

## **ADPF 54: DICOTOMIAS E TENSÕES JURÍDICAS SOBRE A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DE PARTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS**

ADPF 54: DICHOTOMIES AND TENSIONS AND LEGAL ON THERAPEUTIC ANTICIPATION OF FETAL ANENCEPHALIC CHILDBIRTH

**Lorena Carmo de Souza**

Bacharela em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Goiás e em Direito pela Faculdade Icesp de Brasília. Advogada.

**Resumo:** Reconhecendo a existência de um grande embate entre duas bandeiras no que tange ao aborto, pró-vida e pró-escolha, e uma certa tensão entre Legislativo e Judiciário acerca de seus limites e funções, esse artigo tem como proposta analisar as principais dicotomias e tensões jurídicas materializadas na ADPF 54/DF. A questão posta nessa ADPF consistiu em determinar se a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico se enquadraria nos crimes de aborto, aqueles relativos aos sujeitos ativos gestante e profissional que realiza o procedimento. A anencefalia, por sua vez, é uma malformação congênita e irreversível do feto, caracterizando-se pela ausência quase que total do encéfalo, o que impossibilita determinadamente a vida extrauterina. Este trabalho se justifica na medida em que reforça o debate acadêmico acerca de tema de grande proeminência e problematização que está na presente agenda política e jurídica – principalmente devido ao atual surto de bebês com microcefalia – necessitando, dessa forma, cuidadoso estudo e reflexão. Nesse trabalho foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica. Sua construção foi feita tendo como limites a análise, sob a ótica de alguns pensadores do Direito, do voto do Ministro Relator, confrontado, nos aspectos considerados mais relevantes, por um dos votos divergentes.

**Palavras-chave:** Antecipação terapêutica de parto; Interrupção terapêutica de gravidez; Fetos anencefálicos; Anencefalia; Aborto.

**Abstract:** Recognizing the existence of a great controversy between two flags concerning to abortion, pro-life and pro-choice, and a tension between Legislative and Judicial branches regarding their functions and boundaries, this article aims to analyze the main dichotomies and legal tensions materialized in the ADPF 54/DF. The question presented in the ADPF consists to determine whether the therapeutic anticipation of anencephalic fetus delivery would fit in abortion crimes, those concerning to the active subject pregnant and professional that perform the procedure. Anencephaly, in turn, is a congenital and irreversible malformation of the fetus, characterized by the almost complete absence of the brain, in which it is strictly impossible to extrauterine life. This study is justified to the extent that reinforces the academic debate of a matter of great prominence and problematization that is present in the political and legal agenda – mainly due to the current outbreak of babies with microcephaly – requiring thereby, careful study and reflection. In this work the method of bibliographic research was used. Its composition was made having as limits the study, from the perspective of some of the law thinkers, the vote of the relator, opposed, by the aspects considered most relevant in one of the split votes.

**Keywords:** Therapeutic anticipation of delivery; Therapeutic anticipation of pregnancy; Anencephalic fetuses; Anencephaly; Abortion.

**Sumário:** Introdução. 1. Aspectos justificadores da ADPF 54/DF. 2. A anencefalia e o início da personalidade jurídica. 3. A questão institucional posta na ADPF 54/DF. Conflito aparente de direitos fundamentais. 5. A interpretação evolutiva do Código Penal diante da interpretação conforme da Constituição e a atipicidade da antecipação terapêutica de parto de fetos anencefálicos. Conclusões. Referências.

## Introdução

De acordo com documento publicado pelo Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar – DIAP<sup>1</sup>, a atual legislatura do Congresso Nacional brasileiro é considerada a mais conservadora desde 1964<sup>2</sup>, ano do golpe militar que instaurou a ditadura que perdurou duas décadas no Brasil.

Nesse contexto, nota-se que assuntos de grande relevância, como a maioria penal, a regulamentação da terceirização, a demarcação de terras indígenas e o aborto são pautados sob a perspectiva considerada conservadora e resistidos por determinados movimentos sociais.

Tal agitação no Poder Legislativo não nasceu da noite para o dia, na verdade vem crescendo nas últimas legislaturas, ao passo que no Supremo Tribunal Federal – STF, o tribunal guardião de nossa Carta Magna, há um movimento progressista crescente, manifestado de forma bastante patente nos julgamentos sobre a união civil homoafetiva e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54/ Distrito Federal.

A questão posta nessa ADPF consistiu em determinar se a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico se enquadraria nos crimes de aborto, aqueles relativos aos sujeitos ativos gestante e profissional que realiza o procedimento. A anencefalia, por sua vez, é uma malformação congênita e irreversível do feto, caracterizando-se pela ausência quase que total do encéfalo, o que impossibilita determinantemente a vida extrauterina.

---

<sup>1</sup><[http://www.diap.org.br/index.php?option=com\\_jdownloads&Itemid=217&view=finish&cid=2883&catid=41](http://www.diap.org.br/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=217&view=finish&cid=2883&catid=41)>

<sup>2</sup><<http://m.politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964-afirma-diap,1572528>>

Obtendo o placar de 8 votos a favor e 2 contra, a tese vencedora na questão segue a linha adotada pela opinião especializada majoritária<sup>3</sup>, que considera o feto anencefálico um natimorto cerebral, e, portanto, passível de ter sua gestação terapêuticamente interrompida sem que seja configurado o crime de aborto previsto no Código Penal.

Destarte, reconhecendo a existência de um grande embate entre duas bandeiras no que tange ao aborto, pró-vida e pró-escolha, e uma certa tensão entre Legislativo e Judiciário, esse artigo tem como proposta analisar as principais dicotomias e tensões jurídicas materializadas na ADPF 54, bem como procura compreender por que a interrupção de gravidez de feto anencefálico não é espécie de aborto.

Este trabalho se justifica na medida em que reforça o debate acadêmico acerca de tema de grande proeminência e problematização que está na atual agenda política e jurídica – principalmente devido ao presente surto de bebês com microcefalia<sup>4</sup> – necessitando, assim, cuidadoso estudo e reflexão.

A metodologia utilizada para a confecção deste trabalho foi do tipo pesquisa bibliográfica. Sua construção foi feita tendo como limites a análise, sob a ótica de alguns pensadores do Direito, do voto do Ministro Relator da referida ADPF, confrontado, nos aspectos considerados mais relevantes, por um dos votos divergentes. Os dados trazidos nas audiências públicas ocorridas antes do julgamento e compilados no relatório da ADPF também serviram de base para a análise.

O desenvolvimento do artigo foi dividido em cinco tópicos: o primeiro refere-se a inicial da ADPF, o que a justificou; o segundo tece especificamente sobre a anencefalia e sobre o início da personalidade jurídica; o terceiro discorre sobre a questão institucional posta na ADPF; o quarto, sobre o conflito aparente de direitos fundamentais; e o quinto, sobre a interpretação evolutiva do Código Penal diante da interpretação conforme da Constituição e a atipicidade da antecipação terapêutica de parto de fetos anencefálicos. Por fim, há a conclusão e as considerações finais acerca do debate.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 26.

<sup>4</sup> Essa questão será retomada no judiciário devido à atual explosão de casos de microcefalia no Brasil. Contudo, um dos diferenciais entre os fetos anencefálicos e os com microcefalia é a potencialidade de vida extrauterina. Assim, um dos desafios dos autores da ação que está sendo preparada para ser apresentada no STF será a argumentação de que o aborto nesses casos é espécie de eugenia.

## 1. Aspectos justificadores da ADPF 54/DF

Hoje no Brasil há duas hipóteses de aborto não consideradas crime, previstas expressamente no Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 –, quais sejam: aborto em que há risco de vida para mulher (aborto necessário) e em casos de gravidez resultante de estupro. Elencadas no artigo 128 do Código Penal<sup>5</sup>, têm natureza jurídica de causa especial de exclusão da ilicitude<sup>6</sup>.

Já em 2012 o STF, por meio da ADPF 54, declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126, caput e 128, incisos I e II, do CP<sup>7</sup>.

Prevista no artigo 102, §1º da nossa Carta Magna e regulamentada pela Lei n. 9.882/99, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF tem como objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público. A decisão da ADPF tem eficácia contra todos, efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público e efeitos retroativos.

A ADPF 54 foi proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, instituição que, na época do julgamento, contava com mais de um milhão de

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> GOLÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**: parte especial. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 170.

<sup>7</sup> **Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

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

Pena - detenção, de um a três anos.

**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 debilmente 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.

filiados, e foi representada pelo então advogado Luís Roberto Barroso, hoje Ministro do STF, e julgada em 2012, tendo o Ministro Marco Aurélio de Mello como relator.

Segundo dados trazidos pelas audiências públicas que antecederam ao julgamento da lide, o Brasil ocupa o quarto lugar no ranking mundial de casos de fetos anencefálicos. De acordo com a OMS, há a incidência de um a cada mil nascimentos e, até o ano de 2005, houve a autorização judicial de cerca de três mil autorizações para a interrupção da gestação devido a incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, demonstrando a importância do pronunciamento do STF acerca da questão.<sup>8</sup>

A inicial da ADPF afirmava que juízes e tribunais utilizavam os artigos 124, 126, caput, e 128, incisos I e II do CP para considerar aborto a nomeada a antecipação terapêutica de parto no caso de fetos anencefálicos. Por conseguinte, os fundamentos dos atos do poder público causadores das lesões eram os referidos artigos do Código Penal e os preceitos fundamentais lesionados eram: a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, IV, CF/88); o princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade (5º, II, CF/88); e o direito à saúde (6º, caput e 196, CF/88).<sup>9</sup>

A CNTS alegou que o aborto envolve potencial vida extrauterina e que esta é inviável no caso da anencefalia, ou seja, para que se caracterize o aborto, o feto deve ser um produto fisiológico e não patológico.

Desse modo, o pedido principal da ADPF 54 foi, considerando os preceitos fundamentais, declarar inconstitucional o alcance dos artigos 124, 126, 128, I e II, do Código Penal para os casos de antecipação terapêutica de parto. Não se postulava a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais em tela (que os retiraria do sistema jurídico), mas tão somente que os referidos enunciados fossem interpretados conforme à Constituição, “assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde a realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia.”<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 32.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 2.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 7.

Na inicial há a apresentação de literatura médica que, confirmada pela audiência pública ocorrida antes do julgamento por vários pesquisadores, aponta que a anencefalia leva a morte clínica ainda dentro do útero em 75% dos casos.<sup>11</sup> Dessa maneira, a permanência desse tipo de feto no útero da gestante mostra-se extremamente perigosa, podendo ocasionar graves danos à sua saúde e à sua vida. A gestante pode morrer em decorrência de complicações da gestação e do parto, bem como sua saúde mental, física e social (saúde sob a perspectiva integral, a adotada pela Organização Mundial de Saúde – OMS – Preâmbulo do ato fundador da OMS, de 22 de julho de 1946)<sup>12</sup> estão severamente comprometidas, porquanto carregar um feto que padece de doença congênita letal e irreversível, segundo a qual inexistente presunção de vida extrauterina, chega a ser uma tortura física e psicológica devido ao alto grau de dor, angústia e frustração que uma gravidez forçada nessas circunstâncias pode ocasionar, sentimentos relatados por diversas gestantes de fetos anencefálicos, que foram acompanhadas durante o julgamento da ADPF.<sup>13</sup>

A subsunção da conduta de interrupção da gravidez ao tipo penal aborto levava à impossibilidade legal de minimizar e pôr fim a esse sofrimento, ferindo, além da saúde da mulher, sua dignidade e sua autonomia de vontade. Logo, devido à incompatibilidade do feto anencefálico com a vida extrauterina, o que caracteriza uma gravidez de alto risco, a interrupção da gravidez seria a única indicação terapêutica para o tratamento eficaz da gestante, uma vez que, no caso do feto, não haveria solução para reverter a sua inviabilidade. Em vista disso, se cunhou o termo antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico.

Nesses termos que se justificou a ADPF 54, que teve como intento garantir não o dever do aborto, mas sim o direito de mulheres que preferissem não levar a cabo a gravidez de feto anencefálico, pois “A gestação de um feto anencefálico traz para a mulher um imenso sofrimento, que envolve medo, perda e frustração, e a decisão existencial de como lidar com

---

<sup>11</sup> Dos 25% que atingem o ambiente extrauterino ainda com atividades cardiorrespiratórias, 47% morrem no 1º dia, 44% entre um dia e uma semana, 8% entre uma semana e 1 mês e 1% com cerca de três meses. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/ DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p.76.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/ DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 60.

<sup>13</sup> As “gestantes de fetos anencefálicos apresentam maiores variações do líquido amniótico, hipertensão e diabetes”. Há “aumento das complicações no parto e no pós-parto e consequências psicológicas severas, com oito vezes mais riscos de depressão”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/ DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 22.

essa dor deve, evidentemente, caber à mulher, e não ao Estado.”<sup>14</sup> Ou seja, seria garantida a continuidade da gestação da mulher que, por questões religiosas, morais ou de outro cunho, assim desejasse, mas também não seriam desrespeitados os direitos (saúde, dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade) daquela que não quisesse.

## 2. A anencefalia e o início da personalidade jurídica

Conforme apresentado em artigo sobre o Estatuto do Nascituro<sup>15</sup>, a doutrina majoritária sustenta que o dispositivo do Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – que trata do início da personalidade jurídica<sup>16</sup> insere-se no contexto da Teoria Natalista, que estabelece o nascimento com vida para o início da personalidade civil. Na lição de Gonçalves *apud* Souza, “Ressaltam-se, contudo, os direitos do nascituro, desde a concepção. Nascendo com vida, a sua existência, no tocante aos seus interesses, retroage ao momento de sua concepção.”<sup>17</sup>

A anencefalia é uma doença congênita letal e irreversível caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e parcial ou total do crânio, decorrente de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária.<sup>18</sup> Para se determinar se o feto é anencefálico, deve haver ausência do cérebro (hemisférios direito e esquerdo), do cerebelo e presença de um tronco cerebral rudimentar. “O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical (...) é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração.”<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC nº 19 – jan./jun. 2012, p. 137.

<sup>15</sup> SOUZA, Lorena Carmo de. Estatuto do Nascituro: absolutização dos direitos do concebido, mas não nascido, suas implicações e relações com o Direito Comparado. Revista *Virtù: Direito e Humanismo*. Brasília, Ano 3, n. 8, v. 1. Jan/abr 2013.

<sup>16</sup> “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

<sup>17</sup> SOUZA, Lorena Carmo de. **Estatuto do Nascituro: absolutização dos direitos do concebido, mas não nascido, suas implicações e relações com o Direito Comparado**. Revista *Virtù: Direito e Humanismo*. Brasília, Ano 3, n. 8, v. 1. Jan/abr 2013, 2013, p. 7.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 44.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 44.



FONTE: <http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/11/brasil-e-o-quarto-pais-com-maior-numero-de-casos-de-anencefalia.htm>

Há o consenso no Brasil e no mundo de que a morte é diagnosticada pela morte cerebral. Entretanto, indo ao encontro do artigo 3º da Lei nº 9.343/97<sup>20</sup> e da Resolução nº 1.752/2004<sup>21</sup> do Conselho Federal de Medicina, que considera, respectivamente, finda a vida com a morte encefálica e os anencefálicos natimortos cerebrais, o Ministro Marco Aurélio considerou que esses fetos nunca se tornarão *pessoa*.<sup>22</sup> “No caso de anencéfalo, não há nem nunca haverá, indivíduo-pessoa”.<sup>23</sup>

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 desconhecida, 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.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> “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”. (Grifo meu).

<sup>21</sup> “CONSIDERANDO que 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”. (Grifo meu).

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 46.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 58.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 46.

Apesar de estarem vivos clinicamente (com as funções cardiorrespiratórias em funcionamento), cerebralmente estão mortos, dado que nem cérebro possuem. Se há a morte cerebral, ou melhor, se nem há início de atividade cerebral, não há vida em potencial. E foi com esse argumento que o Relator distingue *ser humano* de *pessoa humana*,<sup>25</sup> segundo o voto da Ministra Carmem Lúcia no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510/ DF (pesquisas com células-tronco embrionárias): “as três realidades não se confundem, o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa é a pessoa humana.”<sup>26</sup>

Dessa maneira, Marco Aurélio assenta: “Não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura.”<sup>27</sup> Inclusive, de acordo com o pesquisador e ginecologista Mário Sebastiani, citado por Marco Aurélio, nos anencefálicos não há sequer substrato neural para experimentar a dor devido a ausência do tálamo.<sup>28</sup> Na anencefalia, inexistente qualquer função superior do sistema nervoso central, que é responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade e, das funções inferiores, restam apenas as que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal.<sup>29</sup>

Interessante observar que foi no julgamento da ADI 3.510, anterior ao da ADPF 54, que houve a diferenciação entre embrião, feto e pessoa humana. Como dito anteriormente, a leitura feita do art. 2º do Código Civil, tanto pelo STF como pela doutrina majoritária, aponta que é a partir do nascimento com vida que surge a pessoa humana, aquela que tem aptidão para tornar-se sujeito de direitos e deveres. Já o feto, sinônimo de nascituro, têm seus direitos resguardados desde a concepção.

À vista disso, citando o Dicionário Houaiss e Novo Dicionário Aurélio, Barroso lembra: “Semanticamente, nascituro é o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como *fato certo*.”<sup>30</sup> Dessa forma, feto anencefálico não seria considerado nascituro, tendo em vista

---

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/ DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 60.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510/ DF**. D.J. 28 de maio 2010, Ementa.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/ DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 46.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/ DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 46.

<sup>29</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 101.

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha**. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang

que o fato certo não seria propriamente o nascimento, mas, sim, a morte clínica, sendo ela, na maior parte dos casos, ainda dentro do útero.

A anencefalia também vem acompanhada de múltiplas malformações, fazendo com que esses fetos não sejam doadores de órgãos em potencial, visto que as anomalias aumentam o índice de rejeição dos órgãos pelo receptor. Conseqüentemente, “não há registro de transplante de órgãos de um anencefálico para uma criança viva”.<sup>31</sup>

Nesse interim, Marco Aurélio também afastou a assertiva, considerada por ele com forte viés ideológico e político, de que a interrupção da gestação de feto anencefálico é espécie de aborto eugênico. Entendido em acepção negativa em referência a práticas nazistas, esse tipo de aborto é aquele que tem como objetivo discriminar fetos deficientes, eliminando-os antes do nascimento. Contudo, o Ministro Relator afasta terminantemente essa questão devido a anencefalia mostrar-se incompatível com a vida extrauterina à medida que a deficiência não. Nesta há expectativa de vida fora do útero, enquanto que naquela não há vida, já que há ausência de cérebro.

### 3. A questão institucional posta na ADPF 54/DF

Como as leis contêm o desejo do legislador de cristalizar ou repelir determinada prática social, os movimentos sociais organizados pleiteiam, através delas, fazer valer as suas convicções políticas e ideológicas. Desse modo, devido às leis sobre o aborto, como qualquer outro tema, não serem imutáveis e perpétuas, há movimentos antagônicos – tanto no plano nacional quanto no plano global – que intentam modificá-las. De um lado há os que defendem a sacralidade da vida humana, entendida como tendo início desde a concepção – os *pro-life* –, e, de outro, os que defendem o direito da mulher de decidir sobre seu próprio corpo e seu planejamento reprodutivo e familiar – os *pro-choice*. Ambos querem transformar as leis, sendo os primeiros, para criminalizar completamente o aborto, e os segundos, legalizá-lo.

Entretanto, em temas muito polêmicos como esse, a edição ou revisão das leis não dissipa o dissenso e devido, em regra, as leis portarem variados espaços interpretativos ou poderem

---

(Coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 265.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC nº 19 – jan./jun. 2012, p. 132.

representar muito mais um lado, violando os direitos fundamentais do outro, o Judiciário é chamado à função de avaliação da constitucionalidade daquelas, o que envolve a ponderação de direitos fundamentais.

Sabendo dessa dicotomia e de suas severas implicações para o julgamento da lide, o Ministro Relator, Marco Aurélio, tem como ponto de partida e premissa de seu voto a reafirmação da República Federativa do Brasil como Estado Laico. Ele faz um breve relato de como essa concepção veio sendo construída nas Constituições brasileiras, de Império Católico (Constituição de 1824) a Estado Laico (desde a Constituição de 1891), até a Constituição de 1988, que consagra a liberdade religiosa (artigo 5, inciso VI) e o caráter laico do Estado (artigo 19, inciso I). Em seu voto, ele afiança a importância da separação Estado-Igreja no exame da questão posta no processo, que não poderia “ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas.”<sup>32</sup>

Fazendo a diferença entre laicidade e laicismo, em que o primeiro conceito se refere a uma atitude de neutralidade do Estado e o segundo à hostilidade do Estado para com a religião, o Ministro Relator afirma que o Estado é neutro: nem religioso, nem ateu. E é nesse sentido que pauta o seu voto, na afirmação da importância de separar concepções morais religiosas das decisões estatais, devendo aquelas ficarem circunscritas à esfera privada, posto que

o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplica-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.<sup>33</sup>

Em vista disso, ele ressalta a importância da natureza dúplice da laicidade estatal, que protege as diversas confissões religiosas da intromissão Estatal abusiva e, ao mesmo turno, preserva o Estado de influências indevidas do âmbito religioso. Isso implica algo mais profundo do que o simples distanciamento do Estado em relação à religião, significa que o

---

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 43.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 43.

Estado não pode endossar concepções morais religiosas que possam coagir os cidadãos a observá-las<sup>34</sup>.

No mesmo sentido, Barroso eleva a importância de se reconhecer a inadequação do dogmatismo no contexto de vida democrática, onde é imperativo o reconhecimento e o respeito ao pluralismo e à diversidade.<sup>35</sup>

Diferente de Marco Aurélio e abrindo a divergência, Ricardo Lewandowski não levantou considerações acerca da laicidade estatal. Tendo como referência os ensinamentos de Siches *apud* Lewandowski, em que se afirma que “quando a lei é clara, não há espaço para a interpretação”<sup>36</sup>, o Ministro Divergente concentrou-se na reflexão que tange aos limites da interpretação conforme. Desse modo, ele considerou que nessa ADPF havia obstáculos insuperáveis devido aos limites objetivos impostos “pela univocidade das palavras”<sup>37</sup>, e cita Luís Roberto Barroso para afirmar que a questão a ser decidida nessa ação ultrapassava os limites do Poder Judiciário, tendo em vista que “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 suas relações sociais.”<sup>38</sup>

Então o Ministro Divergente chama à baila a questão dos limites entre Legislativo e Judiciário, sobre a extrapolação das funções típicas do segundo no caso em tela. Todavia, como não houve a decisão do legislador infraconstitucional acerca da questão – visto que no momento do julgamento da ADPF havia pelo menos dois projetos em curso no Poder Legislativo, o PL nº 4403/2994 e o PL nº 40, de autoria, respectivamente, da Deputada Jandira Feghali e do Senador Mozarildo Cavalcanti, sendo o segundo substitutivo de outro projeto do mesmo senador, o PL nº 227, que “permaneceu inerte por cerca de meia década, sem jamais ter sido apreciado por uma única comissão, até que foi arquivado no final da

---

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 43.

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos**: vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 244.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, 2012, p. 244.

<sup>38</sup> BARROSO *apud* LEWANDOWSKI. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 244.

última Legislatura”<sup>39</sup>, devido, provavelmente, a dificuldade do Legislativo em legislar sobre temas tão espinhosos –, é uníssono no Direito que o juiz não pode se eximir de julgar alegando silêncio do legislador para o caso concreto.

Nesse contexto de tensões entre Legislativo e Judiciário, Dworkin nos aponta uma solução:

Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo sumário. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (policy), por outro.<sup>40</sup>

Os argumentos de política vão no sentido de mostrar que a decisão promove ou resguarda algum objetivo da comunidade como um todo. Já os argumentos de princípio no de mostrar que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. Dessa maneira, o autor defende a tese de que, mesmo em casos difíceis, as decisões judiciais são e devem ser, em regra, determinados por princípios e não por políticas.<sup>41</sup>

Para Barroso, há um cenário de promoção institucional e da legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário, promovido sobretudo pelo que foi identificado como pós-positivismo. Esse contexto foi afirmado a partir da aproximação, nas últimas décadas, entre Direito e Ética, que tinham sido separados pelo positivismo jurídico. Ou seja, mesmo que de forma tardia no Brasil, está em curso a renovação da integração entre o sistema de normas e o sistema de valores da sociedade.<sup>42</sup>

Tal aproximação se dá primeiramente na Constituição, “onde os valores morais se convertem em princípios jurídicos. A partir daí se irradiam pelo sistema normativo, condicionando a interpretação e a aplicação de todo o direito infraconstitucional”. Em vista

---

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 250.

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Capítulo 4: Casos Difíceis. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Capítulo 4: Casos Difíceis. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132.

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha**. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 2 e 6.

disso, cumpre ao STF o papel de encontrar o “ponto de equilíbrio entre (i) a determinação de sentido dos valores inscritos na Constituição e o (ii) respeito ao processo político majoritário.”<sup>43</sup>

Destarte, a jurisdição constitucional do STF compreende o controle de constitucionalidade por meio da interpretação e da aplicação da Carta Magna, sendo uma de suas vias a interpretação conforme, que visa a declaração de invalidade e decorrente paralização da eficácia de atos normativos legislativos, frutos do processo majoritário, mas que atentem contra a Constituição.<sup>44</sup>

#### 4. Conflito aparente de direitos fundamentais

Em tese, o que foi posto como central na discussão da ADPF 54 foi a colisão de direitos fundamentais em um caso extremamente difícil, conflito solucionado pela ponderação e proporcionalidade e não pela aplicação de uma pura e simples regra, proposição essa feita por Lewandowski, ao defender que o Código Penal era unívoco no que concerne ao crime de aborto e suas causas especiais de exclusão da ilicitude.<sup>45</sup>

Trazendo para análise do caso a construção argumentativa de Dworkin, o debate atual sobre o aborto é uma disputa sobre valores intrínsecos e não sobre os direitos ou interesses do feto. Logo, poderemos compreender os argumentos de cada lado do debate ao entendermos melhor as afirmações, intuições, doutrinas e argumentações das grandes instituições ou movimentos que eles tomam como paradigma: as religiões tradicionais e o movimento feminista.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos**: vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 261.

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos**: vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 272.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 244.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 48.

Nesse contexto, para Dworkin, a grande polêmica que envolve o aborto é assentada numa questão moral e metafísica, o que seria para ele um modo fatalmente enganoso de apresentar o debate:<sup>47</sup>

A verdade é que a opinião liberal, como a conservadora, pressupõe que a vida humana tem em si mesma um significado moral intrínseco, de modo que é um erro, em princípio, pôr fim a uma vida mesmo quando não estão em jogo os interesses de ninguém.<sup>48</sup>

Nessa esteira, Domingues defende que a polarização do debate entre os pró-vida e os pró-escolha (ou pelo direito de decidir ou autodeterminação), implica em uma redução de escopo, transformando em problema simples a questão do aborto, o que sugere respostas esquemáticas de base binária, cuja dimensão de racionalidade cede espaço à transcendência, obstando a construção de lugares múltiplos de debate<sup>49</sup>.

Do mesmo modo, segundo o autor, há um descompasso entre a realidade socialmente percebida, a esfera policial-administrativa e a judicial, havendo a necessidade de construção de uma solução jurídica racional para a controvérsia, que inclua aportes a argumentos transcendam a mera disputa entre argumentos simplistas e cristalizados.<sup>50</sup>

Para ele, a partir da crescente constitucionalização das normas infraconstitucionais, por meio da interpretação sistemática e do balanceamento dos princípios e valores presentes na Constituição de 1988, houve o deslocamento da análise da questão sobre o aborto para além das normas penais incriminadoras, o que pode ser uma solução jurídica racional para a controvérsia.<sup>51</sup>

No que concerne à ADPF 54, o que, *a priori*, foi levado à baila na discussão da ADPF 54, foi a ponderação de direitos fundamentais: o direito à vida e à dignidade da pessoa humana do

---

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 41 e 42.

<sup>48</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 47.

<sup>49</sup> DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. **Entre normas e fatos, o direito de decidir**: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: *Direito de decidir. Múltiplos olhares sobre o aborto*. São Paulo: Autêntica, 2008, p. 76.

<sup>50</sup> DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. **Entre normas e fatos, o direito de decidir**: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: *Direito de decidir. Múltiplos olhares sobre o aborto*. São Paulo: Autêntica, 2008, p. 68.

<sup>51</sup> DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. **Entre normas e fatos, o direito de decidir**: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: *Direito de decidir. Múltiplos olhares sobre o aborto*. São Paulo: Autêntica, 2008, p. 67.

feto *versus* os direitos da mulher, quais sejam: o princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana.

Direito fundamental reivindicado por ambas as partes da controvérsia, a dignidade da pessoa humana foi consagrada em nossa Carta Maior em seu primeiro artigo (inciso III). Tem significado múltiplo, mas com um denominador comum: seu valor intrínseco e indissociável da pessoa humana.

De acordo com Durig *apud* Scussel e Moro, os componentes autoconsciência, autodeterminação e autonomia são essenciais na definição da dignidade da pessoa humana:

Cada ser humano, por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como formatar a sua existência e o meio que o circunda.<sup>52</sup>

Para Barroso, o valor e o princípio que move o processo civilizatório é a dignidade da pessoa humana que, na filosofia, é o imperativo categórico kantiano, que dá origem às proposições éticas que superam o utilitarismo, uma vez que “cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais.”<sup>53</sup>

As entidades defensoras dos direitos dos nascituros (aqueles vivos, mas ainda não nascidos) apregoam o caráter absoluto e inviolável da vida, categoria não delimitada na Constituição Federal de 1988. Contudo, a teoria, especificamente Alexy, indica que deve haver o sopesamento dos princípios conflitantes levados à justiça, ou seja, analisa-se o caso concreto para, no exercício de ponderação, determinar qual direito deve prevalecer. O sopesamento tem por objetivo “definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.”<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> DURIG *apud* SCUSSEL, Evilyn; MORO, Rosângela Del. **Antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico:** Uma análise da decisão da ADPF 54 diante do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, 2013, p. 3.

<sup>53</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos:** vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 278.

<sup>54</sup> ALEXY *apud* SCUSSEL, Evilyn; MORO, Rosângela Del. **Antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico:** Uma análise da decisão da ADPF 54 diante do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, 2013, p. 19.

Nesse sentido, nossa Carta Magna não apresenta hierarquia entre os direitos fundamentais. Até mesmo o direito à vida não é absoluto e pode ser mitigado, como no caso de guerra declarada<sup>55</sup>, de gravidez decorrente de estupro – em que o aborto ético/humanitário/sentimental de feto saudável é permitido enquanto excludente de ilicitude<sup>56</sup>, ou ainda ter diferentes gradações (artigos 121 e 124 do Código Penal).

consoante enfatizou o STF 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).<sup>57</sup>

Destarte, se não há solução para reverter a inviabilidade do feto<sup>58</sup>, em contrapartida, há a possibilidade de se reverter um quadro de gravidez de alto risco que poderá, inclusive, acabar na morte da gestante. Em parecer, a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO – atestou que a prática obstetrícia tem mostrado que:

A) A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas. B) Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito frequente. C) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG). D) Associação com porvasculopatia periférica de estase. E) Alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante. F) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencefálicos de termo. G) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério. H) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito. I) Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação). J) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina. K) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> “Art. 5º: (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”. (CRFB/1988).

<sup>56</sup> “Até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da revisão.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/ DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 59.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/ DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 28.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/ DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 238.

<sup>59</sup> Parecer da FEBRASGO *apud* BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha**. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 274.

Nesses termos, essas complicações, além de ferir o direito à saúde da gestante, ferem também sua dignidade, pela imposição de um prolongado sofrimento inútil e indesejado, dado que ela tem “a certeza de que o parto não será uma celebração da vida, mas um adiado ritual de morte. Ao final de tudo, não haverá um berço, mas um pequeno caixão.”<sup>60</sup>

Assim, a tese vencedora do julgamento da ADPF 54 foi a de que o conflito entre os direitos fundamentais das gestantes e dos fetos anencefálicos é aparente. Para Marco Aurélio, seria um equívoco equiparar um feto que possui tal anomalia, irremediável e fatal, um natimorto cerebral, a uma pessoa ou a um feto saudável<sup>61</sup>. Haveria extrema desproporcionalidade.

## **5. A interpretação evolutiva do Código Penal diante da interpretação conforme da CF/88 e a atipicidade da antecipação terapêutica de parto de fetos anencefálicos**

A resposta que o Ministro Relator aponta para a divergência de Lewandowski quanto ao silêncio do legislador infraconstitucional em relação à anencefalia pauta-se numa leitura histórica do Código Penal. Concluiu-se nas audiências públicas que antecederam o julgamento que há diagnóstico de certeza de anencefalia, que pode ser constatada a partir da 12ª semana gestacional, e que a rede pública de saúde está capacitada para realizá-lo, uma vez que a anomalia é diagnosticada por meio de ultrassonografia<sup>62</sup>. Todavia, na década de 1940, quando o Código Penal foi elaborado, a ultrassonografia não era um recurso disponível, avanço obtido apenas a partir da década de 1970.

Nesse contexto, não havia possibilidade de diagnóstico de anencefalia antes do parto ou da cirurgia para se retirar o feto morto no útero até 1972, ano em que foi falado pela primeira

---

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha.** In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279.

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF.** D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 60.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF.** D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 50.

vez do ultrassom no Brasil<sup>63</sup>, e até 1973, quando chegou ao Brasil o primeiro aparelho de ultrassonografia<sup>64</sup>. Já a acessibilidade do exame de ultrassonografia no Brasil se deu somente nas décadas posteriores.

Portanto, a impossibilidade técnica de diagnosticar a anencefalia ainda no útero pode ter sido o motivo da ausência dessa anomalia no rol de causas especiais de excludentes de ilicitude inculpidas no artigo 128 do Código Penal. Afinal, não seria estranho o legislador preservar um feto inviável, em detrimento da saúde e da vida da gestante, e não preservar um feto saudável, como no caso de aborto resultante de estupro? A resposta dessa questão pode estar na inviabilidade de exame ultrassonográfico na época, ou melhor, na inexistência de discussão sobre medicina fetal na década de 1940: “A medicina fetal começou em 1950, mas foi a partir de 1970, com a entrada da ultrassonografia que todo o perfil da medicina fetal mudou.”<sup>65</sup>

Nesse sentido, o legislador de 1940 fez uma ponderação moral entre a potencialidade de vida do feto e o sofrimento da gestante, vítima de estupro, e permitiu a interrupção dessa gestação. No caso de gravidez de fetos anencefálicos, “a ponderação é mais simples e envolve escolha moral menos drástica: o imenso sofrimento da mãe, de um lado, e a ausência de potencialidade de vida, do outro lado”. Logo, “Parece claro que o Código Penal, havendo autorizado o *mais*, somente não fez referência ao *menos* porque não era possível vislumbrar esta possibilidade no momento em que foi elaborado.”<sup>66</sup>

Essa interpretação é possível devido à evolução do positivismo jurídico para o pós-positivismo, em que os desafios dos avanços tecnológicos e das ciências biológicas são enfrentados pela reaproximação entre Direito e Ética. Há um esforço para a superação do

---

<sup>63</sup> FILHO, Francisco Mauad. **Pioneirismo do ultrassom no Brasil**. AMARAL, Waldemar Naves do; e OLIVEIRA, Hugo Campos (Org.). A História da Ultrassonografia no Brasil. Goiânia: Contato Comunicação, 2012, p. 44.

<sup>64</sup> COSTA, Paulo Gonçalves da. **O primeiro ultrassom do Brasil**. AMARAL, Waldemar Naves do; e OLIVEIRA, Hugo Campos (Org.). A História da Ultrassonografia no Brasil. Goiânia: Contato Comunicação, 2012, p. 41.

<sup>65</sup> FILHO, Francisco Mauad. **Pioneirismo do ultrassom no Brasil**. AMARAL, Waldemar Naves do; e OLIVEIRA, Hugo Campos (Org.). A História da Ultrassonografia no Brasil. Goiânia: Contato Comunicação, 2012, p. 45.

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha**. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 278.

legalismo estrito e a inclusão de atribuição de normatividade aos princípios, com definição de suas relações com valores e regras e, principalmente, o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais erigida sobre o princípio da dignidade humana, base de todo o sistema.<sup>67</sup>

Nesses termos, no caso em tela deve-se aplicar uma interpretação evolutiva do Direito, onde a norma jurídica desprende-se da vontade subjetiva do legislador que a criou e passa ter uma existência pautada na adaptação a novas situações não antecipadas por ele, porém compreendidas nas possibilidades e nos limites proporcionados pelo texto normativo, bem como na ordem de valores que o inspirou.<sup>68</sup>

Ou seja, como não havia estudos e tecnologia sobre medicina fetal à época de tessitura e compilação do Código Penal, também não havia possibilidade da contemplação da gestação dessa anomalia nas causas especiais de exclusão da ilicitude do aborto contidas no texto legal. Contudo, com o avanço dos estudos e da tecnologia nessa área, houve a possibilidade de fazer a interpretação dessa lei à luz da Constituição Federal.

Com a elevação do status da Constituição de supremacia meramente formal para o centro do sistema jurídico, a *constitucionalização do direito* – fenômeno contemporâneo iniciado no Brasil após a Carta Magna de 1988 – possibilitou e tornou, em diversos casos, imperativa a interpretação conforme à Constituição.<sup>69</sup>

De acordo com Ribeiro, no caso do aborto, o que se pune é “a frustração de uma expectativa, a expectativa potencial de surgimento de uma pessoa”, de tal modo que o bem

---

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos:** vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 260 e 280.

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos:** vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 278.

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos:** vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 280, 281 e 282.

jurídico tutelado é a “vida humana em formação”, o que é diferente de “crime contra a pessoa”<sup>70</sup>:

Só a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa tipificará o crime de aborto. Significa ainda que apenas o feto com capacidade fisiológica de ser pessoa pode também ser sujeito passivo do crime de aborto. E ser pessoa depende apenas do decurso do prazo de maturidade que se cumpre a cada instante da gestação e de um parto sem fatalidade.<sup>71</sup>

Regis Prado esclarece que o bem jurídico a ser tutelado nos tipos penais relacionados ao aborto (artigos 124, 126, caput e 128 do Código Penal) é a vida do ser humano em formação. “Protege-se a vida intrauterina, para que possa o ser humano desenvolver-se normalmente e nascer.”<sup>72</sup>

Contudo, como podemos constatar na literatura médica citada no tópico 2, no caso da anencefalia não podemos falar de desenvolvimento normal, de vida em potencial, mas de anomalia incompatível com a vida extrauterina, de morte clínica certa e inevitável (ver nota 12). Nesse sentido, Marco Aurélio lembra os ensinamentos de Hungria que, há mais de setenta anos, informou que “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 adquirí-las”.<sup>73</sup> E continua:

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.<sup>74</sup>

Dessa forma, não se poderia conferir ao feto anencefálico a mesma proteção jurídica atribuída ao nascituro e, portanto, devido à sua inviabilidade enquanto *pessoa* humana, a antecipação terapêutica de parto é situação atípica, dado que não há subsunção do fato

---

<sup>70</sup> RIBEIRO *apud* SCUSSEL, Evilyn; MORO, Rosângela Del. **Antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico**: Uma análise da decisão da ADPF 54 diante do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, 2013, p. 99.

<sup>71</sup> RIBEIRO *apud* SCUSSEL, Evilyn; MORO, Rosângela Del. **Antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico**: Uma análise da decisão da ADPF 54 diante do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, 2013, p. 99.

<sup>72</sup> PRADO. Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Especial. Volume 2. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 88.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 55.

<sup>74</sup> HUNGRIA *apud* MELLO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF**. D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor, p. 55 e 56.

concreto à norma penal, pois, para a configuração do aborto, é indispensável a relação causal entre a morte do feto e a consequência direta dos meios abortivos, bem como a potencialidade de vida extrauterina do feto.<sup>75</sup>

Por conseguinte, como configura-se em fato atípico, a antecipação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, “Em nome do princípio geral da legalidade e do princípio específico da reserva penal, não pode ser vedado ou punido.”<sup>76</sup>

## Conclusão

Diante de todas essas ponderações, considerando os riscos que a gravidez de fetos anencefálicos apresenta para a gestante, seu sofrimento psicológico considerado, inclusive, como uma forma de tortura e, principalmente, posto que não há conflito real de direitos fundamentais, apenas aparente (já que não há vida encefálica do feto), podemos ter certo que a antecipação terapêutica do parto desse tipo de feto se configura tratamento eficaz para a gestante.

Dentro desse contexto, o julgamento da ADPF 54 promoveu a interpretação dos artigos 124, 126, caput, e 128, incisos I e II, do Código Penal, conforme à Constituição Federal de 1988, declarando que tais artigos não incidem no caso de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico. Para isso, teve como fundamento os preceitos Estado laico, dignidade da pessoa humana, direito à vida e proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. E, posto ser a vida do feto anencefálico inviável, tendo em vista que a definição jurídica do final da vida é a morte encefálica, ele não poderia se tornar titular do direito à vida.

Então, desde 2012 a antecipação de parto de fetos anencefálicos é possível – constituindo-se como fato atípico, ou seja, não há sua subsunção à norma penal –, além das causas especiais de excludentes de ilicitude previstas no artigo 128 do CP.

---

<sup>75</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos:** vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 276.

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos:** vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 277.

Apesar de alguns representantes legislativos dizerem que a sociedade clama por determinadas respostas – como a definição de família em que a relação homoafetiva não é contemplada (projeto do estatuto da família) e a supressão das causas especiais de exclusão da ilicitude do aborto (projeto do estatuto do nascituro) –, devemos ter em mente que a democracia não é uma ditadura da maioria e que os direitos individuais fundamentais devem ser garantidos. Se não o forem pelo Legislativo, o STF, enquanto guardião dos direitos fundamentais, poderá ser acionado para os garantir.

Por fim, é importante ressaltar que a antecipação do parto de fetos anencefálicos não é uma imposição, é uma opção. As gestantes que quiserem, por questões de ordem pessoal, não interromperem a gravidez, terão essa posição respeitada. Já as que desejarem antecipar o parto, terão seu direito subjetivo resguardado, sem a necessidade de prévia autorização judicial.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha.** In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis.** *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* nº 19 – jan./jun. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940 (**Código Penal Brasileiro**).

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (**Código Civil Brasileiro**).

BRASIL. Lei nº 9.343, de 04 de fevereiro de 1997 (**Lei de Transplante de Órgãos, tecidos e partes do corpo humano**).

BRASIL. Lei n. 9.882 de 03 de dezembro de 1999 (**Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF**).

BRASIL. Resolução nº 1.752/2004, Conselho Federal de Medicina (CFM).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/ DF.** D.J. 29 de abril de 2012. Inteiro teor. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 26 de janeiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510/ DF.** D.J. 28 de maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 12 de abril de 2016.

COSTA, Paulo Gonçalves da. **O primeiro ultrassom do Brasil.** AMARAL, Waldemar Naves do; e OLIVEIRA, Hugo Campos (Org.). *A História da Ultrassonografia no Brasil.* Goiânia: Contato Comunicação, 2012.

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

DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. **Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais.** In: *Direito de decidir. Múltiplos olhares sobre o aborto.* São Paulo: Autêntica, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Capítulo 4: Casos Difíceis. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FILHO, Francisco Mauad. **Pioneirismo do ultrassom no Brasil**. AMARAL, Waldemar Naves do; e OLIVEIRA, Hugo Campos (Org.). A História da Ultrassonografia no Brasil. Goiânia: Contato Comunicação, 2012.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**: parte especial. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Especial. Volume 2. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCUSSEL, Evilyn; MORO, Rosângela Del. **Antecipação terapêutica de parto de feto anencefálicos**: Uma análise da decisão da ADPF 54 diante do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, 2013. Disponível em <[periodicos.unesc.net/amicus/article/download/1711/1594](http://periodicos.unesc.net/amicus/article/download/1711/1594)> Acesso em: 13 de março de 2016.

SOUZA, Lorena Carmo de. **Estatuto do Nascituro**: absolutização dos direitos do concebido, mas não nascido, suas implicações e relações com o Direito Comparado. Revista Virtù: Direito e Humanismo. Brasília, Ano 3, n. 8, v. 1. Jan/abr 2013.

#### Sítios eletrônicos visitados:

<<http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/11/brasil-e-o-quarto-pais-com-maior-numero-de-casos-de-anencefalia.htm>> Acesso em 21 de maio de 2016.

<[http://www.diap.org.br/index.php?option=com\\_jdownloads&Itemid=217&view=finish&cid=2883&catid=41](http://www.diap.org.br/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=217&view=finish&cid=2883&catid=41)> Acesso em 21 de março de 2016.

<<http://m.politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964-afirma-diap,1572528>> Acesso em 21 de março de 2016.

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo*, recebido em 22 de fevereiro de 2017. Aprovado em 1º de outubro de 2018. A construção argumentativa, a adequada utilização do referencial bibliográfico, as opiniões e as conclusões são de responsabilidade da autora.

Edição publicada em 15 de outubro de 2018.