirar espontaneamente como qualquer outro bebê.*”³⁰

28 Fls. 156.

29 Cf. **ARISTÓTELES**. *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. SP: Martins Fontes, 1998, p. 73; **PLATÃO**. *A República*. Trad. de Maria Helena da Rocha Pereira. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1949, pp. 228-229; **BALESTRINI, Raffaello**. *Aborto, infanticídio ed esposizione d’infante*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1888, p. 194 e 195; **VEYNE, Paul** (org.). *História da vida privada – do império romano ao ano mil*. Trad. de Hildegard Feist. 5ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, pp. 23-24.

30 “*Sinto-me profundamente desrespeitada como mãe*”. In: Folheto da Associação Nacional Mulheres pela Vida.

ADPF 54 / DF

A vida é fato objetivamente aferível num dado ponto no tempo. Não se concebe que, só por critérios de prognóstico de sua viabilidade ou medida de continuidade, se lhe ponha termo antecipado. O tempo de vida pode, sob tal avaliação, ser reduzidíssimo também noutras muitas hipóteses, como, *v. g.*, a de doenças fatais incuráveis, que não autorizam, de modo algum, a “*antecipação terapêutica da morte*”, como, para atenuar-lhe o senso comum de reprovabilidade ética e jurídica, soem denominá-la os defensores da eutanásia.

A dignidade fundamental da vida humana, como suposto e condição transcendental de todos os valores, não tolera, em suma, barateamento de sua respeitabilidade e tutela jurídico-constitucional, sobretudo debaixo do pretexto de que deformidade orgânica severa, irremissibilidade de moléstia letal ou grave disfunção psíquica possam causar sofrimento ou embaraço a outro ser humano. Independentemente das características que assuma na concreta e singular organização de sua unidade psicossomática, a vida vale por si mesma, mais do que bem humano supremo, como suporte e pressuposição de todos os demais bens materiais e imateriais, e nisto está toda a racionalidade de sua universal proteção jurídica. Tem dignidade, e dignidade plena, qualquer ser humano que esteja vivo (ainda que sofrendo, como o doente terminal, ou potencialmente causando sofrimento a outrem, como o anencéfalo). O feto anencéfalo tem vida, e, posto que breve, sua vida é constitucionalmente protegida.

Nessa moldura, pouco se dá que sobre a sorte do anencéfalo possa recair a alegada “*incompatibilidade com a vida extrauterina*”³¹, já que goza do mesmíssimo *status* de proteção que qualquer outro ser humano, seja, este, feto sem deformidade, criança ou adulto, ainda quando, por causa física ou psíquica, sejam desprovidos de todas as faculdades mentais. É que a vida intrauterina não pode, na ordem jurídica, ser classificada, para efeito de tutela, numa categoria axiológica inferior em relação à vida fora do útero. Além disso, como já relembrei, a viabilidade da vida extrauterina do feto não constitui requisito para a caracterização do crime de aborto.

31 Fls. 6-7 e 15.

ADPF 54 / DF

Por outro lado, falar-se em “*morte inevitável e certa*”³² chega a ser pleonástico, pois ela o é para todos. Disse eu, noutra ocasião, não me seduzir nem comover “*o argumento de que o feto anencéfalo seja um condenado à morte. Todos o somos, todos nascemos para morrer.*”³³ A duração da vida é que não pode estar sujeita ao poder de disposição das demais pessoas. Esta é a razão jurídica fundamental por que não apenas as normas infraconstitucionais, mas também a Constituição tutela a vida”³⁴. Acrescento, agora, que a alegação de que a morte possa ocorrer “*no máximo algumas horas após o parto*” em nada altera a conclusão segundo a qual, atestada a existência de vida em certo momento, nenhuma consideração futura é forte o bastante para justificar-lhe deliberada interrupção. Doutro modo, seria lícito sacrificar-se, igualmente, o anencéfalo neonato.

Nesse ponto, o aborto de anencéfalo e a eutanásia aproximam-se de maneira preocupante. Pode-se, decerto, conferir-lhes qualificações jurídico-penais distintas: aborto, no primeiro caso, e auxílio ao suicídio ou homicídio, no segundo, mas ambas essas ações produzem, nas objetividades convergentes, o mesmíssimo resultado físico, que é subtrair a vida de um ser humano por nascer ou já nascido, sob falsos argumentos de diversa ordem, como as rubricas de liberdade, dignidade, alívio de sofrimento, direito à autodeterminação, mas sempre em franca oposição ao ordenamento jurídico-positivo, quer no plano constitucional, quer no da legislação ordinária.

Do mesmo modo, é assombrosa a semelhança entre aborto de anencéfalo e práticas eugênicas. Afirmei, na ADI nº 3.510, que me não assaltava, na pesquisa com células-tronco embrionárias, a menor preocupação com propósito eugênico:

“A mesma conclusão aplica-se ao receio de risco, que não é

32 Fls. 7 e 15.

33 MARTIN HEIDEGGER, ao tratar do homem como “*ser-para-a-morte*” (*sein zum Tod*), é expressivo ao lembrar que “*a morte desentranha-se como a possibilidade mais própria, irremissível e insuperável*” (*Ser e tempo*. Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 11ª ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2004, parte II, p. 32. Grifos do original).

34 Fls. 94.

ADPF 54 / DF

próximo nem real, de se *'classificar as pessoas entre aquelas que são normais, aquelas que são adequadas e inadequadas à nossa sociedade'*. A resposta à indagação teórica de **LENISE GARCIA** - *'se detecto uma doença genética em um embrião, eliminarei esse embrião?'* – não pode deixar de ser, ainda nos quadrantes do ordenamento jurídico, insofismavelmente *negativa*. Trata-se de mera conjectura que, remetendo-se a práticas históricas hoje de todo em todo condenáveis, inauguradas em Esparta e retomadas pelo regime nazista, esbarra desde logo em proibição expressa da lei e na reprovação última da Constituição, a ambas as quais repugna qualquer projeto eugênico.”

Se se não delineava, naquele caso, ameaça eugênica, neste materializa-se ela de forma contundente. Talvez prevendo a dificuldade de imunizar sua posição à pecha de eugenia, a autora tenta negar similitude ou afinidade entre aborto de anencéfalo e aborto em caso doutras deficiências graves, afirmando: *“inexiste qualquer proximidade entre a pretensão aqui veiculada e o denominado aborto eugênico, cujo fundamento é eventual deficiência grave de que seja o feto portador. Nessa última hipótese, pressupõe-se a viabilidade da vida extrauterina do ser nascido, o que não é o caso em relação à anencefalia.”*³⁵

É possível imaginar o ponderável risco³⁶ de que, julgada procedente esta ADPF, mulheres entrem a pleitear igual tratamento jurídico a hipóteses de outras anomalias não menos graves³⁷, ou porque a gravidez

35 Fls. 06, nota de rodapé nº 8. A tese é secundada por expositores pró-aborto do anencéfalo, tais como **DÉBORA DINIZ** (p. 164 das transcrições) e **CLÁUDIA WERNECK** (p. 199 das transcrições).

36 Embora eu não afirme peremptoriamente, para não resvalar em declive escorregadio (*“slippery slope”*), que tal situação vá acontecer.

37 Cito a gama de doenças trazidas à baila pelo Dr. **RODOLFO ACATAUASSÚ NUNES**: *“A anencefalia é ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, mas certamente não é a única; existem outras: acardia, agenesia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, osteogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15 [e do] 18. São todas afecções congênicas letais, que exigirão de seus pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte.”* (p. 23 das transcrições).

ADPF 54 / DF

seja indesejada em si mesma, ou porque, à conta de fatores econômicos, sociais, familiares etc., seria insuportável ou insustentável ter um filho.

É certo que grupos favoráveis ao aborto do anencéfalo procuram distinguir as situações, protestando que *“anencefalia não é deficiência (...) A ADPF nº 54 diz respeito apenas à anencefalia, nenhuma outra situação de malformação ou deficiência no feto. Por isso, não há o risco do renascimento da eugenia entre nós.”*³⁸

Mas, sob a ótica jurídica, as hipóteses são análogas, porque, em ambas, o que se pretende, no fundo, é obter autorização judicial para prática de um crime, ou seja, para que o agente, atuando à revelia das duas restritas excludentes de ilicitude do aborto, possa cometê-lo sem condenação nem pena. Ainda que lhes variem os motivos ou pretextos, como inviabilidade do feto, suposta liberdade de abortar ou falta de recursos financeiros, nas duas hipóteses é a mesma a pretensão substancial, e idêntica sua visível hostilidade ao sistema jurídico.

O feto, portador de anencefalia ou não, tem vida. Ser a anencefalia *“incompatível com a vida extrauterina”* prova, aliás, menos que o necessário, pois daí não se tira ser a anomalia incompatível com a vida **em geral**, que é o que constitui o objeto privilegiado da tutela normativa. Tal deslize foi percebido e bem refutado pela Procuradoria-Geral da República, ao notar: *“o autor desta ação tem por tema central do pleito o fato de que nos casos de anencefalia não há possibilidade de vida extrauterina, então razão não há a que permaneça a gestação. Mas se há normal processo de gestação vida*

38 **DÉBORA DINIZ**, p. 164 das transcrições. No mesmo sentido, **CLÁUDIA WERNECK** defende a diferença entre a anencefalia e a deficiência (pp. 199-200 das transcrições), também dizendo não ser caso de eugenia. Mas, ao definir o conceito de pessoa com deficiência, dá clara margem à admissão da eutanásia: *“para um ser humano poder ser considerado uma pessoa com deficiência, é indispensável que desenvolva uma relação com o ambiente. Nesse contexto, a condição ‘expectativa de vida’, independentemente de qualquer juízo de valor sobre a qualidade desta vida (...), é o pressuposto para que se façam presentes todos os direitos (...)”*. (pp. 191-192 das transcrições). Por esse simplório critério, doente terminal poderia ser eliminado, por não ter expectativa de vida, ou tê-la reduzidíssima – sem considerar, como propõe a jornalista, a qualidade dessa vida.

ADPF 54 / DF

*intrauterina existe.*³⁹

Seria fraqueza de espírito insistir em que o anencéfalo tem vida dentro do útero, vida intrauterina, e, se nasce vivo, continua a tê-la na dimensão extrauterina, até que lhe sobrevenha a morte *natural*. Como relata **MÔNICA TORRES LOPES SANCHES**, que deu à luz uma anencéfala, “*minha filha viveu além dos nove meses em meu ventre apenas 6 horas e 45 minutos, mas nasceu viva e por todo esse tempo respirou sem a ajuda de aparelhos e chorou ao nascer. (...) Quem não tem vida chora?*”⁴⁰

Tamanha é a evidência de que tem vida o anencéfalo, que, se, uma vez nascido, for vítima de alguma agressão ou atrocidade, estará configurado o crime correspondente, seja homicídio, infanticídio, estupro, lesões corporais, etc.. Ninguém na posse de suas faculdades mentais ousaria reputar isentos de punibilidade tais atos de violência cometidos contra anencéfalo recém-nascido. Como legitimar-se, pois, a prática de condutas semelhantes contra o mesmo ser humano, antes do parto? Se se autoriza aborto do anencéfalo, por que se não permite seja eliminado depois do parto, antecipando-se-lhe destoutro modo a morte inevitável? A falta de juridicidade do ato é exatamente a mesma.

O que não cabe nem entra no raciocínio da arguente e, como tal, o torna inconclusivo, é o fato de a mãe não ter poder jurídico de disposição⁴¹ sobre o filho ou filha anencéfalos! A respeito, persegue verdadeiro retrocesso histórico, evocando os primórdios do direito romano, quando este considerava lícita toda forma de aborto, sob compreensão cultural de que o feto era só parte do corpo ou espécie de órgão descartável da gestante, que sobre ele tinha plena disponibilidade jurídica (*ius in se ipsa*).⁴²

Denotando quadro inverso ao das células-tronco embrionárias, enquanto mero material genético pertencente a seus produtores, que

39 Pág. 08 do parecer.

40 “*Sinto-me profundamente desrespeitada como mãe*”, In: Folheto da Associação Nacional Mulheres pela Vida.

41 Como afirmei na **ADI nº 3.510**.

42 Cf. **HUNGRIA, Nelson**. *Comentários ao código penal*. 3ª ed. RJ: Forense, v. V, p. 263, nº 59.

ADPF 54 / DF

gozam de liberdade jurídica para lhe dar destinação, tem-se, no caso da anencefalia, outra vida em jogo, em relação à qual a ninguém é dado comportar-se como dono de coisa. Não importa o grau de sua viabilidade extrauterina, nem o prognóstico de sua sobrevivência; é sempre ser humano, de que se não pode desvencilhar como se fora material genético congelado, de que cuidou a **ADI nº 3.510**.

V. As dificuldades e divergências de diagnóstico. O consequente agravamento do risco de eugenia.

O debate sobre a viabilidade extrauterina está mal posto nesta ação, porque é, aqui, irrelevante. E o que surpreende e admira é que quem a invoca parece ignorar que a temática está indissociavelmente vinculada ao problema da *dificuldade técnico-científica* de se detectar, com precisão absoluta, quais casos são de anencefalia, de modo a diferenciá-los de outras afecções da mesma classe nosológica, das quais se distingue apenas por questão de grau. Se não é possível sequer apurar, com a segurança necessária, se dado caso é de anencefalia *stricto sensu*, como o será prognosticar a viabilidade do feto fora do útero?

Ora, parecia-me, já antes das audiências públicas realizadas – e isso se confirmou depois – difícilimo, senão impossível, estabelecer, no plano de diagnóstico, distinção inequívoca entre a anencefalia e outras deformidades igualmente graves, talvez tão “incompatíveis com a vida extrauterina” quanto ela. O estado atual da ciência médica parece não ter condições de discernir, de forma absoluta, entre a anencefalia (também denominada, por segmentos científicos, de “holoanencefalia” ou “holoacrania”⁴³) e eventuais formas agudas de meroanencefalia. Para enturvar ainda mais a confusão do quadro, como afirmou um defensor da

43 “Anencefalia es un defecto de cierre del TN [tubo neural] debido a una falla del neuroporo cefálico para cerrarse adecuadamente, que se caracteriza por la ausencia de huesos del cráneo, cuero cabelludo y la presencia de un encéfalo rudimentario. Cuando la ausencia del encéfalo es parcial, se conoce como *Meranencefalia* y *Holoanencefalia* cuando la ausencia es completa.” (MÉXICO. Secretaría de Salud. Subsecretaría de Prevención y Protección de la Salud. Dirección General de Epidemiología. *Manual de Procedimientos para la Vigilancia Epidemiológica de los Defectos del Tubo Neural*. Marzo 2005, p. 14).

ADPF 54 / DF

antecipação abortiva, o Dr. **EVERTON PETTERSON**, ao ser indagado sobre o diagnóstico de Marcela de Jesus, “a questão é só de conceito.”⁴⁴ É com base em só conceito, fluido e controverso, que se discute e decide quem deva viver ou morrer?

Assim, de um lado, os partidários do aborto do anencéfalo se apressam em pontificar que “*não há dúvida alguma que aqui foi dito com clareza que o diagnóstico é de certeza. E é de certeza. Existem dois diagnósticos de certeza (...) na ecografia obstétrica de hoje. Um é o óbito fetal, o outro é anencefalia.*”⁴⁵ De outro lado, com postura mais cautelosa, os grupos que condenam a prática obtemperam “*que a anencefalia não é algo certo e determinado, mas é algo contínuo que vai de formas menos graves a formas mais graves. Esse é um dado estabilizado na ciência e não há de ser retrucado.*”⁴⁶

Ora, estamos diante de celeuma que, instaurada no campo médico-científico, de há muito conhecido como fonte de verdades provisórias, se revela, no ponto, surpreendentemente passível de interpretações conflituosas e subjetivismos arrogantes. Afinal, a anencefalia comporta graus, variáveis num *continuum*, ou admite classificações discretas, com fronteiras incontestáveis entre as condições objetivas de anencéfalo e não-anencéfalo?

As acirradas divergências manifestadas entre os dois blocos adversários nas audiências públicas comprovam, a meu aviso, não haver fundamentação científica hábil para firmar diferença ontológica qualitativa entre as enfermidades, que se distinguem apenas por variações antes de *grau* do que de *natureza*. O relatório do **COMITÊ NACIONAL DE BIOÉTICA ITALIANO** chegou, aliás, à seguinte definição ou, se quiserem, indefinição:

“ASPETTI BIOMEDICI DELL’ANENCEFALIA

Definizione: letteralmente anencefalia significa assenza dell’encefalo. In realtà si definisce con tale termine una rara

44 P. 87 das transcrições.

45 **JOSÉ ARISTODEMO PINOTTI**, pp. 126-127 das transcrições.

46 Pág. 17 das transcrições.

ADPF 54 / DF

malformação del tubo neurale intervenuta tra il sedicesimo ed il ventiseiesimo giorno di gestazione, in cui si ha «assenza completa o parziale della volta cranica e dei tessuti sovrastanti e **vario grado di malformazione** e distruzione degli abbozzi di cervello esposto». Si verifica quindi, assenza degli emisferi cerebrali e dei tessuti cranici che li racchiudono, con presenza del tronco encefalico e di porzioni **variabili** del diencefalo. La assenza degli emisferi e del cervelletto può essere **variabile**, come **variabile** può essere il difetto della volta cranica. La superficie nervosa è coperta da un tessuto spugnoso, costituito da tessuto esposto degenerato.

È questo il quadro di riferimento generale della malformazione anencefalica; **non si deve tuttavia pensare che questa malformazione sia una entità strettamente definibile**. L'Autore di un testo qualificato sull'anencefalia si stupisce, a ragione, della **varietà** di denominazioni e di classificazioni esistenti in letteratura sull'argomento.

La **difficoltà di classificazione** si basa sul fatto che l'anencefalia **non è una malformazione di tipo tutto-nulla**, non è quindi o presente o assente, ma si tratta di una malformazione **che passa, senza soluzione di continuità, dai quadri meno gravi ai quadri di indubitabile anencefalia**. Una classificazione rigida è quindi pressoché **impossibile**.⁴⁷

Ora, perante informações desencontradas, dissensos irreconciliáveis e diagnoses contraditórias em sede especializada de opiniões científicas, qual a única resposta sensata do mundo jurídico? A consciência da responsabilidade de magistrado não me impõe senão estimar, com redobrada cautela, as consequências que a formulação de qualquer juízo na matéria pode desencadear às pessoas e à sociedade em tema tão

47 **COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA**. *Il neonato anencefalico e la donazione di organi*, 21.06.1996, p. 09, disponível em <http://www.governo.it/bioetica/pdf/24.pdf>. Grifos nossos.

ADPF 54 / DF

delicado, como o é do alcance constitucional do valor supremo atribuído à dignidade e à incolumidade da vida humana. Essa prudência já a recomendaria o célebre caso *Marcela*, em que, ouvidos, alguns prestigiosos cientistas, inclusive estrangeiros, afirmaram, categoricamente, não se tratar de anencefalia⁴⁸, enquanto outros não menos acreditados assentaram, com igual certeza, cuidar-se da afecção⁴⁹.

Este caso, interpretado e visto como de erro de diagnóstico, que deu por anencefalia onde desta se não cuidava, não aproveita à tese da arguente, senão que antes a contradiz de modo cabal, porque o feto poderia, com base no equívoco médico-científico, ter sido extirpado sob fundamento da existência de condição patológica inexistente. E mostra, com crueza, os acerbos riscos de u'a multiplicação desastrosa de abortos.

Ainda quando se conceda que, “no caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100% (...), sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência”⁵⁰, é inegável que o estado atual da medicina não apresenta condições de **identificação precisa** da anomalia em 100% dos casos, assim como não pode nunca prognosticar o tempo de sobrevida do anencéfalo. Se é certo que, tipificada com ou sem correto diagnóstico, a anencefalia é, com maior ou menor período de sobrevida, sempre fatal, não menos o é que *nem sempre* – e isto é decisivo

48 “O caso clássico que tivemos no ano passado, da *Marcela* (...), é uma falsa idéia de anencéfalo, porque essa criança apresenta, como podemos ver na tomografia, região de cerebelo, tronco cerebral e um pedacinho do lóbulo temporal, que faz parte dos hemisférios cerebrais. Então, isso não é diagnóstico de anencefalia.” (EVERTON NEVES PETTERSON, p. 84 das transcrições). “Hoje podemos dizer, com certeza, que, na décima segunda semana de gravidez (...), nós teremos um diagnóstico de certeza. E havendo um diagnóstico de certeza de anencefalia, não há nenhuma presunção de vida pós-parto. (...) Houve um erro de diagnóstico no caso da *Marcela* (...) Não era um feto anencéfalo.” (JOSÉ ARISTODEMO PINOTTI, p. 127 das transcrições).

49 V., p. ex., os pareceres dos professores ALAN SHEWMON (Chefe do Departamento de Neurologia da UCLA) e PAUL BYRNE (University of Toledo, College of Medicine), que, analisando os exames de Marcela de Jesus G. Ferreira, asseveram, respectivamente, que “*this is a classical case of anencephaly*”, e que “*Marcela does have anencephaly as approved in the United States by major neurological organizations.*” (Memorial “Aborto de Feto ‘Anencefálico’”. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, pp. 47-49).

50 Asserção do Min. MARCO AURÉLIO, a fls. 35.

ADPF 54 / DF

na causa - a medicina pode garantir que o caso seja de anencefalia. Como concluiu, com argúcia, **LENISE MARTINS GARCIA**, “*se a Marcela não foi considerada anencéfala, o problema é mais grave. Porque, se com ressonância magnética, se com tomografia de uma menina de mais de um ano, os médicos não chegam a um acordo sobre se ela é anencéfala ou não, como dirão que dentro do útero, com o ultra-som, eu tenho cem por cento de certeza se a criança é anencéfala?*”⁵¹

Por que se evite possibilidade concreta de, em decorrência das incertezas técnico-científicas e da consequente falibilidade dos diagnósticos, eliminarem-se arbitrariamente fetos acometidos de malformações diversas da anencefalia, é imperioso proibir-lhes o aborto ainda em tais casos. E esse é apenas argumento de reforço, pois, em minha opinião, ainda que a técnica evoluísse a ponto de discernir claramente os casos de verdadeira anencefalia, a eliminação daquele feto não seria compatível com o Direito.

A circunstância de a menina Marcela ter vivido um ano e oito meses não tem, aliás, a menor relevância no meu raciocínio. Tivesse ela vivido um mês, uma semana, ou um minuto, a ideia de sua eventual extirpação do útero seria igualmente censurável e vedada pela ordem jurídica. E esta observação conviria até ao caso mesmo em que houvesse morrido dentro do útero, antes de cujo evento natural tampouco poderia, sem comissão de crime, ser arrancada ao ventre materno.

VI. A impropriedade da analogia com a tortura: ausência de sofrimento injusto, único juridicamente apreciável.

Argui-se, ainda, que gravidez de feto anencéfalo produz tamanho sofrimento à mãe, que obrigá-la a manter a gestação até o fim seria comparável à tortura.⁵²

É evidente que ninguém ignora a imensa dor da mãe que carrega, no ventre, um ser cuja probabilidade de sobrevida é incerta. A questão, porém, é saber se, do estrito ponto de vista jurídico-constitucional -

51 Pág. 141 das transcrições.

52 Fls. 18.

ADPF 54 / DF

preexcluídas, portanto, considerações de cunho pessoal, religioso, moral, ou filosófico, patentes ou ocultas -, essa carga compreensível de sofrimento ou dor⁵³, refletida na saúde física, mental e social da mulher⁵⁴, associada à liberdade de escolha, comporia razão convincente para autorizar a aniquilação do feto anencéfalo, por meio da eufemisticamente chamada “antecipação terapêutica do parto”.

Estou em que não.

Afirma a arguente que “a Constituição Federal ... veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infraconstitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada)”.⁵⁵ O argumento, que propõe equiparação rasa entre padecimento materno e tortura, não resiste a crítica pouco menos que superficial.

A primeira fraqueza, que já lhe compromete toda a validade, é a submissão forçada da hipótese de gravidez de anencéfalo à definição de tortura apresentada pela autora: afirma ela *sic et simpliciter* que, podendo a situação ser evitada, então há tortura. Mas é evidente que a situação, neste caso, não pode ser **legalmente** evitada. De tortura, escusaria dizê-lo, só se pode cogitar com seriedade, quando algum sofrimento **injusto** e **intencional** possa ser esquivado de maneira compatível com o ordenamento jurídico. Ora, na hipótese, o método proposto para evitar ou encurtar o sofrimento já esbarra em intransponíveis vedações legais,

53 Reconheço a existência de correntes filosóficas que elegem a “libertação de todas as formas de dor e sofrimento” como fundamento dos direitos humanos. **RICHAR RYDER**, criador do termo *especismo*, afirma que o *dorismo* (“*painism*”), isto é, a capacidade de uma criatura sentir dor, “independentemente de seu sexo, classe, religião, nacionalidade ou espécie”, é “a única base convincente para atribuição de direitos ou até mesmo de interesses em relação a outrem.” Para ele, “se acontecer de alienígenas provenientes do espaço sofrerem dor, ou se algum dia viermos a manufaturar máquinas que sentem dor, então deveremos ampliar nosso círculo moral a fim de incluí-los.” A incoentável teoria, contudo, não encontra guarida no direito brasileiro, nem, ao que me consta, em nenhum sistema jurídico ao redor do mundo. Cf. “*All beings that feel pain deserve humans rights*”. In: *The Guardian*, 06.08.2005.

54 Cf. fls. 20.

55 Fls. 18.

ADPF 54 / DF

como a do crime de aborto, sem previsão de excludente, e constitucionais, como o chamado direito à vida e a dignidade humana do feto.

Ademais, falta ao caso a circunstância elementar de inflicção **proposital** de sofrimento. Indaga-se: quem estaria, de indústria, a aplicar tortura à mãe? O feto anencéfalo, fruto “[d]esse imponderável, [d]esse acaso natural”⁵⁶? Ou o Estado, personificado no Poder Legislativo, que, para legitimar ação tendente a aliviá-la à dor, deixou de prever hipótese de licitude ou de impunidade do aborto? Quem sabe, seria o Judiciário, que, recusando-se a usurpar a função legiferante, não se sente autorizado a reconhecer-lhe atipicidade ou a criar *ex nihilo* excludente de punibilidade? A autora e a prof.^a DÉBORA DINIZ optam, aqui, pela saída muito cômoda de culpar o Estado por dramas que são da responsabilidade exclusiva da conjugação de ato livre dos particulares e de ulterior acaso biológico.⁵⁷

Esta é, aliás, a razão palpável que exclui ao caso toda ideia de **injustiça** subjetiva, que é ínsita à noção leiga ou jurídica de tortura. A natureza não tortura! Ao propósito, já observei:

“O sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento. E o que o sistema jurídico não tolera não é o sofrimento em si, porque seria despropósito que o sistema jurídico tivesse a absurda pretensão de erradicar da experiência humana as fontes de sofrimento. Nem quero discorrer sobre o aspecto moral e ético - não me interessa - de como o sofrimento pode, em certas circunstâncias, até engrandecer pessoas, pois isso não releva à discussão do caso. Só quero lembrar que o sistema jurídico repudia, em relação ao sofrimento, apenas os **atos injustos** que o causem. O

56 SUANNES, **Adauto**. *Pobres, negros, mulheres e cotas educacionais*, disponível em <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=24092>, 04.05.2006.

57 Leia-se: “Na ausência de proteção jurídica, as mulheres são alvo de tortura das instituições (...), um ato de tortura do Estado contra ela. Sua dor foi ignorada por quem tem o dever de protegê-la. A tortura não está no **acaso** de uma gravidez de um feto com anencefalia, mas no dever de se manter grávida para enterrar o filho após o parto.” (p. 165 das transcrições).

ADPF 54 / DF

sofrimento provindo da prática de um **ato antijurídico**, esse não pode ser admitido pela ordem normativa. Mas não é esse o caso de eventual sofrimento materno, ou pelo menos não o é de regra.”⁵⁸.

Mas o fato óbvio de o sofrimento não ser produto de alguma força humana exógena, como a antropomórfica do Estado, não significa que a extirpação do feto caia sob o domínio da “*ética privada*”⁵⁹ da gestante. Está, aqui, talvez, a maior falácia apresentada pela arguente, porque, se é verdade que o sofrimento possa ser longo, embora não causado pelo ordenamento jurídico, nem pelo aparato estatal que lhe dá efetividade, não procede a consequência daí inferida, segundo a qual esse fato seria idôneo para, à moda de revogação, ou *abolitio criminis*, excluir a incidência e a aplicação de normas penais cogentes, impessoais e plenamente afinadas com a Constituição da República, como aquela que tipifica o crime de aborto, sem abrir-lhe excludente para o caso.

Esvazia-se, pois, de todo sentido jurídico, a afirmação, à primeira vista muito sedutora, de que “*todas elas [grávidas de anencéfalos] experimentam a tragédia inevitável da morte cerebral fetal. Sofrem e vivem a tragédia, mas não a confundem com a situação torturante de levarem adiante a gravidez. Querem decidir. (...) Todas elas diferenciam o que é evitável do que é inevitável. O que é tragédia do que é tortura. De um lado, o inevitável da tragédia e, de outro, o sofrimento evitável da continuidade da gravidez com diagnóstico de morte fetal cerebral. Quiseram a supressão da situação torturante.*”⁶⁰

A só vontade ou desejo não constituem solução mágica para todos os males da frágil condição humana. Não há, na hipótese, espaço jurídico para lucubração de expediente tortuoso destinado a neutralizar desagradáveis reflexos psicológicos, diante das disposições inequívocas do Código Penal. A situação não pode ser *legalmente*, nem *constitucionalmente* evitada, e este é o cerne do problema.

58 Fls. 95.

59 Pág. 164 das transcrições.

60 Pp. 216-217 das transcrições.

ADPF 54 / DF

A causa real da pretensa tortura, enquanto nome de todo impróprio para descrever sofrimento do qual não se pode encontrar nenhum culpado, é, por óbvio, falha biológica na constituição do feto. Conquanto se simpatize com a causa defendida com tanto ardor pela arguente, o problema reside em que, à luz de análise sóbria do ordenamento jurídico, não há como fazer cessar, de maneira legal, sofrimento que não é **justo** nem **injusto** perante a consciência humana, sem arbitrária convalidação judicial da prática de crime de aborto. Donde não caber aí, como já adiantei, referência alguma a intencionalidade, pois a situação não compreende nenhuma causa voluntária alheia de sofrimento.

Põe-se ainda, como tema correlato, a questão da liberdade de escolha em termos de puro arbítrio da mãe, que, sob o peso de dolorosa experiência psíquica, teria direito subjetivo de decidir entre interrupção da gravidez e continuidade da gestação.

Mas a solução alvitrada, sobre apoiar-se nas impertinentes ideias de liberdade pessoal, inexistente quando se cuida da tipificação de crime, e de tortura, onde não há sofrimento injusto nem intencional, reflete apenas uma atitude individualista e egocêntrica, enquanto sugere prática cômoda de que se vale a gestante para se livrar do sofrimento e da angústia, sobrepondo ao sentido ético de respeito, que o pacto pressuposto instaurador da civilização e da cultura consagrou à vida humana, solicitações primitivas do princípio do prazer. Tal ansiedade, que, voltada para si mesma, depende da história e da conformação psíquicas de cada gestante, é exaltada, na proposta, em detrimento do afeto da piedade, da compaixão, da doação e da abnegação, que participam da dimensão de grandeza do espírito humano.

Comentando outro caso, o do aborto por indicação ética, o grande **ANÍBAL BRUNO** notava, com palavras *a fortiori* aplicáveis aqui:

“Mas, por mais respeitáveis que sejam, êsses sentimentos, tomar a situação como justificativa da morte do ser que se gerou é uma conclusão de fundo demasiadamente individualista, que contrasta com a idéia do Direito e a decidida proteção que êle concede à vida do homem e aos interesses

ADPF 54 / DF

humanos e sociais que se relacionam com ela e demasiadamente importantes para serem sacrificados a razões de ordem pessoal, que, por mais legítimas que possam parecer não têm mérito bastante para se contrapor ao motivo de preservação da vida de um ser humano”.⁶¹

Os males de que padece a mãe, no entanto, não lhe foram provocados injustamente por terceiro, como se dá no caso de gravidez oriunda de estupro, nem lhe ameaçam de modo algum a vida, nem tampouco lhe degradam ou aviltam, sob nenhum aspecto, a dignidade pessoal. A causa de seu sofrimento natural e compreensível é o acaso genético, enquanto falha da própria natureza humana, donde lhe não ficar título jurídico válido para obstar à dor mediante sacrifício de vida alheia inocente.

Nesta moldura, só cegueira passional não percebe que o sistema jurídico se defronta, de maneira inexorável, com tensa relação entre dois valores de pesos axiológicos muito diversos, perante os quais ao intérprete não sobra alternativa de escolha hermenêutica, quaisquer que sejam os princípios ou postulados dogmáticos a que recorra. Noutras palavras, trata-se de ver, logo, que a vida humana, hospedada na carne frágil de feto imperfeito, não pode, a despeito da fortuita imperfeição que lhe não subtrai a dignidade jurídica imanente, ser destruída *a forceps* para satisfazer sentimento, quase sempre transitório, de frustração e de insuportabilidade personalíssima de uma dor ainda que legítima. Não há, nesse esquema de ponderação de bens tão manifestamente desproporcionais, critério algum capaz de equilibrar ou compensar valores jurídicos díspares, nem de *justi-ficar*, isto é, tornar justo o sacrifício desnecessário da vida em nome da tutela de sentimento cujo objeto é apenas livrar-se de uma dor sem culpa, que não é justa nem injusta, mas apenas humana.

Mas o caso do estupro⁶², que nunca foi enfrentado pela Corte, afasta-

61 *Direito penal*. RJ-SP: Forense, tomo 4º, Parte Especial, I, 1ª ed., 1966, p. 173-174.

62 A aproximação entre esta hipótese e a anencefalia é defendida pelo Min. **CARLOS BRITTO** no voto-vista (Q.O., fls. 126): “É nesse panorama [efeitos psico-físico-sociais

ADPF 54 / DF

se da hipótese em discussão na medida em que as duas situações são incomensuráveis tanto no grau de liberdade da causa, quanto no da inevitabilidade das consequências.

No aborto justificado por estupro, a mulher é vítima de crime ignominioso e engravida à força, em decorrência de ação violenta e ilícita, imputável exclusivamente a outrem. A concepção, como obra da ação alheia delituosa, não foi desejada pela mulher, nem sequer proveio de descuido na prevenção de gravidez, donde justamente lhe repugna manter a gravidez como consequência, aqui sim, **inevitável**, de violência odiosa e sobremodo **injusta**, em situação de todo em todo mui diversa daquela em que o casal concebe, no exercício pleno de sua liberdade sexual, o filho que, só por infortúnio, calha ser anencéfalo. Dizer-se, no primeiro caso, ter sido o feto resultante da monstruosidade do forçado intercuro sexual, pode até figurar hipérbole expressiva, inspirada pela alta reprovabilidade ética e jurídica do crime de estupro, mas é licença retórica despropositada para, falseando as condições lógicas do uso da analogia, qualificar em si, embora por metáfora, a concepção de anencéfalo mediante ato de amor, e descrever o tormentoso sofrimento materno que advém da frustração das expectativas consequentes. No caso da anencefalia, como relatam muitas das gestantes que passaram pela amarga experiência, o filho era esperado, querido, amado.

De todo modo, nesse caso, a gravidez, intencional ou fortuita, não decorre de nenhum ato de violência, mas do cabal exercício da liberdade dos genitores. Culpa pela anencefalia – se em culpa se pudesse pensar, enquanto evasão de algum modo confortadora – só poderia atribuída ao acaso, à natureza⁶³, à genética, a fatores epigenéticos, ou, até, para os que

devastadores] que se dá a analogia com a gestação resultante de estupro. Nesta, a forçosa lembrança da monstruosidade do intercuro sexual. Na anencefalia, a subjetiva estupefação pela 'monstruosidade' em si de todo o processo de concepção, gravidez e parto de um ser que já se sabe prometido ao tûmulo, antes mesmo de conhecer o berço. A natureza a rivalizar com o homem no que este exhibe de pior."

63 O Min. **CARLOS BRITTO**, defensor da analogia com o produto do estupro, cujo aborto é autorizado "mesmo quando o feto é sadio e perfeito, para preservar os sentimentos da mãe" (cit. decisão TJSP, fls. 131-132), reconhece que, "no que interessa aos fundamentos da analogia

ADPF 54 / DF

creem, a desígnios insondáveis de entes divinos. Mas o que não quadra é qualificar esse acontecimento trágico como algo que, **injusto** do ponto de vista da lei dos homens, *ipso facto* outorgasse à mãe poder jurídico de sacrificar o feto como reação legítima contra uma **injustiça** dolorosa!

E a só ideia de justiça humana, redutível aos limites das possibilidades críticas no âmbito da legalidade, enquanto dimensão própria em que se movem os operadores jurídicos na construção cotidiana da cidade terrena, é, na sua racionalidade e compreensão, o critério último que norteia todo este debate em torno de uma questão jurídica. Há, perante ela, injustiça na condição da mãe que recebe a notícia de que o filho é anencéfalo? Se a há, terá sido causada e só pode ser explicada em outros planos, místicos ou esotéricos, jamais na província estritamente humana do Direito. Quem somos nós para falar e decidir acerca de Justiça *sub specie aeternitatis*?

Quando a concepção de feto anencéfalo deriva, em regra, de relação espontânea e consentida entre homem e mulher, pode dizer-se que a ação criadora foi livre na causa, não restando dúvida de que sua consequência, a gravidez, normal ou anencefálica, não pode ser interrompida, sob nenhum pretexto, sem expressa previsão legal. Por isso, a gravidez oriunda de estupro recusa toda comparação sensata à mera gravidez indesejada, a qual, apesar de também ser, em tal sentido, involuntária, poderia, em circunstâncias normais, ter sido prevenida. O rompimento de preservativo ou falha de métodos contraceptivos não constituem escusas jurídicas a prática abortiva. Ademais, a inevitabilidade real a que aludi, no caso do estupro, contrapõe-se ao caráter falsamente evitável da “tortura” desencadeada pelo diagnóstico de anencefalia, pois aquela tem sua causa material na concepção provocada por ato ilícito de força física (*vis compulsiva*), enquanto a gravidez anencefálica é, por hipótese, inteiramente livre na origem, sendo inevitável apenas quanto a seus efeitos (a gestação). Por essa razão, não pode esta ser legalmente interrompida.

aqui exposta, a anencefalia é coisa da natureza. Embora como um desvio (...), não há como recusar à natureza esse episódico destrambelhar. Mas é cultural que se lhe atalhe aqueles efeitos mais virulentamente agressivos de valores jurídicos...” (fls. 128).

ADPF 54 / DF

Na previsão do chamado aborto sentimental, cuja autorização independe de ser o feto saudável ou isento de qualquer anomalia, há, como experiência objeto da normação jurídica, uma situação de relevante conflito teórico, que exigiu intervenção legislativa, entre os interesses do feto indesejado, o qual de certo modo não é seu, e os da mãe agravada por **injusta**, odiosa e infamante violência, que, como tal, repugna à consciência jurídica. Aqui, há bons motivos por reconhecer que, sob certo ponto de vista, seria violência não menor exigir à gestante que, contrariando ou inibindo sentimento de profunda aversão à **injustiça** sofrida, assumisse atitude heroica de, por peregrino amor da vida humana, condescender na continuidade da gestação.

De tudo isso, a propriedade da conclusão de **HELENO CLAUDIO FRAGOSO**, lembrada da douta Procuradoria-Geral da República: “o aborto sentimental (que se realiza em consequência de um crime) não se confunde com o aborto eugênico (conveniência de evitar procriação indesejável) ou com o aborto por indicação social (miséria ou dificuldades econômicas dos pais), que são sempre criminosos perante nossa lei.”⁶⁴

VII. Risco de vida versus risco à saúde (física, psíquica ou social) da mãe: situações distintas.

O argumento de que a gestação de anencéfalo seria perigosa para a mãe⁶⁵ não vem ao caso, porque todas as hipóteses de risco de **vida** à genitora já estão sob o pálio do chamado aborto terapêutico, previsto no art. 128, inc. I, do Código Penal, que, elegendo um entre dois valores jurídicos de igual grandeza sob certos aspectos, autoriza, em vistosa regra de exceção, como tal desde logo insuscetível de alargamento por via hermenêutica, o sacrifício do feto como medida extrema para preservar a vida da mãe. Noutras palavras, eventual gravidez de anencéfalo que represente, em caso concreto, por outra razão médica, associada ou não à anencefalia, risco grave e comprovado à vida materna, nada tem com a espécie, onde apenas se discute se o mero *evento psíquico* do sofrimento da mãe ou vaga possibilidade de complicações da gravidez, sem nenhum

64 Pág. 07 do parecer.

65 Fls. 07.

ADPF 54 / DF

indício de perigo próximo à vida da gestante, justificam por si inferir a existência de legitimação constitucional direta para aborto sem previsão legal. E, como penso ter esclarecido, entendo que não.

Ao refutar a invocação do direito à saúde como fundamento autônomo para o aborto do anencéfalo, já observei, na assentada anterior, que esta alusão *“me leva a pensar na possibilidade de o argumento basear-se no pressuposto de que a gravidez sempre constitua grande risco à vida humana e, portanto, talvez fosse até melhor proibi-la. Seria mais seguro. Não vejo, pois, nenhuma ofensa próxima a direito à saúde”*⁶⁶, até porque, acrescento agora, toda gravidez implica risco teórico à saúde da gestante, mas nem por isso a lei torna lícita a prática de aborto, sem prova de risco concreto e grave, cuja atualização seja capaz de provocar-lhe a morte e só possa evitada mediante esse recurso extremo. Doutro modo, e o absurdo da conclusão mostra o absurdo da premissa, o aborto seria sempre legítimo sob o pretexto do risco meramente hipotético inerente a toda gravidez!

VIII. Competência exclusiva do Congresso Nacional para normatizar a situação-problema. Impropriedade da atuação do STF como ‘legislador positivo’.

Cabe apenas ao legislador, nos limites constitucionais de sua competência, descaracterizar tipicidades e instituir excludentes de punibilidade. Ora, ninguém disputa, como já afirmei, que *“o legislador se eximiu de incluir o caso no rol das hipóteses autorizativas do art. 124 [do Código Penal]”*⁶⁷. Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização normativa, mediante atos lícitos de pressão política. Daí, ter concluído, no voto sobre a questão de ordem, que *“essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já as tem outras e gravíssimas, porque o foro adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais possam ser as diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas. É no Congresso Nacional que se deve debater se a chamada ‘antecipação do parto’, neste caso,*

66 Fls. 96.

67 Fls. 151.

ADPF 54 / DF

deve ser, ou não, considerada excludente de ilicitude."⁶⁸

A solução não cabe nesta via, em primeiro lugar diante da reconhecida impossibilidade de aplicação analógica ou interpretação expansiva de normas limitadoras de excludentes de punibilidade, em restrição ou dano ao alcance da tutela constitucional garantida à dignidade da vida humana. Nesta seara, a interpretação há de ser, antes, ampla e generosa na proteção ao valor supremo do ordenamento jurídico, sobretudo quando, como no caso, eventual mutilação hermenêutica do espectro dessa tutela seria sustentada e imposta para favorecer mero sentimento doloroso doutros seres humanos, como se tal estado psíquico, a que estão sujeitas todas as pessoas, constituísse título jurídico hábil para, sob fundamento de excessiva insuportabilidade, justificar o extermínio da vida de inocentes indefesos.

Não se pode tampouco, em segundo lugar, pedir a esta Corte que, atuando indevidamente como legislador positivo, tenha a ousadia de criar hipótese de exclusão de punibilidade do aborto, ou de desnaturar-lhe a tipicidade, quando carece de legitimidade e competência constitucionais para tanto. Ao propósito, notei:

“A pergunta que suscito é se, como contralegislador - para usar expressão de RUI MEDEIROS -, violando os princípios da separação dos poderes e da interdição do arbítrio, caríssimos ao Estado Democrático de Direito, este Tribunal tem competência para, sob pretexto de que certas normas já não seriam adequadas ao tempo e à evolução científica, ler outra coisa onde as normas não deixam nenhuma dúvida quanto ao seu sentido emergente, o que é mais do que mero sentido literal.”

E a resposta deu-a o Min. **CARLOS VELLOSO**, ao preconizar a inadmissibilidade da ADPF: “o que se pretende é (...) que o STF estabeleça, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, mais uma causa de exclusão do crime de aborto. (...) No caso, o STF estaria *inovando* no mundo jurídico, vale dizer, estaria *criando* mais uma forma de *exclusão* do crime de aborto (...)”. E

68

Fls. 154-155.

ADPF 54 / DF

observou, depois, que a estrita regulamentação⁶⁹ que deveria envolver, necessariamente, nova hipótese de exclusão do crime de aborto, “*somente poderia ser feita mediante lei. O STF não poderia, evidentemente, fazê-la, sob pena de substituir-se ao Congresso Nacional.*”⁷⁰.

Não temos, deveras, legitimidade para criar, judicialmente, essa hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em remédio absoluto que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional, responsabilizando-se por *inovação normativa* que a arguente e os adeptos de sua tese sabem muito bem que, na via própria da produção de lei, talvez não fosse adotada pelo Congresso Nacional, como intérprete autorizado dos interesses e das aspirações da maioria silenciosa do povo, que representa!

IX. A impertinência da invocação dos “direitos sexuais e reprodutivos”.

A propagada, porém falsa ideia de que a prática do aborto teria, no caso, relação com o planejamento familiar, com os “*direitos sexuais e reprodutivos*”⁷¹ da mulher, à qual se deveria reconhecer autonomia para livrar-se de gravidez incômoda ou dolorosa, baseia-se numa compreensão distorcida da natureza e do alcance de tais direitos, que são estritos. Para não ir muito longe, de acordo com publicação do Ministério da Saúde, compreendem-se entre eles:

“Direitos reprodutivos

- Direito das pessoas de decidirem, de forma livre e responsável, se querem ou não ter filhos, quantos filhos desejam ter e em que momento de suas vidas.
- Direito a informações, meios, métodos e técnicas para ter ou não ter filhos.

69 Que poderia abranger, segundo S. Exa., a exigência “*da necropsia do feto, a fim de se verificar se foi acertado o diagnóstico.*”

70 Fls. 217.

71 Assim, **Min. JOSÉ GOMES TEMPORÃO**, p. 184 das transcrições; **CLÁUDIA WERNECK**, p. 187 das transcrições, e **LIA ZANOTTA MACHADO**, p. 214 das transcrições.

ADPF 54 / DF

- Direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, imposição e violência.

Direitos sexuais

- Direito de viver e expressar livremente a sexualidade sem violência, discriminações e imposições e com respeito pleno pelo corpo do(a) parceiro(a).
- Direito de escolher o(a) parceiro(a) sexual.
- Direito de viver plenamente a sexualidade sem medo, vergonha, culpa e falsas crenças.
- Direito de viver a sexualidade independentemente de estado civil, idade ou condição física.
- Direito de escolher se quer ou não quer ter relação sexual.
- Direito de expressar livremente sua orientação sexual: heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade, entre outras.
- Direito de ter relação sexual independente da reprodução.
- Direito ao sexo seguro para prevenção da gravidez indesejada e de DST/HIV/AIDS.
- Direito a serviços de saúde que garantam privacidade, sigilo e atendimento de qualidade e sem discriminação.

Direito à informação e à educação sexual e reprodutiva.”⁷²

Ora, pretender conferir a esse rol, que apenas explicita derivações práticas da extensão da liberdade pessoal da mulher, o sentido de reconhecimento da existência de poder absoluto de eliminar a vida

72 Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. “Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais.” Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 04. http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_direitos_sexuais_2006.pdf

ADPF 54 / DF

intrauterina, é, com o devido respeito, insustentável demais, cuja menor consequência fora a completa reificação do conceito, transformado em mero objeto disponível, sem nenhuma dignidade jurídica.

X. Conclusão.

Diante das razões expostas, pesando-me, desta feita, não poder dar razão à douta maioria, julgo totalmente **improcedente** a ADPF.

12/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, pela ordem.

Ontem, ficou bem claro que nós nos adstringimos ao julgamento da ADPF em relação à antecipação do parto em relação ao feto anencefálico. Esse é o objeto bem restrito do pedido, é objeto sobre o qual o Ministro Marco Aurélio lavrou o seu voto, que obteve do Tribunal, do Colegiado, a adesão, agora verificada, da sua expressiva maioria.

Entendo, com a devida vênia, que tudo quanto se deveria abordar sobre o tema está encartado no voto do Ministro Marco Aurélio. Qualquer acréscimo pode dar ensejo a que se infirme a vontade soberana do Colegiado.

De sorte que eu peço vênia para encaminhar a votação no sentido de que seja aprovado o voto do Ministro Marco Aurélio tal como foi lavrado, com as manifestações que foram posteriormente exaradas aqui. E, apenas *en passant*, se há, ao menos ao longe, **fumus boni juris** na afirmação do Ministro Lewandowski de que nós estaríamos legislando, aqui seria pior ainda, porque nós estaríamos modulando uma decisão judicial através da inserção de exortações de cunho técnico e científico para a qual nós não temos aptidão. Seria infirmar o resultado, e correremos esse risco de exortar a autoridade pública para que ela, com a sua aptidão técnico-científica, o faça, do que nós, aqui, realizarmos tarefa que nós é impossível.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Concordo com Vossa Excelência em gênero, número e grau.

E, quanto ao voto do Ministro Peluso - me permitam dizer -, magnífico voto, tão bem fundamentado, está coerente com a concepção que Vossa Excelência tem, a meu sentir, também com todo o respeito, do

ADPF 54 / DF

que seja a vida. Vossa Excelência acha que nascemos para morrer. Eu acho que nascemos para o espetáculo da vida e, por isso, eu permaneço entendendo que não devemos, jamais, a pretexto de defender quem sofre, no fundo, amar o sofrimento.

Por isso, permaneço com meu voto tal como proferido.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas é ínsito ao pronunciamento, ante premissa única: a existência da anencefalia.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Celso de Mello, se Vossa Excelência me permite, quando nós debatemos aqui a marcha da maconha, houve uma preocupação de saber se criança menor de idade poderia ir à marcha da maconha, se os pais poderiam levar as crianças de colo à marcha da maconha. E nós chegamos à conclusão, como nós já abordamos aqui ontem, de que, nessas questões de altíssima complexidade, a postura minimalista é a postura recomendada para uma Suprema Corte. Nós temos que nos adstringir ao que foi objeto do julgamento.

Eu entendo, **data maxima venia**, e me curvei naquela oportunidade em que não modulamos as questões inerentes à marcha da maconha e que eram indagações da sociedade, eu me curvei àquela postura de contenção judicial da Corte, e acho que aquela prática deve ser repetida neste julgamento. Apenas essa ponderação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na união estável, foi a mesma coisa. Havia voz, no Plenário, que queria explicitar a possibilidade do casamento, e deixamos o pronunciamento como formalizado.

ADPF 54 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas, Ministro, veja: e se ficarmos aquém do que poderá ser feito pelo setor competente?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas é o tipo da coisa: não estamos julgando a feitura da interrupção. A interrupção ocorrerá segundo os dados técnicos próprios.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O que já ocorre hoje em dia, segundo o Ministro da Saúde.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas esse é para fins de transplante.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Pensemos no Brasil continental.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É essa a minha preocupação, porque oitenta por cento...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

ADPF 54 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas há o risco exatamente inverso. Pensemos no resto do Brasil. Apura anencefalia em qualquer caso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - E é presumir o excepcional, o extravagante, que um profissional da Medicina, um homem voltado a salvar vidas, possa praticar um desvio de conduta.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A preocupação é que isso seja, de alguma forma, um meio de se infirmar esse resultado e prejudicar a gestante.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A proposta de Vossa Excelência está muito clara. Vamos consultar.

12/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber - Senhor Presidente, quando eu proferi o meu voto, comecei manifestando o mais profundo respeito pelos entendimentos contrários, mas confesso a Vossas Excelências que, pelas razões que expus oralmente e pelas que ainda deduzi no meu voto escrito, sem embargo da respeitabilidade - repito - de todas as ponderações feitas, acompanho integralmente a proposta do eminente Relator e ratifico o meu voto.

Eu temo que, em um Brasil continental, e justamente para as mulheres mais desprotegidas, essas recomendações terminem dificultando, no mínimo, o objetivo que me levou a votar da forma como votei.

Então, respeitosamente, acompanho o eminente Relator na íntegra, Senhor Presidente.

12/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, eu também partilho inteiramente das preocupações, tanto do Ministro Gilmar quanto do Ministro Celso, até porque estamos aqui focados num objeto que foi o objeto dessa arguição, ou seja, os casos de interrupção de gravidez de feto sem cérebro, anencefálo. Portanto, isso já consta do voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? Inclusive acolhi o advérbio de modo sugerido pelo Ministro Celso de Mello: caso de anencefalia comprovadamente demonstrado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Comprovadamente. Sobre as condições, o Ministro, ainda agora, disse "sempre que possível". Eu acho que, como o Ministro Marco Aurélio disse no seu voto, aliás, no final do meu voto já constavam algumas dessas preocupações, exatamente no sentido de que espera-se que o poder público faça, que os órgãos competentes façam. Eu só acho que, ao expressar isso, esvazia-se a própria força da decisão, nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – No Brasil, o ruim é que se presume que todos sejam salafrários, sendo necessário tomar "n" cuidados, inclusive com profissionais de uma área voltada a salvar vidas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu tenho todas essas preocupações e acho que são válidas. Apenas acho que, para incluir na parte dispositiva da decisão poderia conduzir a equívocos, pelo que

ADPF 54 / DF

prefiro deixar como votei, ou seja, acompanhando o Ministro Marco Aurélio, que já fez constar exatamente como uma proposta, mas não como parte de disposição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) –
Necessidade de comprovação para que fique excluída a atipicidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu acompanho.

12/04/2012

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vamos proclamar o resultado. O Ministro Ricardo Lewandowski e eu não votamos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, acontece o seguinte: vencido na improcedência, eu acho que o mal menor para a sociedade brasileira seria adotarmos essa sugestão dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, no sentido de darmos uma proteção maior à gestante e ao próprio nascituro, porquanto se cercaria de maior cuidado esse ato que eu, pessoalmente, repeli em meu voto. Porque nós estaríamos, pela proposta do Ministro Gilmar Mendes, segundo entendi, exigindo que o atestado da anencefalia fosse dado por dois médicos estranhos ao procedimento cirúrgico - nós teríamos alguém que faria o procedimento e dois estranhos -, salvo engano também, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello propõem o consentimento da gestante por escrito ou por seu representante legal.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É o princípio do consentimento informado, que constitui direito fundamental do paciente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Informado, que isso, aliás, é um preceito internacional, no que diz respeito à proteção à saúde.

Então, Senhor Presidente, vencido na improcedência, eu acompanharia, evidentemente, esta precaução maior que se quer dar a este ato que eu, em meu voto, repudiei.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, só pela ordem, é uma questão formal processual. Vencido na preliminar, o julgador deve ir ao mérito. Pronunciando-se sobre o mérito, é irretratável a sua decisão, **data maxima venia**. Quem tem que votar sobre isso é quem julgou o mérito.

Luiz

ADPF 54 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Sua Excelência pode até julgar procedente a ação agora.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Vossa Excelência não suscitou essa questão? Vossa Excelência não disse que não poderia votar sob esse ângulo?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não! É o meu entendimento, Ministro. Vossa Excelência está dizendo que é irretratável. Irretratável, não. Ele pode julgar até procedente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então vamos votar essa questão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Nós precisamos verificar se teremos uma maioria porque, se não tivermos...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Essa é uma questão de formulação de modulação de efeitos. Isso pode ocorrer.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: E diz respeito à parte dispositiva.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O meu voto é pela improcedência da ação. Não sei se o Ministro Cezar Peluso...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Essa é uma questão extremamente séria, por quê? Porque, na verdade, não estamos a julgar um processo de caráter subjetivo. Ao revés, o argumento de que se trata de um processo objetivo e de que nós estamos criando um modelo institucional substitutivo da lei é que exige essa ponderação. Veja que, a rigor, se nós verificarmos, em toda a legislação mundial que permite o aborto, nesses casos, ou a antecipação do parto, ou essa intervenção, há essa exigência inclusive da distinção entre aqueles que fazem...

Ames

ADPF 54 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – É legislação, Excelência. Também não estamos atuando no campo normativo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estamos atuando exatamente neste campo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência se referiu à legislação estrangeira.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas não há voto subsidiário. Já que não foi assim, será... Isso não é possível. Julgamento judicial condicional não é possível.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estamos exatamente atuando. Agora, se não tomarmos a cautela, podemos estar legitimando verdadeiros açougues.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então nós estamos aqui duvidando da nossa decisão. Então, a hipótese é outra.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estamos exatamente assumindo a responsabilidade.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A maioria decidiu dando ao texto interpretação conforme, por entender que o conjunto penal é polissêmico. E vamos dar uma decisão polissêmica? Plurissignificativa?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É evidente que não. Não existe voto subsidiário, voto condicional: se for assim, eu voto assim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, nada disso. Nós estamos dando o significado.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

ADPF 54 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não há polissemia, estamos tomando as cautelas tendo em vista a repercussão.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - As cautelas me parecem suficientemente colocadas no voto do Ministro Marco Aurélio. A sociedade, pelo voto do Ministro Marco Aurélio, está a salvo de diagnósticos médicos levianos, frívolos, esdrúxulos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A *ratio decidendi* do Ministro Marco Aurélio é claríssima.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Consta do voto do Ministro exatamente o que está aqui.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E se houver, ter-se-á ação penal. Se houver um diagnóstico falso, ter-se-á a persecução criminal. E a ação é incondicionada. O Ministério Público estará atento.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro, embora eu realmente ache que não deva votar nisso, mas estou fazendo uma ponderação: a hipótese não é apenas de um diagnóstico propositadamente falso, mas de um erro de diagnóstico. O que se quer é evitar um erro de diagnóstico, só isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro, sabe como vejo a colocação? A prevalência da corrente minoritária com adesão de alguns colegas que formaram na corrente majoritária.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não, isso é uma discussão da corrente majoritária.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Parece até que fomos pressionados e vamos recuar a esta altura.

mg

ADPF 54 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É uma discussão para Vossas Excelências.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Parece que nós fomos pressionados, peitados e vamos recuar a esta altura.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não se nega o direito da gestante à antecipação terapêutica de parto; apenas modulam-se as condições legitimadoras do exercício desse mesmo direito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não estou assustado com a representação dos Bispos junto ao Senado, já formalizada, com o meu *impeachment*. Disse ontem: talvez esteja na hora de ir pra casa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Isso foi feito no caso Raposa Serra do Sol, nós modulamos várias vezes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O Direito existe para o homem, não o homem para o Direito. Então, o Ministro Marco Aurélio lavrou um voto, que está sendo divulgado em todos os meios de circulação, o voto não é no vácuo, é um voto fundamentado, foram inúmeras laudas, inúmeras horas de televisionamento ao vivo explicando a razão de cada conclusão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Penso que não fiz um voto em cima da perna.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, de forma alguma. De sorte que as razões de decidir do Ministro Marco Aurélio são claras.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - No momento em que se quer aditar, tem-se, em primeiro lugar, dúvida sobre a decisão; em segundo lugar, dúvida sobre

fux

ADPF 54 / DF

o que se decidiu.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A questão não é essa. É essencial que conste da parte dispositiva. É o que se propõe. Apenas isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que contém a parte dispositiva, quais são as cautelas, até que o legislador venha sobre isso deliberar. Apenas isso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É só isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas por que nós também, na união homoafetiva, não estabelecemos que não pode adotar, não pode casar?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Fizemos no direito de greve dos servidores, fizemos no caso Raposa Serra do Sol.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não é isso. É porque essa decisão talvez não esteja favorável inteiramente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: No caso *Raposa Serra do Sol*, embora se tratasse de ação cível originária, atribuiu-se esse caráter à nossa decisão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - A sentença aditiva.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É o que está sendo proposto.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Já está colhida.



12/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu vou manter a minha posição em princípio, porque, na verdade, não teremos maioria para procedermos a esta modulação, a essa formulação aditiva.

12/04/2012

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL**

DEBATE

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Então proclamo o resultado.

O Tribunal julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, inciso I e II, todos do Código Penal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, aderi à sugestão do Ministro Celso de Mello para lançar no dispositivo que se dá essa interpretação conforme, comprovada a anencefalia.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Desde que comprovada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sim, se Vossa Excelência me permitir ler.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência pode ler, que é pra fazer constar aqui. Por favor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A minha óptica: ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, comprovadamente demonstrada, é conduta tipificada – tenho que alterar porque a conclusão, a cláusula final, não se coaduna com esse comprovadamente

ADPF 54 / DF

demonstrada.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Marco Aurélio, se Vossa Excelência me permite, só para colaborar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Vossa Excelência, na verdade, julgou procedente a ação de declaração de preceito fundamental para o fim - eu anotei aqui - de conferir interpretação conforme...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, mantereí o voto tal como proferido e direi o porquê.

Não posso, Presidente, com assento na Suprema Corte, partir da premissa do excepcional. O Supremo assentou que, no caso de interrupção da gravidez de feto anencéfalo – essa é a premissa –, não se tem a tipificação. Então, permaneço com a conclusão que formulei e formalizei no estudo da matéria, no sentido de julgar procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vírgula, comprovadamente diagnosticado...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não, não vou colocar "comprovadamente", porque seria o óbvio. Se estou dizendo que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não configura crime, claro que é ínsito a comprovação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência, então, retira a expressão.

ADPF 54 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Exatamente, retiro.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) -
Retirou-se a expressão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Teria até
dificuldade para, presente o vernáculo, inserir a cláusula.

Deixo a conclusão como formalizada.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE -
CNTS

ADV.(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia, e o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que julgava improcedente o pedido, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela requerente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 11.04.2012.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário