



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E MONOGRAFIA

MARIANA BARBOSA MACIEL

**ABORTO E ANENCEFALIA: ESTUDO DE CONFLITO ENTRE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

FORTALEZA

2012

MARIANA BARBOSA MACIEL

ABORTO E ANENCEFALIA: ESTUDO DE CONFLITO ENTRE DIREITOS
FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial para obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Me. Victor Hugo Medeiros
Alencar.

FORTALEZA

2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- M152a Maciel, Mariana Barbosa.
Aborto e anencefalia: estudo de conflito entre direitos fundamentais / Mariana Barbosa Maciel.
– 2012.
77 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2012.
Área de Concentração: Direito Público.
Orientação: Prof. Me. Victor Hugo Medeiros Alencar.
1. Direitos fundamentais - Brasil. 2. Aborto - Legislação - Brasil. I. Alencar, Victor Hugo Medeiros (orient.). II. Universidade Federal do Ceará - Graduação em Direito. III. Título.

MARIANA BARBOSA MACIEL

ABORTO E ANENCEFALIA: ESTUDO DE CONFLITO ENTRE DIREITOS
FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial para obtenção do
Título de Bacharel em Direito. Área de
concentração: Direito Público.

Aprovada em: 14/06/2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Victor Hugo Medeiros Alencar
UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC)

Mestranda Ana Karoline dos Santos Pinto
UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC)

Mestranda Janaína Sena Taleires
UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC)

A Deus, pela força e pela coragem.

À minha mãe, pelo amor, dedicação e exemplo.

Ao meu irmão, pelo carinho e auxílio constantes.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar presente em todos os momentos da minha vida, guiando meus passos pelos melhores caminhos e me fortalecendo diante dos desafios do dia-a-dia.

À minha mãe, Francisca de Assis Barbosa, por ter dedicado sua vida à minha educação e a de meu irmão, por ser um exemplo constante de superação, inteligência e excelência profissional e por sempre contribuir na realização de meus projetos com suas interferências válidas e determinantes.

Ao meu pai, Edvar Barroso Maciel, por acreditar em meu potencial e por me incentivar na realização de meus projetos.

Ao meu irmão gêmeo, Emanuel Barbosa Maciel, por todo amor e carinho disponibilizados, por ter sido extremamente presente em todas as fases da minha vida e por me fazer acreditar em uma amizade e cumplicidade eternas e incondicionais.

À minha tia, Maria da Conceição Barbosa, por me oferecer um amor de mãe, sendo presença paciente e constante ao longo dos meus anos de vida.

A Fernando Collet Ibiapina Júnior, pelo amor, carinho e companheirismo oferecidos e por tornar meus dias mais felizes.

Ao professor Victor Hugo Medeiros Alencar, incontestável exemplo de dedicação e profissionalismo, pela orientação e pela disponibilidade durante a feitura deste trabalho.

À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por ter me proporcionado incrível experiência de trabalho, permitindo-me aplicar na prática os conhecimentos jurídicos adquiridos em sala de aula, nesses quase 2(dois) anos de estágio.

Ao meu supervisor de estágio, Dr. Alécio Saraiva Diniz, pelo aprendizado, confiança, incentivo e pelas preciosas lições de Direito Tributário e Processual Tributário.

Às mestrandas Ana Karoline dos Santos Pinho e Janaína Sena Taileres, pela imediata disposição para fazer parte da banca examinadora do presente trabalho.

“Um país que permite o aborto é um país muito pobre, porque tem medo de uma criança, e o medo de uma criança é sempre uma grande pobreza. Temos medo da guerra nuclear e dessa nova enfermidade que chamamos Aids, mas matar crianças inocentes não nos assusta.”

(Madre Tereza de Calcutá)

RESUMO

Analisa a descriminalização do aborto de fetos anencefálicos sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Realiza um breve apanhado histórico das Declarações de Direitos, passando, em seguida, para a análise da proteção conferida pela Constituição Federal de 1988 aos direitos fundamentais. Traça importantes considerações acerca da anencefalia, da perspectiva de vida dos fetos acometidos da aludida anomalia e do início da vida e sua proteção jurídica. Examina a criminalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as causas de exclusão de sua ilicitude previstas pelo legislador infraconstitucional. Analisa a colisão de direitos fundamentais – direito à vida *versus* direito à saúde física e psíquica e à autonomia reprodutiva da mulher – existente no caso de aborto de feto portador de anencefalia. Discute a anencefalia como malformação fetal incompatível com a vida extrauterina e o aborto de feto anencefálico como exercício regular de um direito. Examina a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, no que tange às teses defendidas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), entidade sindical impetrante do remédio constitucional, ao Parecer do ex-Procurador Geral da República Cláudio Fonteles, ao voto do ministro Marco Aurélio Mello em sede liminar e ao julgamento definitivo da aludida ação constitucional.

Palavras-chave: Aborto. Anencefalia. Direitos fundamentais. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

ABSTRACT

Analyzes the decriminalization of abortion anencephalic fetuses in the light of the theory of fundamental rights. Perform a brief historical overview of the Declaration of Rights, passing then to the analysis of the protection conferred by the Constitution of 1988 fundamental rights. Outlines important considerations about anencephaly, from the perspective of life of affected fetuses of said anomaly and the beginning of life and its legal protection. Examines the criminalization of abortion in the Brazilian legal system, as well as the grounds for exclusion of the illegality provided by the legislature. Examines the collision of fundamental rights - the right to life versus the right to physical and mental health and women's reproductive autonomy - exists in the case of abortion of fetuses carrying anencephaly. Discusses anencephaly as fetal malformation incompatible with life out of uterus and abortion as regular exercise of a right. Examines the claim of breach of fundamental precept No. 54, regarding the theses defended by the National Confederation of Health Workers (CNTS), a union plaintiff's constitutional remedy, the opinion of the ex-Attorney General Claudio Fonteles, to vote the minister Marco Aurelio Mello based on preliminary and the final judgment of said constitutional action.

Keywords: Abortion. Anencephaly. Fundamental rights. Complaint of breach of fundamental precept No. 54.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.1 Análise das Declarações de Direitos nas constituições brasileiras.....	14
2.2 Conceito de direitos fundamentais.....	16
2.3 As gerações dos direitos fundamentais.....	17
2.4 A proteção conferida aos direitos fundamentais pela Constituição Brasileira de 1988.....	21
3 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ... 25	
3.1 A vida humana como objeto do direito.....	25
3.2 O início da vida e a sua proteção jurídica.....	28
3.3 Aborto: conceito e classificação.....	30
3.4 O aborto no Código Penal Brasileiro.....	31
3.5 Espécies de aborto criminoso.....	32
3.6 Excludentes de ilicitude: aborto necessário e aborto humanitário.....	34
4 O ABORTO NO CASO DE FETOS ANENCEFÁLICOS	36
4.1 Anencefalia: conceito e causas.....	36
4.2 Anencefalia e morte encefálica.....	38
4.3 O aborto de feto anencefálico como excludente de culpabilidade.....	42
4.4 O aborto de feto anencefálico como excludente de ilicitude.....	43
5 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À VIDA INTRAUTERINA VERSUS O DIREITO À SAÚDE E À AUTONOMIA REPRODUTIVA DA MULHER	45
5.1 Conflito de direitos fundamentais.....	45
5.2 O princípio da proporcionalidade como ferramenta para a solução de conflitos entre direitos fundamentais.....	47
5.2.1 <i>Elementos constitutivos da proporcionalidade</i>	49
5.3 Os direitos do ser humano em formação.....	51
5.4 Os direitos da mulher.....	52
5.4.1 <i>O direito à saúde</i>	53
5.4.2 <i>O direito à autonomia reprodutiva</i>	54

6 ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 54	56
6.1 A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) na jurisdição constitucional brasileira	56
<i>6.1.1 A previsão constitucional e a Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999</i>	56
<i>6.1.2 Competência e legitimação ativa</i>	57
<i>6.1.3 Hipóteses de cabimento</i>	58
<i>6.1.4 O caráter subsidiário</i>	61
<i>6.1.5 Alcance da expressão “preceito fundamental decorrente da Constituição”</i>	62
<i>6.1.6. Efeitos da decisão proferida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental</i>	63
6.2 Considerações gerais acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54	64
6.3 As teses defendidas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) na ADPF n.º 54	65
6.4 O voto do ministro Marco Aurélio em sede liminar	66
6.5 O parecer do ex-Procurador Geral da República Cláudio Fonteles	67
6.6 O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 54	69
<i>6.6.1 Voto do ministro Marco Aurélio Mello</i>	70
<i>6.6.2 Voto do ministro Ricardo Lewandowski</i>	71
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

O panorama em que se insere o tema objeto deste trabalho é de natureza complexa e delicada. As discussões a respeito da possibilidade de aborto em caso de gravidezes de fetos anencefálicos caracterizam-se pela polemicidade, muito em razão do embate entre direitos essenciais ao homem, dividindo a sociedade entre aqueles que defendem a vida a qualquer custo e aqueles que pregam, em primeiro lugar, a efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

De fato, aborto e anencefalia é um tema bastante atual que ganhou notoriedade na mídia nacional, sobretudo porque nosso órgão de cúpula do Poder Judiciário foi convocado, através do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, a posicionar-se sobre o tema, estabelecendo o raio de atuação do Direito Penal no caso de antecipação terapêutica do parto, após a constatação de tal enfermidade. Ante a inexorabilidade da morte do anencéfalo, decidiu a Corte Suprema, com apenas dois votos contra, e com a manifestação favorável da Procuradoria Geral da República, que caberia à gestante a decisão da manutenção da gestação de feto anencefálico.

Este trabalho, em momento algum, perde a sua importância no tratamento de tal tema, embora ele tenha sido objeto de discussão e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. É que nele não há a pretensão de adoção de determinada posição a respeito do tema. Em outras palavras, não se construiu este trabalho de forma a, ao final, levar o leitor a um convencimento sobre o assunto. Ousamos, sim, estudar o assunto com a profundidade que ele merece, destacando-se as posições jurídico-doutrinárias divergentes, todas amparadas pelo seio constitucional, que embasam o estudo. Naturalmente, reservamos, na parte final, um momento para a análise dos votos dos eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal, dando-se relevo ao voto do ministro Ricardo Lewandowski, um dos magistrados que divergiu do relator do processo, o ministro Marco Aurélio Mello.

É verdade que a natureza do tema comporta discussões não só no âmbito jurídico, mas em múltiplas áreas do conhecimento. À evolução da ciência médica e da tecnologia de ponta que serve à Medicina cabe a existência da discussão jusfilosófica a respeito da possibilidade de abortamento do feto cujo tubo neural não se desenvolveu corretamente. Na literatura médica, não há registro de viabilidade existencial, não há exceção para a letalidade, que caracteriza a doença. Mas a anencefalia não é a única enfermidade que compromete de maneira irreversível a vida do feto, existem outras que não foram objeto de discussão pelo Poder Judiciário. E, nesses casos, admite-se também à gestante a tomada de decisão quanto a

manutenção da gravidez? O julgamento da ADPF nº 54 pelo STF não encerra a discussão no que diz respeito ao direito de nascer; ao contrário, consiste em pontapé inicial no aprofundamento das discussões jurídicas sobre os direitos fundamentais envolvidos em casos dessa natureza, em que o direito à vida do nascituro conflita com o direito à dignidade da mulher que gesta uma quase vida.

Diante desse cenário, dividimos este trabalho em cinco capítulos. O primeiro tem o título *O Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Proteção de Direitos Fundamentais* e apresenta uma análise geral dos direitos fundamentais e da proteção jurídica conferida a tais direitos pela Constituição Brasileira de 1988.

O segundo capítulo, cujo título é *O Direito Fundamental à Vida e a Criminalização do Aborto*, aborda a proteção à vida humana como objeto do direito, as teorias acerca do início da vida e o delito de aborto no Código Penal Brasileiro. Analisa, de forma sucinta, as espécies de aborto criminoso e as excludentes de ilicitude previstas em nosso diploma repressivo.

O terceiro capítulo, intitulado *O Aborto no caso de Fetos Anencefálicos*, trata do aborto nos casos específicos de anencefalia, estudando-se conceito e causas da enfermidade. Apresenta-se também o conceito de morte encefálica e, por fim, a anencefalia como causa de exclusão da culpabilidade e da ilicitude do crime de aborto.

O quarto capítulo intitula-se *A Colisão de Direitos Fundamentais: O Direito à Vida Intrauterina versus O Direito à Saúde e à Autonomia Reprodutiva da Mulher*. Estuda-se o conflito de direitos fundamentais, abordando-se o princípio da proporcionalidade como ferramenta solucionadora. Analisam-se também os direitos do ser humano em formação e os direitos da mulher à saúde e à autonomia reprodutiva.

O quinto capítulo, intitulado *Análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 54*, analisa, em sua primeira parte, de maneira geral, o instrumento Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sua previsão constitucional, no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e sua regulamentação pela Lei nº. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Ainda neste primeiro momento, estuda-se a competência, a legitimação ativa para propositura, as hipóteses de cabimento e os efeitos da decisão proferida em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Na segunda parte, analisa-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 54, instrumento que levou ao Supremo Tribunal Federal a discussão a respeito da possibilidade do aborto de fetos diagnosticados com anencefalia. Trata-se, ainda, das teses defendidas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), da decisão favorável, em sede liminar, do ministro Marco

Aurélio, do parecer desfavorável do ex-Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, e, ao final, do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 54 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, destacando-se os votos dos ministros Marco Aurélio Mello e Ricardo Lewandowski.

Por último, apresentam-se, de forma concisa, as conclusões acerca dos temas estudados no trabalho, as quais, certamente, não encerrarão o debate sobre aborto e anencefalia, mesmo porque o tema envolve aspectos delicados, numa conjuntura que reúne Medicina, Direito, Política, Ética e Religião. O objetivo deste estudo, no entanto, é o de contribuir para o aperfeiçoamento das discussões relativas ao tema, visando sempre à garantia e efetivação dos direitos fundamentais, segundo as premissas do Estado Democrático de Direito.

2 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo tem a pretensão de realizar um breve estudo acerca dos direitos fundamentais do homem e da proteção conferida a tais direitos pela Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, serão abordadas questões relativas à formação histórica das declarações de direitos e ao reconhecimento dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras. Em momento posterior, será examinada a questão do conceito de direitos fundamentais e da classificação de tais direitos em gerações. Por fim, o presente capítulo dedicar-se-á à análise da proteção conferida pela Constituição Federal de 1988 aos direitos fundamentais, estudando a gama de direitos previstos pela atual Constituição e os dispositivos constitucionais que conferem ampla proteção aos direitos fundamentais.

2.1 Análise das Declarações de Direitos nas constituições brasileiras

As constituições brasileiras sempre consignaram um rol de direitos pertencentes ao homem brasileiro e ao homem estrangeiro residente no país, sendo a Constituição Imperial de 1824 a primeira do mundo a positivizar os direitos do homem.¹

A Constituição Imperial do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824, previa, em um título denominado *Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*, grande parte dos direitos individuais existentes em nossa atual Constituição Federal. Não obstante tenha representado um grande avanço na conquista da consolidação do Estado Liberal, a monarquia constitucional, instaurada pela Carta Maior de 1824, refletiu um período marcado por uma sociedade escravocrata e por uma organização política centralizadora e usurpadora das autonomias regionais.

Com a proclamação da República, ocorrida em 15 de novembro de 1889, a vida política brasileira firmou-se sob dois novos fatores: o federalismo e a democracia.² Nessa esteira, a primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, marcada pela descentralização político-administrativa, tripartição dos poderes e presidencialismo, assegurava aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à liberdade, à segurança e à propriedade. Embora garantisse a possibilidade de ampliação do rol

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 170.

² *Idem, ibidem*, p. 77.

de direitos do homem previstos em seu texto, a primeira Constituição Republicana consagrava tão somente os direitos individuais do homem, não fazendo qualquer menção aos direitos sociais, políticos e de nacionalidade.

A Revolução de 1930, liderada por Getúlio Vargas, representou o fim da Primeira República do Brasil, baseada no coronelismo, e deu origem a uma nova ordem constitucional. Em 16 de março de 1934, pois, é promulgada a segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a qual mantém a forma federativa de Estado, a forma republicana de governo, a divisão de poderes, o presidencialismo e o regime representativo. A inovação trazida pela Constituição de 1934 foi a consagração, em um título denominado *Declaração de Direitos*, de direitos sociais, políticos e de nacionalidade, além dos já conhecidos direitos individuais.

Com a implantação do Estado Novo e a revogação da Carta Republicana de 1934 por Getúlio Vargas, o Brasil vivenciou um regime ditatorial, disfarçado por meio da promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. No que tange à limitação do poder do Estado e à previsão de direitos fundamentais, o regime político enfrentado pelo Brasil, durante o Estado Novo, foi de completo desrespeito aos direitos e garantias do homem.

Com o fim da ditadura de Getúlio Vargas, impulsionada pelo fim da Segunda Guerra Mundial e pelos consequentes movimentos pela redemocratização do país, instalou-se a Assembleia Constituinte de 1945, responsável pela elaboração da Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

A Constituição de 1946, *cumprindo* seu papel de redemocratização do país, previu, em título denominado *Declaração dos Direitos*, extenso rol de direitos individuais, políticos, sociais, econômicos e de nacionalidade. A referida Lei Maior assegurou, ainda, o direito à vida no lugar do direito à subsistência.

Em 1º de abril de 1964, é instalada, em nosso país, uma Ditadura Militar. A Carta Política de 1967, elaborada durante período de extremo autoritarismo, representou importante redução das autonomias individuais e consagrou a possibilidade de suspensão de direitos e garantias constitucionais.

Entra em vigor, em 30 de outubro de 1969, uma nova Constituição, disfarçada de emenda constitucional. Trata-se da Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967, que representou o período de maior autoritarismo da história política de nosso país.

Com o fim da Ditadura Militar, que assombrou o país por um período de vinte anos, uma nova Assembleia Nacional Constituinte foi convocada, com a missão de elaborar uma nova Constituição para o Brasil.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, ficou conhecida como a *Constituição Cidadã* por consignar extenso rol de direitos e garantias do homem, manifestando deliberada intenção de negação e rompimento com o autoritarismo estatal vivenciado no período ditatorial.

A proteção conferida aos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988 será analisada em tópico específico do presente trabalho.

2.2 Conceito de direitos fundamentais

O termo “direitos fundamentais” encontra-se previsto no Título II da Constituição Federal de 1988. Tal denominação, no entanto, não se constitui na única utilizada pelo direito constitucional e pelas Constituições para designarem os direitos positivados no plano constitucional de um Estado Democrático de Direito. De fato, existe uma série de outras expressões utilizadas para designar tais direitos, a saber: “liberdades individuais”, “liberdades fundamentais”, “direitos do homem”, “direitos constitucionais”, “liberdades públicas”, “direitos naturais”, “direitos subjetivos”.³

Para José Afonso da Silva, além da questão terminológica, “a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso.”⁴

Com efeito, o rol dos direitos fundamentais transforma-se de acordo com as necessidades do momento histórico, de modo que o catálogo de tais direitos não se apresenta de forma homogênea, o que torna mais dificultoso o processo de conceituação de tais valores.⁵

Para George Marmelstein, os direitos fundamentais constituem-se em:

[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.⁶

E, acrescenta o eminente magistrado:

Há cinco elementos básicos neste conceito: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação do poder, Constituição e democracia. Esses cinco elementos

³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.

⁴ SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 175.

⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312.

⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 20.

conjugados fornecem o conceito de direitos fundamentais. Se determinada norma jurídica tiver ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito como merecedora de uma proteção especial, é bastante provável que se esteja diante de um direito fundamental.⁷

Paulo Gustavo Gonet Branco, ao propor uma solução acerca do discernimento do fundamento dos direitos fundamentais, assevera a necessidade de vinculação de tais direitos ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança.

[...]

Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em casa momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana.⁸

2.3 As gerações dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são frutos de uma maturação histórica⁹, que teve seu início no século XVIII com a consolidação das vigas-mestras do Estado Democrático de Direito em praticamente todas as Constituições modernas e a criação de mecanismos jurídicos que possibilitaram a participação do povo nas decisões políticas, assim como de meios para o controle e a limitação do poder estatal.¹⁰

Ao longo dos anos, esses valores sofreram mutações, visando acompanhar os novos anseios e necessidades da sociedade e sua evolução cultural. Nessa esteira, inspirado pelos ideais da Revolução Francesa (*liberte, égalité, fraternité*), Karel Vasak¹¹ desenvolveu a *Teoria das gerações dos Direitos*, dividindo os direitos fundamentais em três gerações: a) a primeira geração seria a dos direitos embasados na liberdade (*liberté*), oriundos das revoluções burguesas, tais como os direitos civis e políticos; b) a segunda, a dos direitos fundamentados na igualdade (*égalité*), como os direitos econômicos, sociais e culturais; c) por último, a terceira geração englobaria os direitos ligados à solidariedade, à fraternidade (*fraternité*), à paz e ao meio ambiente.

⁷ MARMELSTEIN, George. *op. cit.*, p. 20-21.

⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313.

⁹ *Idem, ibidem*, p. 307.

¹⁰ MARMELSTEIN, George. *op. cit.*, p. 40.

¹¹ *Apud* MARMELSTEIN, George. *op. cit.*, p. 41.

A teoria de Karel Vasak traça as linhas básicas da ideia de “gerações dos direitos fundamentais”, merecendo, assim, uma melhor análise a seguir.

Na primeira geração, encontram-se os primeiros direitos fundamentais positivados, nascidos após as revoluções liberais da França e dos Estados Unidos. Enclausurado por um regime absolutista, o povo era a maior vítima do Estado. Não havia direito à crença religiosa, à liberdade de pensamento, muitos menos à dignidade da pessoa humana. A sociedade era a grande financiadora das guerras e expansões territoriais, através dos pesados tributos exigidos pela coroa.

George Marmelstein retrata o panorama vivido naquele período:

Imagine um ambiente em que ninguém podia escolher a sua própria religião, de modo que qualquer pessoa que tivesse uma crença diferente da adotada oficialmente pelo Estado poderia sofrer punições, já que não havia intolerância religiosa. Basta dizer que o Tribunal da Santa Inquisição foi restabelecido pela Igreja Católica em 1542 justamente para acabar com os ‘hereges’, que tinham a ousadia de questionar a fé imposta pelo soberano e pela igreja. [...] Aqueles que apresentavam idéias mais progressistas eram uma ameaça à estabilidade política e religiosa, ainda que essas idéias pudessem ser demonstradas pela razão e pela ciência.¹²

Assim, no Estado Absolutista, não havia tolerância com a escolha de outra religião. A Igreja Católica perseguia ostensivamente os mais hereges que ousavam afrontar as diretrizes impostas. Inexistiam garantias processuais aos penalmente acusados. O contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, princípios basilares do Processo Penal atual, eram um “sonho” ainda bastante distante naquele período. Não havia liberdade política, muito menos de expressão, pois a sociedade não podia eleger seus governantes, tampouco contestar ou participar de suas decisões.

Esse cenário começou a tomar outros rumos com alguns movimentos ocorridos ao longo da história. A Reforma Protestante, o Iluminismo e a influência do *laissez-faire, laissez-passer*, de Adam Smith, culminaram nas revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII. Essas revoluções resultaram na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (França), em 1789, e na Declaração de Direitos da Virgínia (EUA), em 1776, por meio das quais foram consagrados os direitos civis e políticos.

Os direitos de primeira geração, portanto, traziam imposições negativas ao Estado. Evitava-se, assim, a interferência estatal no âmbito individual, devendo aquele apenas garantir a proteção da propriedade e a segurança dos indivíduos. Com isso, como explica Paulo Gustavo Gonet Branco, “pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia

¹² MARMELSTEIN, George. *op. cit.*, p. 43.

peçoal refratária às expansões do Poder”.¹³ Sobre esses direitos, assevera, ainda, o ínclito doutrinador:

São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Por isso, a liberdade sindical e o direito de greve – considerados, então, fatores desarticuladores do livre encontro de indivíduos autônomos – não eram tolerados no Estado de Direito liberal. A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhe fossem colidentes.¹⁴

Desta feita, os direitos fundamentais de primeira geração eram flagrantemente voltados para os interesses da ascensão econômica da burguesia, como a proteção da propriedade e dos negócios burgueses.

Todavia, o absentismo estatal acarretou uma série de problemas sociais, sobretudo os evidenciados no século XIX, com a Revolução Industrial. Enquanto uma parte da população enriquecia cada vez mais, a outra, em sua maioria, vivia a mercê dos empresários, submetendo-se a jornadas de trabalho desumanas e grotescamente remuneradas.

Nessa nova realidade, nasce a necessidade de um Estado mais ativo e participativo, na tentativa de igualar a relação entre os operários e os donos do capital. Surge, assim, o Estado do bem-estar social e os direitos de segunda geração, notadamente conhecidos como *direitos sociais*. Os direitos fundamentais passam a impor ao governo prestações *positivas*, através de uma nova relação entre sociedade e Estado, em que o Poder Público tinha o dever de impor limites e normas para a desproporcional relação de dominação entre os possuidores do capital e a classe operária.

Desse modo, como explica George Marmelstein¹⁵, o ordenamento jurídico, agora baseado no bem estar social, passou a garantir “limites aos empregadores e direitos mínimos a serem observados na relação trabalhista”, comprometendo-se, outrossim, com os direitos econômicos, sociais e culturais. O Estado passou a garantir o direito a férias, ao piso salarial, à limitação da jornada de trabalho, à alimentação (relação trabalhista), bem como a prever vários direitos ligados à saúde, à moradia e à educação.

Assim, os direitos de segunda geração buscavam a *igualdade real* ou *igualdade de fato*, deixando de lado a falsa e tão festejada sensação de liberdade proporcionada pelas revoluções burguesas.

¹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 309.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 309.

¹⁵ MARMELSTEIN, George. *op. cit.*, p. 51.

Os direitos de terceira geração, nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁶, “peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos”. Tratam-se, pois, dos direitos que visam a proteção de toda humanidade, como o direito à paz, ao meio ambiente e o direito ao desenvolvimento.

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu bojo, diversos direitos de terceira e de outras gerações, prevendo, inclusive, capítulo próprio para a proteção ambiental. O próprio Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, tem reconhecido a existência das gerações de direitos, reconhecendo o direito ao meio ambiente como direito de terceira geração, conforme trecho de voto do ministro Celso de Mello:

[...] o direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis) – realçam o princípio da liberdade, e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.¹⁷

Além das três gerações acima analisadas, fala-se atualmente em direitos de quarta e até mesmo de quinta geração, que seriam apenas os antigos direitos adaptados às novas exigências do momento¹⁸, como os relacionados à biociência, à clonagem, à informação, ao estudo das células tronco, à paz, etc.

Por fim, impende consignar, ainda, que a denominação “geração de direitos fundamentais” tem sofrido inúmeras críticas, pois tal expressão poderia gerar, equivocadamente, a ideia de substituição de uma geração por outra.

Assim, como esses direitos possuem como característica essencial a sua cumulatividade, a melhor doutrina¹⁹ tem optado pela utilização do termo “dimensão”, em vez de “geração”, em razão da indivisibilidade dos direitos fundamentais. Com efeito, de nada adiantaria a liberdade se não houvesse condições materiais e espirituais mínimas para sua

¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 310.

¹⁷ MS 22.164-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 17-11-1995.

¹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 310.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524-525

fruição. Desta feita, é impossível falar em liberdade sem um mínimo de igualdade, nem de igualdade sem as liberdades básicas.²⁰

2.4 A proteção conferida aos direitos fundamentais pela Constituição Brasileira de 1988

De todas as constituições brasileiras, nenhuma conferiu tamanha proteção aos direitos fundamentais como a Constituição Brasileira de 1988, conhecida como *Constituição Cidadã*.

Com efeito, a atual Constituição Federal brasileira encontra-se repleta de dispositivos que revelam a preocupação do legislador constituinte originário com a proteção aos direitos fundamentais. Através da previsão de direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos e políticos e de instrumentos garantidores do exercício de tais direitos, a atual Constituição brasileira manifesta a clara pretensão de dar origem a um verdadeiro Estado Democrático-Social de Direito.

A Lei Maior de 1988 é inaugurada por um preâmbulo, que noticia a instituição de um novo Estado – Estado Democrático de Direito, destinado a garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais, assegurando-os tanto na ordem interna quanto no âmbito internacional. Não obstante o Supremo Tribunal Federal tenha firmado entendimento de que o preâmbulo constitucional não apresenta força normativa, é consenso, na doutrina, sua função de diretriz interpretativa, auxiliando o intérprete da Constituição no reconhecimento dos valores supremos da sociedade brasileira.

Em sequência, apresenta-se a parte dogmática da Constituição, também conhecida como parte permanente, composta de nove títulos: (I) Dos Princípios Fundamentais; (II) Dos Direitos e Garantias Fundamentais; (III) Da Organização do Estado; (IV) Da Organização dos Poderes; (V) Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas; (VI) Da Tributação e do Orçamento; (VII) Da Ordem Econômica e Financeira; (VIII) Da Ordem Social e (IX) Das Disposições Constitucionais Gerais.

O título I da Constituição Federal de 1988, composto de quatro artigos (1º ao 4º), dedica-se à consagração dos valores mais gerais e supremos do ordenamento constitucional brasileiro.

²⁰ LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666>>. Acessado em 14 de maio de 2012.

Com efeito, no art. 1º da atual Constituição, são previstas a forma de Estado (Federação) e a forma de Governo (República) do Estado Brasileiro, além dos fundamentos que orientarão a República Federativa do Brasil, quais sejam a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

A dignidade da pessoa humana, erigida ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, consagra que o Estado brasileiro apresenta-se como uma organização fundada no ser humano, voltada à promoção de uma vida humana digna.

Acerca do aludido fundamento, Glauco Barreira Magalhães Filho aduz que:

A “Dignidade da Pessoa Humana” é a fonte ética dos direitos fundamentais, não sendo estes senão emanações do valor básico mencionado. Por este motivo, fala-se hoje em dimensões e não mais em gerações de direitos fundamentais, sendo a relação deles com a dignidade da pessoa humana equiparada àquela que há entre existência e o Ser.

[...]

os direitos fundamentais, bem como toda a ordem jurídica tem como assento material o valor da pessoa humana, do que se deduz que os chamados direitos públicos subjetivos não são conferidos pelo Estado, mas apenas, reconhecidos por ele.

A pessoa humana é um valor intocável, porquanto o homem, sujeito auto-consciente, capaz de pensar a si mesmo como objeto, tem uma subjetividade que transcende a objetividade, e, logo não pode nunca ser visto como meio, mas sempre como fim, de conformidade com o pensamento kantiano.²¹

Por seu turno, o art. 2º do Título I da Constituição brasileira, ao afirmar que “são Poderes da União harmônicos e independentes entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, consagra o princípio da separação dos Poderes. Desse modo, o poder do Estado brasileiro é dividido funcionalmente entre órgãos independentes entre si, incumbindo, tipicamente, ao Poder Executivo a administração do Estado; ao Poder Legislativo, a elaboração de leis e a fiscalização; e, ao Poder Judiciário, a jurisdição.

O art. 3º da Constituição, por sua vez, prevê os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que são construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Em ato contínuo, o art. 4º da nossa Lei Maior faz a previsão dos princípios norteadores do Estado brasileiro em suas relações internacionais, assegurando, dentre outros, o princípio da prevalência dos direitos humanos.

²¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 94-95.

O Título II da Constituição Federal de 1988 dedica-se exclusivamente à previsão dos direitos e garantias fundamentais. Tal título encontra-se dividido em seis capítulos, a saber: (I) Dos direitos e deveres individuais e coletivos; (II) Dos direitos sociais; (III) Da nacionalidade; (IV) Dos direitos políticos e (V) Dos partidos políticos.

O art. 5º da Constituição enumera grande parte dos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão existentes no ordenamento constitucional brasileiro. Em seus setenta e oito incisos, o referido dispositivo constitucional prevê direitos individuais e coletivos. No *caput* do aludido artigo, encontram-se assegurados os direitos fundamentais basilares, quais sejam os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Acerca do referido dispositivo constitucional, Paulo Gustavo Gonet Branco assevera que:

[...] considerou-se num primeiro grupo a condição do homem-indivíduo, independente dos demais e do próprio Estado, daí resultando os direitos individuais. A situação do homem como membro de uma coletividade inspirou os direitos coletivos. Uns e outros foram enumerados no art. 5º da Constituição.²²

Os direitos de segunda geração ou dimensão estão disciplinados nos arts. 6º ao 11 e ao longo do texto constitucional (Título VII, Título VIII, etc). De forma inovadora, a Constituição de 1988 dedica capítulo próprio para a previsão dos direitos sociais (capítulo II do Título II). Tais direitos constituem as liberdades positivas a serem observadas por todo e qualquer Estado Social de Direito e revelam a preocupação do legislador constituinte com a promoção da igualdade substantiva.

No art. 12 da atual Constituição Federal, foram arrolados os direitos concernentes à nacionalidade dos indivíduos; e, nos arts. 14 ao 17, ficaram assegurados os direitos políticos e os relativos à participação política.

A Constituição Federal de 1988 revela também inúmeros avanços no que concerne aos direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão. Tais direitos possuem titularidade difusa, consagrando princípios referentes à fraternidade e à solidariedade.

Além da previsão de extenso rol de direitos e garantias fundamentais, a atual Constituição brasileira assegura, ainda, em seu art. 60, parágrafo 4º, o *status* de cláusula pétrea aos direitos e garantias fundamentais. De fato, ao garantir que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e as garantias individuais”, a Constituição de 1988 proíbe a abolição de qualquer direito ou garantia fundamental previsto pelo legislador constituinte originário. Não obstante não seja possível a redução do rol dos

²² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 155.

direitos e garantias fundamentais, é consenso na doutrina a possibilidade de ampliação da referida lista por meio de emendas à Constituição ou de tratados internacionais (CF, art. 5º, § 2º).

Outro dispositivo constitucional que merece destaque na análise da proteção conferida aos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988 é o § 2º, art. 5º, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Paulo Gustavo Gonet assevera que “o parágrafo em questão [§ 2º, art. 5º, CF] dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição.”²³ De fato, a aludida norma dá ensejo à interpretação de que existem direitos fundamentais expressos, direitos fundamentais implícitos, direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela atual Lei Maior e direitos decorrentes dos tratados internacionais.

²³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 160.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

O presente capítulo tem a pretensão de abordar as questões relativas à proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro à vida humana e à tipificação do aborto no Código Penal Brasileiro.

Inicialmente, serão demonstrados os dispositivos constitucionais e os entendimentos doutrinários acerca da proteção da vida humana. Em sequência, serão analisadas as diversas teorias sobre o início da vida humana, bem como se demonstrará a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em momento posterior, serão exploradas as espécies de aborto criminoso previstas no Código Penal Brasileiro, bem como as causas taxativas de exclusão da ilicitude de tal delito previstas pelo legislador infraconstitucional.

3.1 A vida humana como objeto do direito

O direito, como conjunto de regras voltadas para a garantia do bem-estar social, está presente em tudo que o homem faz. Onde há atividade humana, o direito lá está presente, de modo a garantir o exercício de nossas liberdades individuais, não permitindo que esse exercício atinja as liberdades individuais alheias, favorecendo, dessa forma, o convívio pacífico em sociedade.

O homem é um ser social e político. Sua essência é racional, pois fala, pensa, raciocina, não foi feito para viver sozinho, isolado, mas em grupos, em comunidade, em interação com os demais. O direito surge, certamente, da própria essência do homem, um ser político, capaz de entender regras e obedecê-las.

O homem, como dito, foi feito para viver em sociedade, em conjunto, pois sozinho não se desenvolve, não perpetua a própria espécie. Esta vida em comunidade faz ser necessária a existência de normas de controle social, baseadas muitas vezes na moral, nos costumes, em crenças religiosas, etc. Tais normas existem, sem dúvida, para limitar o exercício pleno de nossas liberdades individuais quando estas interferem nas dos demais integrantes da comunidade. Surge, assim, o direito, como conjunto de normas ou regras impostas a determinado grupo de pessoas, visando a evitar a barbárie, favorecendo a vida pacífica em comunidade.

O direito evolui à medida que também evolui o homem, preocupando-se em garantir uma vida em comum em que determinados valores postos pela própria sociedade devem ser por todos atendidos, a fim de se promover o bem-estar social.

A vida humana, sem dúvida alguma, não poderia deixar de receber proteção jurídica, visto que consiste em bem maior, sem o qual, obviamente, não se exerce qualquer outro direito. Essa proteção é de cunho fundamental e tanto o direito pátrio como o estrangeiro preocupam-se, em primeiro plano, em suas constituições, em garantir o direito de seus cidadãos à vida. A Constituição da República Federativa do Brasil assevera no *caput* de seu artigo 5º, inserido no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, que é garantido aos brasileiros e também aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida.

CF

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:

A inviolabilidade do direito à vida significa que ninguém, nem mesmo o próprio Estado, que tem o poder de punir seus cidadãos quando do não atendimento às regras instituídas, pode violar o direito fundamental à vida. É verdade que há uma exceção, tratada pela própria Constituição, em que resta excepcionada a inviolabilidade do direito à vida. É que, no mesmo art. 5º, XLVII, *a*, da Constituição Federal, é prevista a pena de morte em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

CF

Art. 5º

[...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

[...]

Trata-se, entretanto, de exceção, que foi feita pelo próprio legislador constitucional ordinário, e não por meio do exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, em atendimento ao art. 60, § 4º, IV, da Lei Maior, que preceitua que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais, os quais constituem cláusulas pétreas.

O direito à vida, portanto, é garantido, em nosso país, por nossa Constituição Federal, pela lei maior de nosso Estado, revelando a preocupação do legislador constituinte originário em protegê-lo com o maior rigor possível.

Esclarece Maria Helena Diniz que:

A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal.²⁴

E arremata a eminente civilista:

No mundo atual deverá haver uma tomada de consciência pelo mais primário e indeclinável dos direitos, que é o do respeito pela vida humana. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a inviolabilidade do direito à vida, pois qualquer atentado a ele estaria eivado de inconstitucionalidade. A vida é bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes.

Governantes, legisladores, cientistas e juristas de todo o mundo deverão unir-se em busca de meios para salvaguardar a vida, que é um direito inerente à pessoa humana. ‘Nesta batalha a favor da vida, ninguém deve se omitir’.

Jamais se poderia legitimar qualquer conduta que vulnerasse ou colocasse em risco a vida humana, que é um bem intangível e possui valor absoluto.²⁵

A Constituição Federal de 1988, indo mais além, assevera, em seu art. 1º, III, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. A combinação do art. 5º, *caput*, com o art. 1º, III, da CF, enseja a interpretação segundo a qual o direito à vida é inviolável, devendo ser garantido a todos vida digna, entendendo-se por dignidade o atendimento a requisitos mínimos que confirmam uma existência merecedora de um ser humano.

Para Carolina Alves de Sousa Lima,

A proteção constitucional da vida humana não se restringe à vida biológica. O ordenamento jurídico, ao tutelar a vida, impõe ao Estado o dever de proteção ampla. Importa o direito de ter assegurado o normal desenvolvimento intra-uterino, de vir à luz com vida, de estar vivo e não ser privado de viver, bem como de ter existência digna. O direito à vida digna compreende a tutela de todos os direitos compatíveis com essa realidade. O respeito à vida digna pressupõe a garantia dos direitos básicos de sobrevivência do ser humano, como também os direitos vinculados ao bem-estar psíquico e social.²⁶

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 47.

²⁶ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 43.

3.2 O início da vida e a sua proteção jurídica

O direito à vida é inviolável, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil. Mas em que momento é possível falar que a vida humana existe e, portanto, torna-se merecedora da proteção estatal?

Existem três teorias que abordam definições diferentes para o início da vida. A primeira delas concebe que a vida tem início com a união do gameta masculino, o espermatozoide, com o gameta feminino, o óvulo, fenômeno denominado fecundação.

Para esta teoria, no momento da fecundação, a vida humana inicia-se, um novo ser surge, pois já presentes todos os dados genéticos que definem o novo ser humano. Embora ainda necessite passar por diversos estágios de desenvolvimento, este ser tem o direito de desenvolver-se sem a interferência de quem quer que seja.

A segunda teoria entende que, apenas com a nidação, fenômeno biológico da implantação do óvulo fecundado no útero materno, é que se pode falar em início da vida. Os adeptos desta teoria defendem que o óvulo, apesar de já fecundado, não tem condições de se desenvolver a não ser após a sua fixação no útero e, portanto, a vida só tem início com o acontecimento desse fenômeno biológico.

A terceira teoria defende que só existe vida a partir do desenvolvimento do sistema nervoso central, o que só ocorre após algumas semanas de gestação, visto que a vida é inviável se o feto é destituído de sistema nervoso, responsável pelos sentidos, emoções, etc.

Posicionando-se a respeito do assunto, Genival Veloso de França aduz que:

Inquestionável é que se constitui um novo ser a partir da união dos gametas com a consequente formação do ovo, pois é esse o fundamento da reprodução.

Depois da concepção, o ovo é transportado pelas tubas para a cavidade uterina já em fase de blastócito, levando em si uma estrutura genética que apresentará, no futuro, a herança cromossômica, o sexo, os sinais raciais, a cor do cabelo, da pele, dos olhos e até mesmo os estigmas mentais. Traz consigo um potencial energético capaz de manter-se por si próprio durante a migração, facultando condições de sobrevivência por vários dias, necessitando, no entanto, de implantar-se devido aos escassos recursos nutritivos.

A vida, pois, inicia-se no momento da fecundação. A nidação é um processo a mais na evolução de uma vida já em andamento. Mesmo que não haja o aninhamento do ovo no útero, seu poder vital é tanto que ele evolui nas tubas, no peritônio ou onde posso se desenvolver.²⁷

Maria Helena Diniz assevera que:

A ontogenia humana, isto é, o aparecimento de um novo ser humano, ocorre com a fusão dos gametas feminino e masculino, dando origem ao zigoto, com um código

²⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011, p. 319.

genético distinto do óvulo e do espermatozoide. A fetologia e as modernas técnicas da medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração do código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano, único.²⁸

O Código Civil Brasileiro adota a teoria da proteção da vida humana desde a concepção, estabelecendo que a personalidade civil tem início a partir do nascimento com vida, resguardados, desde a concepção, os direitos do nascituro.

CC

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.

O nascituro é o ser já concebido, mas que ainda não nasceu. Por estar ainda no ventre materno, a lei ainda não o considera pessoa, mas, desde logo, resguarda seus direitos futuros.

Conforme preconiza Carolina Alves de Sousa Lima,

A vida é protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da concepção em decorrência de o Estado brasileiro ter incorporado ao sistema constitucional a Convenção Americana de Direitos Humanos, que tutela a vida desde aquele momento. Por isso, apesar de todas as divergências existentes nas ciências médicas e biológicas com relação ao início da vida, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu o momento da concepção como marco de proteção constitucional.²⁹

Merece citação o art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é país signatário:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

George Marmelstein, tratando do assunto, pondera que:

A proteção à vida não se limita ao ser humano formado. É possível observar, em nível mundial, uma uniformidade de entendimento no sentido de que a vida do nascituro também merece proteção, embora não com a mesma intensidade com que se tutela o direito à vida das pessoas humanas já nascidas. E, por razões de ordem biológica, social e moral, tem-se considerado também que o grau de proteção conferido à vida intrauterina vai aumentando na medida em que avança o período de gestação.³⁰

²⁸ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 50.

²⁹ LIMA, Carolina Alves de Souza. *op. cit.*, p. 42.

³⁰ MARMELSTEIN, George. *op. cit.*, p. 97.

3.3 Aborto: conceito e classificação

O Código Penal Brasileiro não define o vocábulo aborto, limita-se tão somente a usar a expressão “provocar aborto”. Fica a cargo da doutrina a delimitação conceitual do termo.

Para Cezar Roberto Bitencourt,

Aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intra-uterina.³¹

Maria Helena Diniz ensina que:

O termo ‘aborto’, originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu término normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não expulsão do feto destruído. Deveras, é preciso lembrar que a expulsão do produto do aborto poderá tardar ou até mesmo deixar de existir se, por exemplo, ocorrer sua mumificação, com formação de litopédio.

Na seara médica, na opinião dos obstetras, procura-se distingui-lo do parto prematuro, entendendo-se que o *aborto* seria a interrupção da gestação nos primeiros seis meses de vida intrauterina, ante a inviabilidade do feto, enquanto o *parto prematuro* ocorreria depois do sexto mês, continuando vivo o produto da concepção. Entretanto, juridicamente, esse critério cronológico é inaplicável, pois bastará o aniquilamento do feto, em qualquer momento anterior ao fim da gestação, sem que se leve em consideração a questão da sua viabilidade.³²

Julio Mirabete e Renato Fabbrini asseveram que:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

Preferem alguns o termo abortamento para a designação do ato de abortar, uma vez que a palavra aborto se referia apenas ao produto da interrupção da gravidez.³³

Genival Veloso de França adverte que:

A clássica definição de aborto é a de Tardieu, como sendo ‘a expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, independentemente de todas as circunstâncias de idade, viabilidade e mesmo de formação regular’.³⁴

A doutrina, portanto, encarregou-se da formulação do conceito de aborto, e é verdade que nenhuma das definições está isenta de crítica. É certo, entretanto, que o Código

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138.

³² DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 54.

³³ FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 57.

³⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. *op. cit.*, p. 308.

Penal Brasileiro, ao incriminar o aborto, não fez diferença entre estágios de desenvolvimento do produto da concepção (ovo, embrião, feto), configurando crime de aborto provocar intencionalmente a morte do concepto, com ou sem a sua expulsão violenta do corpo materno.

3.4 O aborto no Código Penal Brasileiro

O aborto vem tipificado em nosso Código Penal da seguinte forma:

CP

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

Pena - reclusão, de três a dez 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.

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

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.

O aborto causado pela própria gestante é conhecido como autoaborto, para o qual é prevista a pena de detenção, cujo início de cumprimento de pena se dá em regime aberto ou semiaberto. Se o aborto é provocado por terceiro, há que se verificar se este se deu com ou sem o consentimento da gestante, haja vista a diferença na pena a ser aplicada. Se o aborto é provocado por terceiro e não há o consentimento da gestante, a pena é de reclusão, de três a dez anos, podendo seu cumprimento dar-se inicialmente em regime fechado. Sem dúvida, neste caso, o crime de aborto merece maior reprovação, visto que a expulsão do feto e, conseqüentemente, sua morte, são provocadas dolosamente por terceiro, que atua contra a vontade da gestante. Se o aborto é provocado por terceiro e há o consentimento da gestante, a pena continua a ser de reclusão, mas é reduzida de um a quatro anos.

Nos casos em que o consentimento da gestante é irrelevante, como no caso de aborto provocado em gestante menor de 14 anos, alienada ou débil mental, ou se o

consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, aplica-se a pena do aborto provocado sem o consentimento da gestante.

O Código Penal ainda prevê, em seu artigo 127, formas qualificadas de aborto. Na verdade, trata-se de causas especiais de aumento de pena: aumenta-se de um terço as penas dos artigos 125 e 126 se, em razão do aborto ou dos meios utilizados para a sua consumação, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave; e duplicam-se as penas dos mesmos artigos se, por qualquer das causas mencionadas, ocorre a morte da gestante.

3.5 Espécies de aborto criminoso

O aborto pode se dar de forma espontânea ou natural, ou pode ser provocado dolosa ou culposamente.

A forma espontânea, que não tem relevância para o Direito Penal, acontece quando o próprio corpo se encarrega da expulsão do produto da concepção. Trata-se de um critério natural e, portanto, não há interesse para fins de aplicação da lei penal.

Não há previsão legal para o aborto provocado de maneira culposa. Por essa razão, o aborto culposo, conforme o § único do art. 18 do Código Penal, constitui um indiferente penal.

CP

Art. 18

[...]

Parágrafo único - salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

O agente que, de maneira culposa, provocar o aborto poderá responder por eventuais lesões corporais sofridas pela vítima em razão da expulsão prematura do feto, haja vista a previsão legal do crime de lesão corporal culposa no art. 129, § 6º, do Código Penal.

Rogério Greco exemplifica aduzindo que:

Não houve previsão da modalidade culposa para o delito de aborto. Assim se a gestante, que conhecia a sua gravidez, resolve praticar um esporte radical, por exemplo, descendo um rio turbulento dentro de um caiaque, se em virtude da sua conduta imprudente vier a abortar, não poderá ser responsabilizada criminalmente, haja vista somente ter havido previsão para as modalidades dolosas de aborto. Da mesma forma, se o agente que se encontrava em uma fila de banco, ao ser chamado pelo painel eletrônico, dirige-se abruptamente ao caixa, esbarrando na barriga da gestante que se encontrava imediatamente atrás dele e, que, em razão do impacto recebido, vem a abortar, somente responderá pelas lesões corporais culposas produzidas pela expulsão do feto.³⁵

³⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 9. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 231.

Insta mencionar que poderá também o agente ser responsabilizado, na esfera civil, ao pagamento de indenização reparatória dos danos morais e psicológicos experimentados pela vítima.

O art. 129, § 2º, V, do Código Penal, ainda prevê a hipótese do crime de lesão corporal qualificada pelo resultado aborto. Trata-se de crime preterdoloso, no qual há dolo na conduta e culpa no resultado. O agente, nesse caso, atua dolosamente no sentido de somente provocar lesões corporais na gestante, mas, em razão de sua conduta, provoca culposamente o aborto. Rogério Greco, analisando o elemento subjetivo com que atua o agente que provoca o crime de aborto, assevera com precisão:

no caso daquele que agride uma mulher sabidamente grávida, provocando o aborto e a conseqüente morte do feto, tem-se que verificar o seu elemento subjetivo, a fim de que se possa imputar-lhe corretamente o resultado por ele produzido. No caso em estudo, agia-se com dolo de causar lesão na gestante, por exemplo, agredindo-a no rosto, se esta vier a abortar em virtude do comportamento levado a efeito pelo agente, este terá de ser responsabilizado pelo delito de lesão corporal qualificada pelo resultado aborto (art. 129, § 2º, V, do CP), pois, sabendo da gravidez, era-lhe previsível o resultado aborto, que efetivamente ocorreu e que terá o condão de qualificar o seu comportamento inicial.³⁶

As espécies de aborto criminoso, ou seja, quando provocados dolosamente, encontram-se previstas nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal.

No art. 124, são tipificadas duas condutas criminosas por meio das quais a gravidez é interrompida, com a conseqüente eliminação e morte do produto da concepção. A primeira delas é o ato de provocar o aborto em si mesma, também conhecido como autoaborto. Nessa modalidade, é a própria gestante que age sobre seu próprio corpo, provocando o aborto. A segunda modalidade consiste em a gestante consentir que outrem lho provoque. Nesse segundo caso, a gestante será responsabilizada pelo crime previsto no art. 124 do Código Penal, enquanto que o terceiro que lho provocou o aborto, com seu consentimento, responderá pelo crime previsto no art. 126 do CP.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt,

A segunda figura do art. 124 – *consentir que lhe provoquem o aborto* – encerra dois crimes: um para a gestante que *consente* (art. 124), outro para o sujeito que provoca o aborto (art. 126). Em relação à gestante que consente e ao autor que provoca materialmente o crime de aborto consentido não se aplica o disposto no *caput* do art. 29 do CP, constituindo uma das exceções à teoria monística da ação, que é a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro.³⁷

³⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. *op. cit.*, p. 231.

³⁷ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 140.

O art. 125 do Código Penal tipifica a conduta do agente que provoca o aborto sem o consentimento da gestante. Trata-se de modalidade de aborto que recebe punição mais grave, pelo fato de atuar o agente com o dolo direto de causar o aborto, não havendo consentimento da gestante. Responde também pelo mesmo delito o agente que, embora não haja com o dolo direto de causar a interrupção da gravidez, provocando a morte do feto, atua sem se importar com a produção eventual do resultado aborto. Se, da sua conduta, resultar o aborto, o agente deverá responder pelo crime, visto que assumiu o risco de produzi-lo.

A ausência de consentimento da gestante é situação fundamental para a caracterização do crime previsto no art. 125 do Código Penal. Havendo ele ou não, aplicar-se-á a pena do delito correspondente. Vale ressaltar que o consentimento é irrelevante se dado por quem não pode consentir, como a gestante não maior de 14 anos, a alienada ou débil mental. Também não é válido o consentimento obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Nesses casos, o agente será responsabilizado pelo crime previsto no art. 125 do CP, conforme dispõe o parágrafo único do art. 126 do Código Penal.

3.6 Excludentes de ilicitude: aborto necessário e aborto humanitário

O art. 23 do Código Penal enumera, em seus incisos, algumas situações em que o crime, apesar de típico, não configura um ilícito penal: são as chamadas excludentes de ilicitude, que, como o próprio nome diz, afastam o caráter ilícito do crime e, por sua vez, a própria existência do crime. São consideradas excludentes de ilicitude o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

CP

Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

O Código Penal Brasileiro, entretanto, traz algumas outras situações de exclusão de ilicitude, presentes em sua parte especial, que representam uma opção legislativa em face da peculiaridade de cada crime.

Nesse sentido, preferiu o legislador brasileiro a não incriminação do aborto praticado quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (o aborto necessário ou

terapêutico) e, também, do aborto em caso de gravidez resultante de estupro (aborto humanitário, ético ou sentimental).

CP

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.

A escolha legislativa revela-se bastante razoável, visto que o aborto necessário consiste em verdadeiro estado de necessidade, pois o perigo de vida para a gestante é iminente e não há outro meio para salvá-la; de outro lado, no aborto em caso de gravidez resultante de estupro, assegura-se à mulher o direito de interromper uma gestação resultante de uma violência.

Hélio Gomes, tratando do assunto, assevera que:

O aborto necessário ou terapêutico representa mais um estado de necessidade do que uma legítima defesa. A legítima defesa só pode ser argüida diante de uma agressão injusta e não se pode caracterizar o feto como um injusto agressor. Já o estado de necessidade, caracterizado no artigo 20 do Código Penal, está presente no momento em que o médico não pode se omitir e deixar a gestante morrer. Não se trata aqui de valorizar a vida da mãe sobre a do feto, pois se a gravidez evoluísse ambos morreriam.

[...]

Chama-se de aborto sentimental o que interrompe uma gravidez resultante de estupro. Só é permitido, porém, após o consentimento da gestante. A lei penal brasileira assegura à mulher o direito de manter, ou não, a vida resultante da agressão sofrida. Encontramos aqui aspectos que podemos considerar terapêuticos, já que a finalidade do aborto é poupar à mulher da tortura que seria manter viva e presente, por nove meses seguidos, a marca da violência. Poucas mulheres têm condições emocionais de enfrentar este problema sem abalo de sua saúde mental. Algumas podem mesmo desenvolver surtos psicóticos.³⁸

³⁸ GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 33. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 417.

4 O ABORTO NO CASO DE FETOS ANENCEFÁLICOS

Este capítulo destina-se a realizar um breve estudo sobre a anencefalia, malformação fetal letal decorrente de uma falha no fechamento do tubo embrionário no estágio de desenvolvimento embriológico do ser humano.

Inicialmente, serão analisados conceitos oferecidos pelas ciências médicas para a doença congênita letal em destaque, bem como será discutida a viabilidade e a expectativa de vida de fetos acometidos pela anencefalia.

Em momento posterior, serão apresentadas posições doutrinárias acerca do aborto de fetos anencefálicos, com destaque para as defesas dessa conduta como causa excludente da ilicitude do delito de aborto e como hipótese de exclusão da culpabilidade da conduta típica.

4.1 Anencefalia: conceito e causas

O encéfalo é a parte do sistema nervoso central (SNC) localizada no interior da cavidade craniana e representada pelo conjunto formado pelo cérebro, cerebelo, protuberância e bulbo raquidiano. O sistema nervoso central (SNC) apresenta complexo desenvolvimento embriológico nos seres humanos, o que torna possível o surgimento de uma série de doenças decorrentes de anormalidades em seu processo de formação.³⁹

A anencefalia é uma das malformações do encéfalo, caracterizada por “uma falha no fechamento da porção anterior (cranial) do tubo neural”.⁴⁰

Para Genival Veloso de França, a anencefalia pode ser conceituada como “uma má-formação fetal congênita decorrente de defeito no fechamento do tubo neural durante o estágio embriológico, fazendo com que o feto não apresente os hemisférios cerebrais e o córtex, mas de forma variada um certo resíduo de tronco encefálico”.⁴¹

Acerca do processo embriológico do sistema nervoso central e de como se dá a anencefalia, Salmo Raskin ensina que:

A neurulação é um processo embriológico fundamental que leva à formação do tubo neural. Este é o precursor do cérebro. Inicia-se com a formação da placa neural, que é uma folha achatada, formada por um tecido de células epiteliais espessas. O objetivo é construir um tubo a partir de uma folha. Então, temos uma folha, e é necessário, pela natureza, que se construa um tubo a partir dela. Esse tubo é o tubo

³⁹ MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. **Embriologia clínica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 412.

⁴⁰ BACHESCHI, Luiz Alberto; NITRINI, Ricardo (org.). **A neurologia que todo médico deve saber**. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2010, p. 418.

⁴¹ FRANÇA, Genival Veloso. *op. cit.*, p. 313.

neural que vai proteger e dar origem a diversas estruturas do sistema nervoso, inclusive o cérebro.

Esse processo envolve a formação, o encurvamento e a fusão dessas células em uma linha média. Aqui, podemos ver, no décimo oitavo dia depois da fecundação, a crista e o sulco neural se aproximam, e, no vigésimo segundo dia depois da fecundação, eles iniciam esse fusão para montar esse tubo neural. No vigésimo quarto dia depois da fecundação, esse tubo neural fecha-se definitivamente. Sabemos exatamente quando tubo neural fecha-se. [...] Portanto, se esse processo embriológico programado pela natureza não ocorrer de maneira adequada e esse tubo não se fechar, com certeza absoluta teremos a anencefalia.⁴²

É comum a associação da anencefalia à ausência total de encéfalo, raciocínio que se mostra equivocado, conforme preceitua Rodolfo Acatauassú:

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”.

Tomando em consideração o esquema da divisão do encéfalo embrionário, temos o encéfalo anterior, o médio e o posterior. É justamente o encéfalo anterior o mais acometido pela anencefalia.

Ainda dentro da progressão embrionária, teremos o telencéfalo e o diencéfalo, componentes do cérebro anterior; o mesencéfalo, na parte média; e, depois, ponte, bulbo e cerebelo.

Os defeitos no tubo neural são anomalias que correspondem a um defeito de fechamento do tubo neural - quando anterior é anencefalia, quando posterior é meningomielocèle -, aproximadamente ocorrendo entre o 25º e o 27º dias.⁴³

Sobre a frequência e o diagnóstico da malformação fetal, José Luiz Dias Gherpelli assevera que:

A doença é relativamente comum, segundo estudos epidemiológicos, com variações na prevalência que dependem de inúmeros fatores, tais como a localização geográfica, sexo, etnia, raça, época do ano, classe social e história familiar. A frequência parece ter caído nas últimas décadas de cinco para 2:10.000 nascidos vivos. O diagnóstico é realizado através da ultra-sonografia no segundo trimestre da gestação.⁴⁴

Conforme dados de 2003 da Organização Mundial de Saúde (OMS), o Brasil é o quarto país do mundo em frequência de anencefalia, ficando atrás somente da Bolívia, Equador e Chile.⁴⁵ Não obstante seja uma doença congênita relativamente comum, as causas

⁴² Trecho da Audiência Pública realizada em 28 de agosto de 2008 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_28808.pdf >. Acessado em 10 de maio de 2012.

⁴³ Trecho da Audiência Pública realizada em 26 de agosto de 2008 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_26808.pdf >. Acessado em 10 de maio de 2012.

⁴⁴ BACHESCHI, Luiz Alberto; NITRINI, Ricardo (org.). **A neurologia que todo médico deve saber**. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2010, p. 418.

⁴⁵ Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Disponível em < http://www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade_final.pdf >. Acessado em 12 de maio de 2012.

da anencefalia ainda mostram-se obscuras para as ciências médicas, que associam a malformação, em grau de probabilidade, a fatores de ordem genética, nutricional e/ou ambiental.

Estudos recentes revelam que o ácido fólico é um grande aliado no combate à redução da incidência de malformações do encéfalo, como a espinha bífida e a anencefalia, o que tem feito inúmeros países, a exemplo dos Estados Unidos, incentivar a adição de ácido fólico aos alimentos consumidos em grande escala pela população.⁴⁶

O fato é que, em virtude da aludida malformação, o bebê acometido da anencefalia, chamado de anencéfalo, não apresenta grande parte do sistema nervoso central, conservando tão somente o tronco encefálico (ou parte dele), responsável pelas funções vitais, como a respiração e a circulação.

Com efeito, o anencéfalo apresenta grande deficiência no aspecto neurológico; faltam-lhe as funções relacionadas aos fenômenos da vida psíquica (consciência, cognição, emotividade, afetividade, vida relacional e comunicação), à mobilidade, à sensibilidade e à integração de quase todas as partes do corpo.

Acerca das limitações experimentas pelos fetos anencefálicos, Carolina Alves de Sousa Lima assevera que “a malformação o incapacita para as funções relacionadas à consciência e à capacidade de percepção, de cognição, de comunicação, de afetividade e de emotividade. Ele não apresenta qualquer grau de consciência e, por isso, jamais compartilhará da experiência humana”.⁴⁷

4.2 Anencefalia e morte encefálica

Conforme Paulo Silveira Martins, “há uma certa confusão entre anencefalia e morte encefálica”.⁴⁸

Com efeito, a Resolução nº 1.752/2004, do Conselho Federal de Medicina, que tratava sobre o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento, previa que a anencefalia tratava-se de malformação fetal irreversível e letal, sendo o anencéfalo um natimorto cerebral, sem qualquer possibilidade de sobrevivência. O aludido ato

⁴⁶ PEREIRA, Michelle Zano; SANTOS, Leonor Maria Pacheco. **Efeito da fortificação com ácido fólico na redução dos defeitos do tubo neural**. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n1/02.pdf> >. Acessado em 12 de maio de 2012.

⁴⁷ LIMA, Carolina Alves de Souza. *op. cit.*, p. 76-77.

⁴⁸ Trecho da Audiência Pública realizada em 26 de agosto de 2008 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_26808.pdf >. Acessado em 10 de maio de 2012.

normativo foi revogado pela Resolução nº 1949/2010, também do Conselho Federal de Medicina, o qual assegura a inaplicabilidade e a desnecessidade dos critérios de morte encefálica para os anencéfalos, em face da ausência de cérebro e da consequente incompatibilidade com a vida.

Rodolfo Acatauassú Nunes, mestre e doutor em Cirurgia Geral pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, sustenta entendimento diverso do disposto na Resolução nº 1949/2010 do Conselho Federal de Medicina. Para o referido médico, não há equivalência entre anencefalia e morte encefálica. Vejamos:

Anencefalia é um termo que induz ao erro, há uma grande desinformação que faz pensar que anencefalia equivale a morte encefálica, porque as pessoas simplesmente pensam: anencefalia, não tem encéfalo; se não tem encéfalo, tem morte encefálica. Por que tanta discussão? Na realidade, essa equivalência não pode ser provada, essa equivalência não é verdadeira.

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.⁴⁹

A morte encefálica, que deve ser diagnosticada por profissional médico através da realização e da correta interpretação de exames clínicos, trata-se de situação de caráter irreversível, marcada pela perda da função do cérebro e do tronco cerebral.⁵⁰ Para a definição da morte encefálica, é necessária a observação de três pré-requisitos, quais sejam coma com causa conhecida e irreversível; ausência de hipotermia, hipotensão ou distúrbio metabólico grave e exclusão de intoxicação exógena ou efeito de medicamentos psicotrópicos.⁵¹

Eric Grossi Morato adverte que o diagnóstico de morte encefálica na criança trata-se de processo mais dificultoso, em razão da imaturidade do sistema nervoso central:

A imaturidade do sistema nervoso central da criança determina critérios mais rígidos para a determinação da ME. O diagnóstico só é possível após o sétimo dia de vida. O grupo etário que varia entre sete dias e dois meses de vida necessita de intervalo entre os exames clínicos de no mínimo 24 horas, além da realização de dois eletroencefalogramas. O diagnóstico em crianças com idades entre dois meses e dois anos requer eletroencefalograma isoelétrico e intervalo mínimo de 12 horas entre os exames clínicos confirmatórios de ME. As causas de coma nas crianças são,

⁴⁹ Trecho da Audiência Pública realizada em 26 de agosto de 2010 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54_notas_dia_26808.pdf>. Acessado em 12 de maio de 2012.

⁵⁰ CUNHA FILHO, José Mariano; FONSECA, Luiz Fernando; PIANETTI, Geraldo; VAL FILHO, José Aloysio da Costa. **Manual de Neurologia Infantil: clínica, cirurgia, exames complementares**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006, p. 320.

⁵¹ MORATO, Eric Grossi. **Morte encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização**. Disponível em <<http://rmmg.medicina.ufmg.br/index.php/rmmg/article/viewFile/164/147>>. Acessado em 12 de maio de 2012.

usualmente, diferentes daquelas observadas em adultos, sendo a encefalopatia hipóxico-isquêmica e o traumatismo o crânio-encefálico responsáveis por mais de 80% dos casos.⁵²

Vê-se, pois, que o diagnóstico de morte encefálica em crianças trata-se de procedimento que demanda maior cautela por parte dos médicos, não havendo consenso acerca dos critérios a serem adotados para o referido diagnóstico em crianças com menos de sete dias de vida. O próprio Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.480/97, afirma que “ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios [de morte encefálica] em crianças menores de 7 (sete) dias e prematuros.”

Sabe-se que os portadores de anencefalia, salvo algumas exceções, apresentam pouco tempo de sobrevivência pós parto, razão por que se conclui que as ciências médicas também não possuem posição clara e precisa acerca do diagnóstico de morte encefálica nessas crianças.

Carolina Alves de Souza Lima acrescenta que “a questão é ainda mais controversa, porque há o entendimento, defendido por alguns doutrinadores, tanto na área jurídica quando médica, de que o anencéfalo é um natimorto. Entretanto, se entender-se que ele é natimorto, não há que se comprovar sua morte, uma vez que ele já está morto.”⁵³

Vê-se, pois, que, além da dificuldade de diagnóstico preciso de morte encefálica em crianças com menos de 7 (sete) dias de vida, situação que engloba grande parte das crianças com anencefalia, ainda há o entendimento, por parte de alguns estudiosos, de que o anencéfalo já se trata de um natimorto, não havendo necessidade de aplicação de qualquer critério para diagnosticar sua morte encefálica.

O entendimento de que o anencéfalo trata-se de um natimorto, corroborado inclusive pelo Conselho Federal de Medicina, através das Resoluções nº 1949/2010, mostra-se equivocado, uma vez que tal criança, não obstante não apresente grande parte do encéfalo, conserva o tronco encefálico (ou, pelo menos, parte dele), responsável pelas funções vitais, como a respiração e a circulação.

Trazemos à colação os entendimentos de alguns doutrinadores acerca da problemática.

Para Cezar Roberto Bitencourt,

O entendimento do legislador brasileiro, não há dúvida alguma, seguindo a evolução médico-científica, reconhece que “a morte cerebral” põe termo à vida humana. Ora,

⁵² MORATO, Eric Grossi. **Morte encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização**. Disponível em <<http://rmmg.medicina.ufmg.br/index.php/rmmg/article/viewFile/164/147>>. Acessado em 12 de maio de 2012.

⁵³ LIMA, Carolina Alves de Souza. *op. cit.*, p. 85.

se a “morte cerebral” significa a morte, ou, se preferirem, ausência de vida humana, a ponto de autorizar o “esquartejamento médico” para fins científico-humanitários, o que se poderá dizer de um feto que, comprovado pelos médicos, nem cérebro tem? Portanto, a interrupção de gravidez em decorrência de anencefalia não satisfaz aqueles elementos, que destacamos anteriormente, de que “o crime de aborto pressupõe gravidez em curso e é indispensável que o feto esteja vivo”, e ainda que “a morte do feto seja resultado direto das manobras abortivas”. Com efeito, na hipótese da anencefalia, embora a gravidez esteja em curso, o feto não está vivo, e sua morte não decorre de manobras abortivas.⁵⁴

Para Heverton Neves Pettersen, representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54:

Há dois aspectos que consideramos o fim da vida: um seria o aspecto cardíaco, a parada dos batimentos cardíacos; e o outro seria a morte encefálica. Se aquele cidadão já apresenta uma morte encefálica, nós podemos documentar através de estudos de eletroencefalogramas e de testes que não ocorre mais atividade do cérebro, apesar de ele já ter constituído, podemos fazer ressonância, tomografia, vamos ver uma calota craniana, um encéfalo todo formado, mas acabou a atividade cerebral, nós reconhecemos isso como um falecimento, nós consideramos o feto anencéfalo um natimorto neurológico.⁵⁵

Conforme já foi exposto, o presente trabalho entende ser equivocado o entendimento de que o anencéfalo trata-se de um natimorto. Não há dúvidas de que a anencefalia impõe aos seus portadores uma grande deficiência no aspecto neurológico, mas também é consenso, nas ciências médicas, que os anencéfalos conservam um tronco encefálico rudimentar, responsável pelas funções vitais de tais crianças.

Nesse sentido, o entendimento de Elizabeth Kipman Cerqueira, especialista em Ginecologia e Obstetrícia:

[...] ficou muito claro, provado, pode-se ignorar, mas é muito sério ignorar uma verdade científica, que com quatorze semanas se identifica um caso de anencefalia, mas apenas com vinte e quatro semanas é que isso se desenvolve, por que o tecido nervoso continua se desenvolvendo mesmo no feto anencefálico para holoanenceflia ou para meroanencefalia. A holoanencefalia é gravíssima – em geral, o feto é abortado -, e a meroanencefalia tem uma sobrevida variável.

[...]

Quanto ao feto, portanto, ele é vivo. É um feto seriamente comprometido quando nasce; é um nenê com curtíssimo tempo de vida, mas está vivo.⁵⁶

⁵⁴ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 155.

⁵⁵ Trecho da Audiência Pública realizada em 28 de agosto de 2008 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_28808.pdf>. Acessado em 10 de maio de 2012.

⁵⁶ Trecho da Audiência Pública realizada em 16 de setembro de 2008 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_16908.pdf>. Acessado em 10 de maio de 2012.

4.3 O aborto de feto anencefálico como excludente de culpabilidade

A culpabilidade diz respeito ao “juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”.⁵⁷ Apresentam-se como elementos normativos da culpabilidade a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade é a possibilidade de se conferir ao agente a prática de um ato típico e ilícito. Conforme o Código Penal Brasileiro, a inimputabilidade do agente pode dar-se em razão de doença mental ou por imaturidade natural.

Acerca da potencial consciência sobre a ilicitude do fato, João Mestieri assevera que “o juízo de reprovação apenas se torna possível quando se constata que o agente teve, no caso específico, a possibilidade concreta de entender o caráter criminoso do fato praticado e assim determinar o seu comportamento de acordo com os interesses do sistema jurídico”.⁵⁸

Já a exigibilidade de conduta diversa, elemento normativo da culpabilidade que interessa para a presente exposição, refere-se à faculdade conferida ao agente de se determinar conforme o direito no momento da prática de um ato típico e ilícito. Acerca do elemento normativo, aduz Rogério Greco:

Essa possibilidade ou impossibilidade de agir conforme o direito variará de pessoa para pessoa, não se podendo conceber um “padrão” de culpabilidade. As pessoas são diferentes uma das outras. Algumas inteligentes, outras com capacidade limitada; algumas abastadas, outras miseráveis; algumas instruídas, outras incapazes de copiar o seu próprio nome. Essas particulares condições é que deverão ser aferidas quando da análise da exigibilidade de outra conduta como critério de aferição ou de exclusão da culpabilidade, isto é, sobre o juízo de censura, de reprovabilidade, que recai a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.⁵⁹

Existem situações, no entanto, nas quais não se exige do agente a prática de conduta condizente com o Direito. É que, nessas circunstâncias, ocorre o que se pode chamar de inexigibilidade de conduta diversa.⁶⁰

Para Cezar Roberto Bitencourt, o aborto de feto anencefálico diz respeito a uma dessas circunstâncias nas quais não se exige do agente uma conduta adequada ao Direito.

Com efeito, quando uma gestante de posse de laudo médico assegurando-lhe que o feto que está em seu ventre não tem cérebro e não lhe resta nenhuma possibilidade de vida extra-uterina, quem poderá, afinal, nas circunstâncias, *censurá-la* por buscar o abortamento? Com que autoridade moral o Estado poderá exigir dessa gestante que aguarde o ciclo biológico, mantendo em seu ventre um ser inanimado, que,

⁵⁷ GRECO, Rogério. *op. cit.*, p. 363.

⁵⁸ MESTIERI, João. **Manual de direito penal** – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1, p. 188.

⁵⁹ GRECCO, Rogério. *op. cit.*, p. 395.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 157.

quando a natureza resolver expeli-lo, não terá alternativa senão pranteá-lo, enterrá-lo ou cremá-lo?! A inexigibilidade de conduta diversa, nessa hipótese, deve ser aceita como causa excludente da culpabilidade. Assim, as circunstâncias especiais e complexas que envolvem o fato em exame não podem ser esquecidas. Enfim – na hipótese de anencefalia –, não se pode reprovar o abortamento que a gestante possa pretender, pois, à evidência, outra conduta não se pode exigir de uma aflita e desesperada gestante. Seria social e juridicamente inadmissível, além de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, exigir que a gestante, contra a sua vontade, levasse a termo uma gravidez nessas circunstâncias⁶¹

4.4 O aborto de feto anencefálico como excludente de ilicitude

Para Rogério Greco, “ilicitude, ou antijuridicidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico”.⁶²

Conforme já mencionado no capítulo 3, o Código Penal prevê, em seu art. 23, algumas situações em que a conduta praticada pelo agente, apesar de se revelar típica, não será configurada como um ilícito penal. Tratam-se das excludentes de ilicitude, que podem ser conceituadas como situações especiais em que fica afastado o caráter ilícito da conduta. São consideradas excludentes de ilicitude o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

CP

Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

O exercício regular do direito, causa de exclusão de ilicitude prevista na segunda parte do inciso III do art. 23 do Código Penal, não foi conceituado pelo legislador ordinário, que deixou a cargo da doutrina a definição de tal causa de justificação.

A configuração do aborto em caso de anencefalia como uma hipótese de exclusão da ilicitude, na modalidade exercício regular de um direito, encontra-se na tese de doutorado de Carolina Alves de Souza Lima. Para a professora, no caso de aborto de feto anencefálico, em razão da aplicação do princípio da proporcionalidade, devem prevalecer os direitos da mulher, possuindo esta o direito constitucional à interrupção da gestação, razão por que a prática do aborto em caso confirmado de anencefalia apresenta-se como conduta eivada de ilicitude perante o ordenamento jurídico brasileiro.⁶³

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 157.

⁶² GRECO, Rogério. *op. cit.*, p. 299.

⁶³ LIMA, Carolina Alves de Souza. *op. cit.*, p. 166.

A permissão do aborto nos casos de anencefalia, desde que haja o consentimento da gestante, enquadra-se em uma hipótese de exercício regular de um direito, causa excludente da ilicitude, conforme o inc. III do art. 23 do Código Penal.

[...]

No nosso entender, trata-se de direito constitucional que pode ser exercido regularmente pela mulher, independentemente de qualquer autorização do Poder Público, uma vez que se trata de conduta lícita. No entanto, cabe ao poder público, tanto no âmbito legislativo quanto administrativo, regulamentar referido direito para que a mulher possa exercê-lo sem nenhuma forma de constrangimento. Não se pode admitir que a mulher passe por todo o processo do Tribunal do Júri, para então concluir que ela estava no exercício regular de um direito.⁶⁴

E conclui a eminente professora pela impossibilidade de configuração do aborto de feto anencefálico como uma excludente de culpabilidade:

Não se trata de inexigibilidade de conduta diversa, porque constitui conduta lícita e amparada pela Constituição. As hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa são causas que excluem a culpabilidade e, por isso, condutas ilícitas. Uma vez que se trata de um direito constitucional, este, como qualquer outro direito, não pode legitimar-se em uma conduta ilícita. Por isso, não se cuida de inexigibilidade de conduta diversa. Ademais, se já se constatou tratar-se de causa excludente de ilicitude, não há que se investigar a culpabilidade.⁶⁵

⁶⁴ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 166-167.

⁶⁵ *Idem*, *ibidem* p. 169.

5 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À VIDA INTRAUTERINA *VERSUS* O DIREITO À SAÚDE E À AUTONOMIA REPRODUTIVA DA MULHER

Em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, não é raro a existência de colisão entre direitos fundamentais, tendo em vista o imenso rol de direitos protegidos pelo sistema constitucional.

Este capítulo analisará o aborto de feto anencefálico como um caso de conflito entre direitos fundamentais, estudando os direitos do ser humano em formação e os direitos relativos à mulher gestante de feto anencefálico.

5.1 Conflito de direitos fundamentais

Inicialmente, cumpre investigar a estrutura normativa dos direitos fundamentais, definindo-os como normas com estrutura de regra ou de princípio.

Com efeito, a doutrina classifica o gênero norma em duas espécies, a saber as regras e os princípios.

Acerca dessa classificação doutrinária, Guilherme Peña de Moraes ensina que:

[...] há três critérios de diferenciação entre princípios e regras.

O primeiro é a generalidade, de modo que os princípios são dotados de grau de generalidade elevado, ao passo que as regras são providas de grau de generalidade reduzido.

O segundo é a fecundidade, de sorte que os princípios, como fundamento do sistema jurídico, presidem as atividades de interpretação e aplicação das regras.

O terceiro é a validade e o valor, de forma que as regras são conexas ao plano de validade, enquanto que os princípios são correlativos ao plano do valor. Em consequência, essa diferença repercute no campo da solução dos conflitos de normas.

A colisão entre regras distingue-se da colisão entre princípios. A primeira hipótese situa-se no plano de validade, de modo que haverá a prevalência de uma conduta em detrimento de outra. Já a colisão de princípios situa-se no plano do valor, devendo o intérprete proceder a uma ponderação de tais normas, para que seja assegurado o mínimo de restrição possível.⁶⁶

Acerca da referida distinção, Glauco Barreira Magalhães Filho aduz que:

⁶⁶ MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Direitos fundamentais: conflitos & colisões**. 1. ed. Rio de Janeiro: Frater et Labor, 2000, p. 60.

Na ordem infraconstitucional, as regras qualificam juridicamente as condutas, conceituando-as como lícitas e ilícitas. Em razão dessas prévias definições, ao ordenamento infraconstitucional se aplica a lógica formal, uma lógica de exclusão. Assim, o conflito entre regras faz surgir uma antinomia que precisa ser remediada, sob pena de sacrificar-se a coerência do ordenamento jurídico. O conflito entre as regras gera uma contradição, a qual não admite meio termo, pois uma conduta não pode ser qualificada como lícita por uma norma e ilícita (não lícita) por outra, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto.

[...]

Na Constituição, os princípios enunciam valores e direitos, mas não qualificam juridicamente condutas. Essa estrutura aberta revela-nos que a colisão entre princípios não gera contradição e, logo, antinomia. Na verdade, há entre eles contrariedade, o que permite uma solução dialética. Assim, aos princípios constitucionais, se aplica uma lógica de síntese. É da hierarquia dos princípios no caso concreto e da ponderação axiológica que se estabelecerá a qualificação jurídica da conduta.⁶⁷

As antinomias decorrentes do conflito entre normas com conteúdo de regras poderão ser solucionadas mediante a aplicação de três critérios, quais sejam o hierárquico, o cronológico e o da especialidade. Por meio do critério cronológico, a norma superior tem prevalência sobre a inferior (*lex superior derogat lex inferior*); em face do critério cronológico, a norma posterior torna revogada a lei anterior (*lex posterior derogat priori*); e, por força do critério da especialidade, uma regra especial naquilo que prevê prevalece sobre uma regra geral (*lex specialis derogat generali*).

As disposições constitucionais, em sua grande maioria, são dotadas de alto grau de abstração e de elevada carga valorativa, o que enseja a doutrina a classificá-las como normas com estrutura de princípios, de modo que, em caso de conflito entre direitos fundamentais, por se tratar de colisão de normas estruturadas em princípios, deve o intérprete proceder à hierarquização e à ponderação axiológica de tais direitos na situação fática.⁶⁸

As colisões entre direitos fundamentais têm origem em face do exercício de um direito fundamental entrar em conflito com outro ou com outros princípios constitucionais. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins exemplificam:

[...] a polícia proíbe o acesso de automóveis ao centro do Rio de Janeiro porque acontece uma manifestação de empregados. Aqui não temos uma proibição geral de entrada e de circulação na cidade, nem uma lei que restrinja o acesso. Mesmo se a tivéssemos, a regra de harmonização deveria ser entendida como uma solução prévia do legislador (programa normativo de compreensão de uma colisão entre direitos fundamentais) passível de amplo controle abstrato quando de sua aplicação e suscitando a necessidade da justificação de ambas as intervenções implícitas no referido programa normativo de compreensão de colisão. Em vista da situação do momento, o exercício da liberdade de reunião impossibilita o pleno exercício da liberdade de ir e vir. Mas essa medida deve ser avaliada, aplicando o critério da proporcionalidade para identificar os meios necessários para preservar o direito de

⁶⁷ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 182-184.

⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 184.

reunião sem limitar demasiadamente a liberdade de ir e vir, a liberdade econômica e outros direitos.⁶⁹

O aborto de fetos anencefálicos apresenta-se como um caso de colisão entre direitos fundamentais. De um lado, mostra-se o direito fundamental à vida do ser humano em formação, assegurado constitucionalmente pelo ordenamento jurídico brasileiro; de outro, apresenta-se o direito fundamental à saúde física e psíquica e à autonomia reprodutiva da gestante.

Acerca do tema, Carolina Alves de Souza Lima assevera que:

[...] a gestação de anencéfalo demanda reflexão especial, em face dos direitos que podem entrar em conflito. Diante dessa realidade, duas situações podem ocorrer. Na primeira, a mulher, consciente da malformação fetal letal, deseja prosseguir com a gestação. Não há dúvida que ela receberá todo o atendimento médico-hospitalar necessário para o seu bem-estar físico e psíquico, assim como o nascituro terá todo o cuidado médico necessário, em decorrência de sua condição especial.

[...]

Ardorosa é a segunda situação que se dá quando a mulher consciente da gestação de anencéfalo, deseja interrompê-la. Nesse caso, o ordenamento jurídico defronta-se com um verdadeiro conflito de direitos fundamentais

5.2 O princípio da proporcionalidade como ferramenta para a solução de conflitos entre direitos fundamentais

Conforme já demonstrado, a existência de uma gama de normas constitucionais com conteúdos e diretrizes opostas torna plenamente possível a existência de conflitos entre direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito. Nesse cenário de colisão e de necessidade de restrição de direitos fundamentais, a proporcionalidade apresenta-se “como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais, isto é, como resposta jurídica ao problema do vínculo do legislador aos direitos fundamentais, configurando um limite de seu poder limitador”.⁷⁰

Com efeito, nas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, desenvolvido originariamente pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, desponta como elemento limitador da atividade estatal, promovendo o controle da legitimidade dos atos administrativos, judiciais e legislativos que implicarem em restrição de direitos fundamentais.

Acerca do tema, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins asseveram que:

⁶⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 154.

⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 171.

Trata-se [a proporcionalidade] do limite material por excelência imposto ao poder do Estado de restringir a área de proteção de um direito fundamental. A determinação da inconstitucionalidade da ação do legislador não pode se limitar a critérios formais, sob pena de perda da concretude e da utilidade de seu vínculo aos direitos fundamentais. Sua decisão política de tutelar (de certa maneira, privilegiar) um bem jurídico-constitucional em detrimento de outro só pode prevalecer se a norma desta escolha poupar o máximo possível o direito restringido.⁷¹

E arrematam os referidos autores:

A delimitação do âmbito de aplicação de cada norma deve se basear ao final, isto é, após a delimitação da área de proteção do direito fundamental atingido (ainda que a pretexto de se defender direito fundamental colidente) e a verificação da legitimidade formal da intervenção estatal na área de proteção (correspondência a limite constitucional do direito fundamental atingido), no critério da proporcionalidade. Constando que certo ato ou omissão estatal encontra amparo em certa norma constitucional (limite constitucional ao direito fundamental atingido), mas, ao mesmo tempo, contraria outra norma constitucional (por exemplo, a vedação legislativa de usar celular em presídios justifica-se por considerações de segurança pública, mas limita o direito à vida privada dos presos), a proporcionalidade resolve o conflito, sendo um critério para aplicar o direito em casos de aparente ou real antinomia. Dessa maneira, a proporcionalidade permite ao julgador oferecer uma resposta fundamentada, preservando a unidade e funcionalidade do ordenamento jurídico e afastando inseguranças.⁷²

O princípio da proporcionalidade não tem positivação expressa na Constituição Federal de 1988, apresentando-se como subprincípio do Estado Democrático de Direito. Para Glauco Barreira Magalhães Filho, “Estado Democrático de Direito é aquele que se estrutura através de uma democracia representativa, participativa e pluralista, bem como o que garante a realização prática dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais, através de instrumentos apropriados conferidos aos cidadãos, sempre tendo em vista a dignidade humana”.⁷³ O princípio da proporcionalidade apresenta-se, pois, como base para todo o ordenamento jurídico brasileiro, estando implícito em todo o Direito.

A fundamentação da proporcionalidade encontra-se assentada em dois argumentos, a saber na vinculação direta do legislador aos direitos fundamentais, prevista no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, e no reconhecimento pela própria Constituição, no art. 5º, § 2º, da Constituição, da existência de direitos e garantias fundamentais implícitos, decorrentes dos princípios adotados pela Lei Maior ou de tratados internacionais dos quais o

⁷¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 171.

⁷² *Idem, ibidem*, p. 174.

⁷³ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *op. cit.*, p. 73.

Brasil seja signatário.⁷⁴ Sobre os aludidos argumentos, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins aduzem que:

Vincular o legislador significa exigir que ele respeite ao mesmo tempo todos os direitos fundamentais. E, em caso de colisão entre direitos, isso equivale ao poder e dever de limitar os direitos fundamentais na estrita medida do necessário para, se possível, otimizar seu exercício. Na maioria dos casos, a intervenção estatal em um direito colidente será justificada e não a intervenção no outro. O caminho para tanto é respeitar o critério da proporcionalidade. Existe, neste contexto, um argumento de cunho sistemático que deduz a proporcionalidade da própria essência do sistema dos direitos fundamentais, garantindo seu respeito por meio de sua limitação racionalmente controlada.

[...]

O segundo possível fundamento normativo sob a vigência da Constituição de 1988 encontra-se no art. 5º, § 2º, da CF, que permite reconhecer garantias de direitos fundamentais que não sejam expressamente previstas na Constituição, mas decorrem dos princípios por ela adotados. Nessa perspectiva, a proporcionalidade decorre da necessidade de harmonizar: (a) o exercício de direitos fundamentais com bens jurídicos conflitantes contemplados pelo texto constitucional como seus limites; e (b) os direitos fundamentais que colidem mediante controle das respectivas e muitas vezes implícitas intervenções legislativas. Na substância, porém, tem-se aqui também o vínculo do legislador como fundamento dogmático, porque este é decorrente dos princípios adotados pela Constituição Federal.⁷⁵

5.2.1 Elementos constitutivos da proporcionalidade

Para Hugo de Brito Machado Segundo, “de acordo com o princípio da proporcionalidade, o ato estatal praticado como meio à consecução de um fim, ainda que lícito esse fim, e além de naturalmente atender a outros requisitos decorrentes de outras normas jurídicas, deve ser adequado, necessário e proporcional em sentido estrito”.⁷⁶

Na proposição do eminente professor, identificam-se os três elementos constitutivos da proporcionalidade, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação diz respeito à aferição da aptidão do meio escolhido para a obtenção do resultado pretendido. Acerca do aludido subprincípio, George Marmelstein aduz que:

Toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados resta desatendida a exigência da adequação. Para aferir a adequação há de perguntar: o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado? Se a resposta for manifestamente negativa, ou seja, se for possível demonstrar que o meio escolhido não é apto a obter o resultado pretendido, então é possível a sua anulação pelo Poder Judiciário, com base no princípio da proporcionalidade.⁷⁷

⁷⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 172-173.

⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 172-173.

⁷⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 23.

⁷⁷ MARMELSTEIN, George. *op. cit.*, p. 412.

Assim, para que determinada medida que importe em limitação de direito fundamental seja considerada válida, é necessária que tal medida apresente-se pertinente, adequada, apta para o atingimento do fim pretendido.

Já o subprincípio da necessidade refere-se à escolha, entre as medidas que se mostrarem adequadas e pertinentes, daquela que se apresente menos gravosa, menos prejudicial ao titular que terá seu direito fundamental limitado. Nessa linha de raciocínio, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins asseveram que:

[...] o exame da adequação permite aceitar uma ampla gama de meios interventivos acarretando o risco de permitir medidas que, intuitivamente, parecem desproporcionais. Para tanto, se faz necessário verificar também a necessidade do meio utilizado, analisando se não há outro meio que o Estado possa utilizar

[...]

Em resumo, dentre todos os meios que permitem alcançar os propósitos lícitos, somente o que gravar o direito fundamental com menor intensidade será o necessário. Todos os demais são desnecessários, sendo desproporcionais. Se o legislador (ou aquele órgão estatal que aplica a norma no âmbito de sua competência) tiver escolhido um meio mais gravoso do que o necessário, sua escolha deve ser considerada inconstitucional.⁷⁸

O subprincípio da necessidade também se refere à proibição de insuficiência das medidas adotadas pelo Poder Público, de forma que o Estado deve adotar os meios eficazes para garantir a proteção dos direitos fundamentais.⁷⁹

Por seu turno, a proporcionalidade em sentido estrito exige que o jurista realize uma ponderação dos valores em conflito no caso concreto, atribuindo-lhes pesos e optando por aquele valor que se mostrar mais importante e urgente. Nesse diapasão, George Marmelstein aduz que:

A proporcionalidade exige uma análise das vantagens e das desvantagens que a medida trará. A pergunta mental a ser feita para aferir a presença da proporcionalidade em sentido estrito é a seguinte: o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar? Em uma análise de custo-benefício, a medida trouxe mais vantagens ou mais desvantagens? Para responder a essa pergunta, é necessário realizar um exercício de balanceamento ou de ponderação, através da qual o jurista deverá levar em conta todos os interesses em jogo a fim de encontrar uma solução constitucionalmente adequada, com base em argumentação coerente, consistente e convincente.⁸⁰

Nos tópicos seguintes, serão analisados os direitos fundamentais em colisão no caso de aborto de feto anencefálico.

⁷⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op. cit.*, p. 173.

⁷⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 416.

⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 419.

5.3 Os direitos do ser humano em formação

O ser humano em formação tem seus direitos resguardados pela lei. Embora não seja ainda pessoa, goza de expectativa de direitos, que deve ser respeitada até o seu nascimento. Nascendo com vida, a lei lhe garante personalidade e, com isso, a tutela efetiva de todos os seus direitos.

Com efeito, há que se colocar em posto máximo que o direito à vida é anterior a qualquer outro, trata-se de bem indisponível, sem o qual os demais direitos simplesmente não existem. A vida é, portanto, bem supremo, direito supremo, a todos assegurado pelo texto constitucional. Ora, todos os homens passaram pelo mesmo processo de desenvolvimento, todos os existentes já foram ovo, embrião e feto, e tiveram seu desenvolvimento respeitado até o seu nascimento. Como pode, então, este mesmo homem, num ato de negação da própria natureza, esquecendo-se de sua própria essência, entender que pode determinar a existência de quem quer que seja? Não se pode entender que àquele que viveu anteriormente tenha sido dado poder para determinar a existência daqueles que ainda viverão. Se isso fosse possível, se existe razão para que alguém manobrasse tais situações, porque então não nos poderíamos matar uns aos outros? Qual seria a razão para a existência de tantos outros direitos?

Mais do que claro está que nenhum homem tem o direito de determinar a morte de outro homem, simplesmente porque a vida não é propriedade humana, esteja ela em qualquer fase (ovo, embrião, feto, criança, adulto, idoso).

Maria Helena Diniz, com a clareza que lhe é peculiar, ensina que:

A vida é igual para todos os seres humanos. Como, então, se poderia falar em aborto? Se a vida humana é um bem indisponível, se dela não pode dispor livremente nem mesmo seu titular para consentir validamente que outrem o mate, pois esse consenso não terá o poder de afastar a punição, como admitir o aborto, em que a vítima é incapaz de defender-se, não podendo clamar por seus direitos? Como acatar o aborto, que acoberta, em si, seu verdadeiro conceito jurídico: assassinato de um ser humano inocente e indefeso? Se a vida ocupa o mais alto lugar da hierarquia de valores, se toda vida humana goza da mesma inviolabilidade constitucional, como seria possível a edição de uma lei contra ela? A descriminalização do aborto não seria uma incoerência no sistema jurídico? Quem admitir o direito ao aborto deveria indicar o princípio jurídico do qual ele derivaria, ou seja, demonstrar científica e juridicamente qual princípio albergaria valor superior ao da vida humana, que permitiria sua retirada do primeiro lugar na escala de valores?⁸¹

Na concepção jurídica, portanto, aquele que ainda vai nascer tem a proteção de seus eventuais direitos. E a maior prova dessa proteção está no próprio Código Penal

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 49-50.

Brasileiro, que pune a prática do aborto, seja ele provocado pela própria gestante, seja ele provocado por terceiro, com ou sem o consentimento dela.

A lei civil assevera que essa proteção começa desde a concepção, ou seja, desde a fecundação, e vai até momentos antes do parto. A personalidade jurídica, entretanto, só é reconhecida pela lei a partir do nascimento com vida, e isso, para certos doutrinadores, representa um contrassenso, visto que a proteção ao nascituro baseia-se no postulado do respeito à vida humana, garantindo-se o direito de nascer.

Tratando desse tema, Genival Veloso de França afirma que “todos esses direitos estão num contexto que se poderia chamar de ‘direitos da personalidade’. Sem eles, não existe a pessoa como entidade jurídico-civil nem os elementos essenciais à personalidade.”⁸²

Quanto à discussão sobre o feto ser dotado ou não de personalidade, prescreve o renomado doutrinador supracitado:

Há até os que defendem, com certa lógica, o início da personalidade jurídica desde a concepção, baseados em princípios biológicos e morais. Tal teoria concepcionista fundamenta-se na afirmação de que, se o nascituro é considerado sujeito de direito, se a lei civil lhe confere um curador, se a norma penal o protege de forma abrangente, nada mais justo que se lhe reconhecesse também o caráter de pessoa e o considerasse com personalidade juridicamente autônoma. Isso porque o feto herda, transmite, demanda e sua morte intencional é um crime. Também, até porque, é difícil entender como alguém pode ser considerado ser humano e não ter assegurado o atributo de personalidade jurídica.⁸³

5.4 Os direitos da mulher

A mulher conquistou espaço social a partir da luta e da consolidação de uma série de direitos. É inegável que, no mundo Ocidental, a mulher, ao longo de um processo histórico, perdeu o status de sexo frágil. A imagem de dependência, de falta de autonomia, de subserviência não se coaduna mais com a imagem da mulher no século em que vivemos. Muitas foram as mudanças que legaram às mulheres uma série de conquistas sociais, embora ainda haja preconceito e resistência para o reconhecimento e implementação de muitas delas.

As mulheres são iguais aos homens em direitos e obrigações, conforme destaca a Constituição Federal, no seu art. 5º, I. A referência à igualdade em direitos e obrigações, feita pela Constituição Federal, leva ao raciocínio de que a realidade, inclusive bem próxima, era de a mulher ser submissa ao homem, traduzindo-se tal submissão, muitas vezes, em dependência econômico-financeira. Entretanto, a mulher reverteu esse quadro de sujeição ao

⁸² FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011, p. 295.

⁸³ *Idem, ibidem*, p. 295.

homem, sendo-lhe, atualmente, conferida uma série de direitos a partir da elaboração de leis específicas garantidoras da sua proteção no Estado. A verdade é que a mulher vem, de maneira crescente, ampliando o seu espaço e atuando em diversos setores da sociedade. Apesar de a luta ainda ser grande pela igualdade de oportunidades, há de se reconhecer a importância da mulher em várias atividades.

5.4.1 O direito à saúde

O direito à saúde é garantido pela Constituição Federal, que trata do tema no art. 196, *verbis*:

CF

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Declaração dos Direitos Humanos traz expresso, em seu artigo XXV, o direito à saúde, como forma de se alcançar melhor padrão de vida e efetivar-se a cidadania:

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

O direito à saúde constitui um direito social, garantido pelo nosso ordenamento jurídico e confirmado na esfera jurídica internacional. A garantia do direito à saúde traduz-se na proteção ao completo bem-estar físico, psíquico e social dos indivíduos. No que tange ao aborto em caso de anencefalia, não resta dúvida do abalo à saúde da mulher, em todos os seus aspectos.

Segundo Carolina Alves de Souza Lima:

As expectativas sociais e familiares diante da gestação e da maternidade são sempre de muita alegria e satisfação, uma vez que estão ligadas à vida e ao nascimento de uma criança. Não há espaço social, e muitas vezes familiar, para sentimentos como tristeza, angústia, frustração e culpa. A notícia do diagnóstico de anomalia fetal letal – e anencefalia é uma dessas malformações – desencadeia na gestante e também na família a vivência de emoções intensas e específicas.⁸⁴

E assevera a referida autora:

⁸⁴ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 109.

A vivência da gestação de conceito anencéfalo põe a mulher em contato direto com o luto. Esse é um processo natural e esperado de elaboração da perda desse filho. Configura, inclusive, processo importante para restabelecer a saúde mental da mulher. Quando a gestante recebe a notícia da malformação fetal letal, vai necessariamente vivenciar um processo de luto, independentemente de optar por interromper ou não a gestação. Nessa situação vivenciada, a morte está presente, qualquer que seja a decisão. O que diferencia uma decisão da outra é o momento da morte. Por isso, qualquer caminho gera sofrimento na mulher.⁸⁵

Além do sofrimento psíquico e social, há de se considerar o sofrimento físico, tendo em vista que a gestação de um feto anencéfalo, para a maioria dos especialistas, traz graves riscos à saúde física da gestante, sendo diversas as complicações capazes de prejudicar a saúde da mulher.

Acerca da anencefalia e dos riscos experimentos pela gestante de feto anencefálico, Jorge Andalaft Neto, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, enfatiza que:

A anencefalia é incompatível com a vida – isso explicamos para a mulher. Ela é letal, multifatorial e decorre de defeitos de fechamento de tubo neural. O feto também pode ter outras malformações associadas. Agora, o problema é que o prosseguimento gestacional aumenta muito os riscos para as mulheres. Esses são dados da Organização Mundial da Saúde em um estudo feito em 2005, muito bem estruturado.

[...]

Aí estão as repercussões para a vida da mulher que é forçada a prosseguir a gestação: aumento da morbidade; aumento dos riscos durante a gestação; aumento dos riscos obstétricos no parto e no pós-parto e consequências psicológicas severas. São dados da Organização Mundial da Saúde e do Comitê da Associação de Ginecologia e Obstetrícia Americana.⁸⁶

5.4.2 O direito à autonomia reprodutiva

O direito à autonomia reprodutiva consiste no direito de homens e mulheres decidirem se e quando desejam reproduzir-se. A Constituição Federal garante inclusive que o planejamento familiar é livre decisão do casal.

CF

Art. 226.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁸⁵ LIMA, Carolina Alves de Souza. *op. cit.*, p. 114.

⁸⁶ Trecho da Audiência Pública realizada em 28 de agosto de 2008 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_28808.pdf>. Acessado em 10 de maio de 2012.

O direito à autonomia reprodutiva baseia-se no princípio da dignidade da pessoa humana e engloba também o respeito à liberdade da mulher e o direito ao próprio corpo. Quando se constata a gravidez de um feto anencefálico, tanto a decisão de manutenção da gravidez quanto a de abortamento acarretam enorme sofrimento à gestante. Porém, maior seria o sofrimento psíquico caso não fosse dado à mulher o direito de escolha. Se a gestante entende que deve manter a gravidez, embora tenha ciência de que carrega um feto cuja expectativa de sobrevivência é nenhuma, essa decisão lhe traz um pequeno conforto, ante todo o sofrimento experimentado. Se, ao contrário, entende pela não manutenção da gestação, tendo-se em vista a agressão à sua própria saúde e inviabilidade da vida do filho que carrega, tal decisão também lhe conforta. Sofrimento maior não pode experimentar uma mulher que tem em seu ventre um feto com malformação fetal letal e lhe é negada a sua autonomia, seja na decisão de prosseguir ou de parar a gestação.

Carolina Alves de Souza Lima ensina com maestria que:

A concretização dos direitos fundamentais é a concretização da própria dignidade da pessoa humana. Em cada direito fundamental faz-se presente um conteúdo ou, ao menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. O não-reconhecimento dos direitos fundamentais à pessoa humana representa a negação da própria dignidade. Por isso, o princípio da dignidade da pessoa humana expressa um valor informador de toda a ordem jurídica.

O respeito ao princípio está, outrossim, diretamente ligado ao respeito à autonomia pessoal, ou seja, a liberdade que o ser humano tem de, ao menos potencialmente, conduzir sua própria existência e ser respeitado como sujeito de direitos. Segundo Kant: "*Autonomia é pois fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional*". Por isso, o direito de decidir de forma autônoma sobre sua vida, seus projetos existenciais, seus anseios e seus caminhos representa o respeito à dignidade da pessoa humana.

No entanto, cabe ressaltar que, no Estado Democrático de Direito brasileiro, o direito à liberdade e, em especial, à liberdade de autonomia reprodutiva, é exercido segundo parâmetros traçados pela Constituição. A existência de limites e parâmetros é fundamental para a construção de uma ordem democrática. Por isso, se, por um lado, o aborto livre não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito brasileiro, por outro, os valores éticos e humanitários incorporados pela Constituição de 1988 não legitimam submeter à mulher uma gestação indesejada de anencefalo, por configurar ofensa a seu direito à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva.⁸⁷

⁸⁷ LIMA, Carolina Alves de Souza. *op. cit.* p. 129.

6 ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 54

O presente capítulo tem a pretensão de abordar o processo e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, que tramitou no Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio Mello.

Inicialmente, serão abordadas as generalidades das arguições de descumprimento de preceito fundamental – previsão constitucional, a lei regulamentadora (Lei nº 9.882/99) do remédio constitucional, competência, legitimação ativa, hipóteses de cabimento, o caráter subsidiário e os efeitos da decisão judicial proferida em sede de arguição de descumprimento.

Em momento posterior, será analisada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, com enfoque para as teses defendidas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), entidade sindical impetrante do remédio constitucional, para o Parecer do ex-Procurador Geral da República Cláudio Fonteles, para o voto do ministro Marco Aurélio Mello em sede liminar e para o julgamento definitivo da ação constitucional, ocorrido em 11 de abril de 2012.

6.1 A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) na jurisdição constitucional brasileira

Para que haja uma melhor compreensão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, será iniciado o presente subtópico abordando-se os aspectos gerais das arguições de descumprimento de preceito fundamental, no que tange à sua previsão constitucional e à sua regulamentação por meio da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

6.1.1 A previsão constitucional e a Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999

A Constituição Federal prevê, em seu art. 102, § 1º, a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar ato que atente contra preceito fundamental decorrente da Lei Maior.

O mencionado dispositivo constitucional diz respeito a uma norma de eficácia limitada, a ensejar a edição de lei regulamentadora que determine a forma pela qual se dará a apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A regulamentação necessária sobreveio com a edição, pelo Congresso Nacional, da Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que previu o processo e julgamento da espécie de modelo concentrado de controle de constitucionalidade em debate.

O legislador ordinário, nos termos do art. 102, §1º, da Constituição Federal, fixou a competência para processamento e julgamento da espécie, a legitimação ativa, as hipóteses de cabimento, o rito processual e a subsidiariedade da ADPF.

6.1.2 Competência e legitimação ativa

A competência para apreciação de ato ou de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal que atente contra preceito fundamental decorrente da Constituição Federal é atribuída, nos termos no art. 102, § 1º, da Lei Maior, ao Supremo Tribunal Federal.

Quanto à legitimação ativa para a propositura da ADPF, não há, na Constituição Federal, qualquer previsão acerca do assunto, razão por que a doutrina majoritária defendia, até a edição da Lei 9.882/1999, a possibilidade da utilização da ADPF como meio de tutela dos direitos e garantias dos indivíduos em geral.⁸⁸

A Lei 9.882/1999, que regulamentou o art. 102, § 1º, da Constituição Federal, trouxe o rol de legitimados para a propositura da ação constitucional em análise.

Na versão aprovada pelo Congresso Nacional do referido dispositivo legal, havia a previsão de dois legitimados ativos para a propositura da ADPF. O art. 2º, inciso I, da referida lei admitia que os mesmos legitimados para ação direta de inconstitucionalidade poderiam propor a ADPF, enquanto o inciso II do mencionado artigo atribuía legitimidade processual aos indivíduos em geral.⁸⁹

Através da Mensagem n.º 1.807, de 3 de dezembro de 1999, o Chefe do Poder Executivo procedeu ao veto do inciso II do art. 2º da Lei n.º 9.882/1999.⁹⁰ Com isso, o rol

⁸⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 883.

⁸⁹ A antiga redação do art. 2º da Lei n.º 9.882/1999 possuía o seguinte teor:
 “Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:
 I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;
 II – qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.”

⁹⁰ Razões do veto presidencial ao inciso II do art. 2º da Lei n.º 9.882/1999: “A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais - modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal,

dos legitimados para a propositura da ADPF restringiu-se às pessoas, órgãos e entidades previstos no art. 103, incisos I a IX, da Constituição Federal.

Nessa esteira, nos termos do art. 103, incisos I a IX, apresentam legitimação ativa para a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

6.1.3 Hipóteses de cabimento

Acerca do objeto da ADPF, o art. 1º da Lei 9.882/1999 dispõe, *in verbis*, que:

CF

Art. 1º A arguição 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.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Da leitura do mencionado dispositivo, identificamos 2 (duas) hipóteses de cabimento do *writ* constitucional em análise.

No art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/1999, encontra-se prevista a hipótese de propositura da referida ação em face de ato praticado (ou na iminência de ser praticado) pelo Poder Público que atente contra preceito constitucional fundamental. Importante ressaltar,

sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade - sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso - torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.”

nessa hipótese, a possibilidade de propositura da ação constitucional em face de omissões do Poder Público que atentem contra preceito fundamental decorrente da Constituição.

Nesse sentido, trazemos à colação os ensinamentos de André Ramos Tavares:

Há de se admitir esse posicionamento já que, dentre outros motivos, o descumprimento poderá advir tanto da ação quanto da omissão perpetrada pelo Poder Público [...] Ademais, a Constituição Federal pretendeu, inequivocamente, garantir-se contra eventual relutância do legislador. Trata-se de premissa que há de ser necessariamente considerada no enfrentamento da presente problemática.⁹¹

Acerca da natureza dos atos, praticados pelo Poder Público, suscetíveis de impugnação por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo lecionam que:

[...] deve-se atentar que a ADPF, na hipótese prevista no *caput* do art. 1º da Lei n.º 9.882/1999 (“evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”), não se restringe à impugnação de atos normativos, mas abrange, também, quaisquer atos não normativos (atos concretos, atos de execução, atos materiais) do Poder Público, desde que, deles, resulte lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição.⁹²

A ADPF constitui-se, desse modo, em ação competente para impugnar qualquer ato suscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é firme nesse sentido.⁹³

⁹¹ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional brasileiro concretizado**. São Paulo: Método, 2006, p.214.

⁹² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *op. cit.*, p. 877.

⁹³ EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. 3. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal. 4. Arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de defesa da Constituição, em controle concentrado. 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: distinção da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. 6. O objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental há de ser "ato do Poder Público" federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial "quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição". 7. Na espécie, a inicial aponta como descumprido, por ato do Poder Executivo municipal do Rio de Janeiro, o preceito fundamental da "separação de poderes", previsto no art. 2º da Lei Magna da República de 1988. O ato do indicado Poder Executivo municipal é veto apostado a dispositivo constante de projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro, relativo ao IPTU. 8. No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. 9. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo - que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, - no conceito de "ato do Poder Público", para os fins do art. 1º, da Lei nº 9882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. 10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado. (ADPF 1 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2000, DJ 07-11-2003 PP-00082 EMENT VOL-02131-01 PP-00001).

Ainda sobre a hipótese de cabimento da ADPF prevista no art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/1999, é importante salientar que a impugnação poderá estender-se a atos praticados por particulares no exercício de serviços públicos, desde que tais condutas atentem contra preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A segunda hipótese de cabimento da ação constitucional em análise está prevista no art. 1º, inciso I, da Lei 9.882/1999 e refere-se à possibilidade de impugnação da validade de leis e atos normativos federais, estaduais e municipais, com inclusão dos dispositivos editados antes do advento da Constituição Federal de 1988. Tal impugnação está condicionada à demonstração de existência de controvérsia constitucional na aplicação de tais dispositivos.

Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes leciona:

O parágrafo único do art. 1º explicita que caberá também a arguição de descumprimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (leis pré-constitucionais).

Vê-se, assim, que a arguição de descumprimento poderá ser utilizada para solver controvérsias constitucionais do direito federal, do direito estadual e também do direito municipal.

Tal como já observado, a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) poderão ser objeto de exame do novo procedimento.⁹⁴

Até o advento da Lei n.º 9.882/1999, as controvérsias constitucionais acerca do direito municipal somente chegavam ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal por meio de recursos extraordinários. Não existia, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer dispositivo legal que autorizasse a apreciação de controvérsia sobre lei ou ato normativo municipal diretamente pela Corte Suprema. Com a edição da lei regulamentadora da ADPF, restou expressamente prevista a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito municipal em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Contrário à hipótese prevista no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei n.º 9.882/99, Alexandre de Moraes argumenta que:

Essa hipótese de arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no parágrafo único do art. 1º, da Lei n.º 9.882/99, distanciou-se do texto constitucional, uma vez que o legislador ordinário, por equiparação legal, também considerou como descumprimento de preceito fundamental qualquer controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

⁹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1324.

O texto constitucional é muito claro quando autoriza à lei o estabelecimento, exclusivamente da forma pela qual o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser argüido perante o STF. Não há qualquer autorização constitucional para uma ampliação das competências do STF.⁹⁵

6.1.4 O caráter subsidiário

O art. 4º, parágrafo 1º, da Lei n.º 9.882/1999 dispõe que:

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Vê-se que está previsto, no citado dispositivo, o caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Com efeito, a ADPF, conforme previu o legislador ordinário, apresenta-se como ação constitucional de caráter excepcional, residual, cabível tão somente quando outro meio processual restar inócuo para o amplo atendimento dos fins previstos no art. 1º da Lei n.º 9.882/1999.⁹⁶

Acerca da subsidiariedade da ADPF, é importante ressaltar que o STF somente tem decidido pelo não cabimento da arguição de descumprimento nos casos em que outras ações de controle abstrato apresentem-se aptas ao afastamento da lesividade, demonstrando não estar interpretando o art. 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/1999 com excessivo rigor.

Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes adverte que:

À primeira vista poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

[...]

Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão –, contido no § 1º do art. 4º da Lei n.º 9.882/99, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), meio eficaz de sanar de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.⁹⁷

Em idêntico raciocínio, o Ministro Celso de Mello, na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 17:

⁹⁵ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2537-2538.

⁹⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *op. cit.*, p. 881.

⁹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1317-1318.

A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir – impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental – revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse *writ* constitucional.⁹⁸

Vê-se, pois, que a interpretação literal do dispositivo que prevê a subsidiariedade da ADPF mostra-se insuficiente, conduzindo a uma configuração subalterna, desprivilegiada do referido instituto, que não se coaduna com a vontade do legislador constituinte.

6.1.5 Alcance da expressão “preceito fundamental decorrente da Constituição”

Constitui-se em tarefa difícil a identificação dos preceitos fundamentais decorrentes da ordem constitucional cuja lesão seja passível de tutela por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁹⁹

Ao legislador ordinário não incumbiu a tarefa de enumeração dos chamados “preceitos fundamentais decorrentes da Constituição”, razão por que compete ao Supremo Tribunal Federal identificar, no caso concreto, a existência ou não de preceito fundamental cuja lesão mereça ser reparada por meio da ADPF.

André Ramos Tavares justifica a fuga do legislador ordinário à conceituação da expressão “preceito fundamental decorrente da Constituição”:

É que, não tendo a Constituição apontado quais os preceitos fundamentais, foi prudente não ter o legislador elencado tais preceitos, sob pena de incidir em inconstitucionalidade, exacerbando ou amesquinhando os contornos constitucionais, ou ainda, na melhor das hipóteses, incidindo na indesejável redundância, apenas repetindo aquilo que realmente há de ter tido como fundamental e que, por esse motivo, já consta da Constituição.¹⁰⁰

A utilização do termo “preceito” identifica a vontade do constituinte originário de englobar, nas hipóteses de propositura da ADPF, qualquer norma que possa ser caracterizada como fundamental, não restringindo a propositura da arguição de descumprimento somente aos casos de lesão a princípios fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal.¹⁰¹

Acerca da temática, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo advertem que:

⁹⁸ ADPF 17, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 28.09.01, p. 64.

⁹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.*, p. 1333.

¹⁰⁰ TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p.225.

¹⁰¹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 879.

Outro ponto relevante assinalado pela doutrina em geral diz respeito ao fato de o texto constitucional mencionar “preceito fundamental, decorrente desta Constituição”, o que estaria a denotar que não é necessário que se trate de um norma expressa, estando protegidas pela ADPF também as normas implícitas fundamentais que se possam inferir da Carta Política como um todo.¹⁰²

Consoante as lições de André Ramos Tavares¹⁰³, “deve ser considerado fundamental o preceito quando o mesmo apresentar-se como imprescindível, basilar, no contexto (sistema) constitucional”. E, conclui, “o fundamental, portanto, apresenta conotação daquilo sem o que não há nem como identificar uma Constituição como uma realidade distinta da de suas congêneres”.

6.1.6. Efeitos da decisão proferida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental

Questão de grande relevância é a de perquirir o alcance da decisão proferida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A matéria encontra-se prevista nos artigos 10 a 13 da Lei nº 9.882/99. Vejamos:

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecurável, não podendo ser objeto de ação rescisória.

É pacífico na doutrina que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental tem, em regra, efeito *erga omnes* (geral, contra todos), retroativo (*ex tunc*) e vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

¹⁰² *Idem, Ibidem*, p. 879.

¹⁰³ TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 225-226.

Com efeito, a eficácia geral da sentença proferida em sede de ADPF, bem como o efeito vinculante da referida decisão judicial em relação aos órgãos do Poder Público, excetuando-se o Poder Legislativo, encontram-se expressamente previstos no parágrafo 3º, do art. 10, da Lei 9.882/99.

No que tange ao aspecto temporal, a regra, consoante já mencionado, é de que a sentença proferida em arguição de descumprimento de preceito fundamental produza efeitos retroativos (*ex tunc*), atingindo relações jurídicas já consumadas no passado. A exceção a essa regra está prevista no art. 11 da Lei nº 9.882/99, o qual prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por motivos de segurança jurídica ou de interesse social, fixar efeito diverso do retroativo ou estatuir momento diverso para a eficácia da sentença. A hipótese facultativa prevista no art. 11 da Lei nº 9.882/99 requer, no entanto, aprovação por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se, ademais, que a sentença que decide pela procedência ou improcedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo constituir-se em objeto de ação rescisória.

6.2 Considerações gerais acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54

Em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), entidade sindical de terceiro grau do sistema confederativo, ajuizou, com fulcro no art. 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal, e no art. 1º e seguintes da Lei nº 9.882/99, arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), pleiteando que o Supremo Tribunal Federal (STF) procedesse à interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40) e, em ato contínuo, reconhecesse pela não incidência de tais dispositivos do *Codex* Penal aos casos de aborto de fetos anencefálicos.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 apontou como preceitos fundamentais vulnerados o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, IV, da Constituição Federal, os princípios da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, previstos no art. 5º, II, da CF, e o direito à saúde, elencado nos arts. 6º, *caput*, e 196, da Constituição Federal. O complexo normativo representado pelos arts. 124, 126, *caput*, e

128, I e II, do Código Penal foi indicado, pela CNTS, como o ato do Poder Público causador da vulnerabilidade dos princípios mencionados.

A pretensão da CNTS, com o ajuizamento da ADPF nº 54, era o reconhecimento do direito subjetivo da gestante à submissão ao procedimento de aborto, no caso de diagnóstico de feto portador de anencefalia.

Quanto à legitimação ativa, a ADPF nº 54 fundamentou-se no art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, o qual, conforme já restou demonstrado, prevê que poderão impetrar arguição de descumprimento de preceito fundamental os mesmos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. No art. 103, I, da CF, que prevê os legitimados para a propositura da ADI, encontram-se as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, categoria na qual se enquadra a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS).

No que concerne ao cabimento, a ADPF nº 54 foi proposta com fundamento no art. 1º da Lei 9.882/99, constituindo-se em arguição incidental e de natureza autônoma.

Além do pedido principal, qual seja o da interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, para reconhecer a possibilidade de interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo, a CNTS, por meio de seu advogado Luís Roberto Barroso, formulou, ainda, pedido cautelar e pedido alternativo.

Assim, pretendeu a CNTS, sob a alegação de configuração dos requisitos *fumus boni iuris e periculum in mora*, a concessão de medida liminar para suspender os efeitos das decisões judiciais relativas ao objeto discutido na ADPF nº 54 e, ainda, para reconhecer o direito da gestante, diante de diagnóstico de feto anencefálico, de submeter-se ao procedimento de interrupção da gravidez.

Como pedido alternativo, a confederação sindical pleiteou, na hipótese de entendimento do STF pelo descabimento da arguição de descumprimento fundamental, o recebimento da demanda como ação direta de inconstitucionalidade.

6.3 As teses defendidas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) na ADPF n.º 54

Para fundamentar a pretensão formulada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), por meio de seu advogado Luís Roberto Barroso, sustentou, em síntese, que: a) a anencefalia é doença congênita incompatível com a vida extrauterina, mostrando-se fatal em 100% das

ocorrências; b) não há nada que a Medicina possa fazer em relação ao feto anencefálico; c) a gravidez de feto anencefálico confere maior risco de morte à gestante do que uma gravidez normal; c) no caso de gravidez de feto anencefálico, a antecipação terapêutica do parto não constitui crime de aborto, tendo em vista que o delito de aborto tipificado no Código Penal pressupõe a potencialidade de vida extrauterina do produto da concepção, a qual não existe no feto anencefálico; d) em face da ausência de potencialidade de vida extrauterina do feto anencefálico, a discussão jurídica acerca da interrupção terapêutica da gravidez no caso de anencefalia deve voltar sua atenção ao estado da gestante; e) importa em atentado à dignidade humana da mulher obrigá-la a carregar por nove meses feto totalmente inviável; f) trata-se de verdadeira tortura psicológica impor à mulher a continuidade de uma gravidez de feto anencefálico; g) a antecipação terapêutica do parto no caso de anencefalia não se encontra vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro; e h) a antecipação terapêutica do parto mostra-se como o único meio capaz de reduzir o risco de morte e a dor física e psíquica da gestante; impedi-la, pois, importa em violação ao direito de saúde da mulher.

6.4 O voto do ministro Marco Aurélio em sede liminar

Em 1º de julho de 2004, o ministro Marco Aurélio Mello, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, em análise ao pleito liminar da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, proferiu decisão monocrática favorável à impetrante.

A concessão de liminar em decisão monocrática deu-se em virtude da impossibilidade de submissão do pleito ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista as férias coletivas de julho de 2004, coadunando-se com a hipótese prevista no art. 5º, parágrafo 1º, da Lei 9.882/99.

Entendeu o ministro Marco Aurélio Mello, para a concessão do pleito liminar formulado pela impetrante, estarem configurados os requisitos autorizadores da concessão da liminar pretendida – o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo na demora).

Trazemos à colação trechos da aludida decisão monocrática:

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro 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.

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.

[...]

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.¹⁰⁴

A referida decisão monocrática liminar foi submetida ao Pleno do Supremo Tribunal Federal em sessões de julgamentos ocorridas em 2 de agosto de 2004, 20 de outubro de 2004 e 27 de abril de 2005. A apreciação da cautelar pelos ministros do STF resultou na revogação da medida, no que se refere à autorização da interrupção da gravidez de feto anencefálico, ficando mantida a suspensão dos processos e das decisões não transitadas em julgado relativas à matéria.

6.5 O parecer do ex-Procurador Geral da República Cláudio Fonteles

A Procuradoria Geral da República, por intermédio do ex-Procurador Geral da República Cláudio Fonteles, apresentou parecer desfavorável ao pleito formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) na Arguição de Descumprimento em análise.

Defendeu o ex-Procurador Geral da República que os dispositivos apresentados pela impetrante – arts. 124 e 126 do Código Penal – não ensejam a interpretação conforme,

¹⁰⁴ Trechos da decisão liminar proferida pelo ministro Marco Aurélio Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acessado em 20 de abril de 2012.

posto que se bastam em seus enunciados, e que a compreensão do art. 128 do *Codex Penal* deve ser limitada às hipóteses de aborto terapêutico (risco de morte da gestante) e aborto sentimental (gravidez resultante de estupro). Vejamos trecho do Parecer:

14. Tudo assim posto, os textos normativos, apresentados pela autora, ensejam a **interpretação conforme?**
15. **Por certo que não!**
16. Os **artigos 124 e 126** tipificam, criminalmente, o aborto provocado pela gestante, ou com seu consentimento (**124**) e o aborto provocado por terceiro (**126**).
17. **Bastam-se no que enunciam, e como estritamente enunciam.**
18. **Aliás**, injurídico, data venia, manusear-se com a interpretação conforme a dizer-se que **na definição dos tipos penais incriminadores**, não seja criminalizada tal situação.
19. No caso em estudo, **há norma específica**, a propósito, a do **artigo 128** e é para ela que há de se voltar o tema da interpretação conforme.
[...]
20. Portanto, os artigos 124 e 126 **passam muito ao largo da interpretação conforme.**
21. **O artigo 128 não a alberga, outrossim.**
22. As situações extintivas da antijuridicidade, que enuncia, apresentam "**o sentido inequívoco que a lei enquanto tal apresenta**", para que sejam rememoradas as palavras de Rui Medeiros (**item 9**, deste parecer), **sentido inequívoco e preciso, que se completa**, e legaliza o aborto:
 - a) para que **a mãe não morra (aborto terapêutico)**
 - b) se a mãe, vítima de estupro, consente no aborto (**aborto sentimental**)
23. A situação de anencefalia não se coaduna, por óbvio, nessas situações.
24. O feto anencéfalo não causa a morte da mãe. Afasta-o a própria petição inicial.
25. Se causasse tal situação, ter-se-ia diante o aborto terapêutico.
26. Quanto ao aborto sentimental não há discrepância na abalizada doutrina penal de que sua compreensão **é limitadíssima** à hipótese que enuncia: gravidez resultante de estupro.¹⁰⁵

No mérito, o ex-Procurador Geral da República sustentou a primazia do direito à vida e a garantia da inviolabilidade de tal direito desde a concepção, independentemente do tempo de existência do ser humano.

29. Passo a outra linha de argumentação, e sustento que a vingar a tese do autor, sacrificado está o direito à vida.
30. Com efeito, está no **caput**, do **artigo 5º**, da Constituição Federal, que abre o Título alusivo aos "Direitos e Garantias Fundamentais, **verbis**:
"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...**" (grifei)
31. Portanto o **direito à vida é posto como marco primeiro**, no espaço dos direitos fundamentais.
[...]
35. Ora, o **artigo 2º** de nosso Código Civil, **justo por não obscurecer esta realidade da vida que se forma** no ventre materno, é textual, **verbis**:
"Artigo 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei **põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**". (grifei)

¹⁰⁵ Trecho do Parecer do ex-Procurador Geral da República Cláudio Fonteles na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em <<http://www.domluizbergonzini.com.br/2012/01/anencefalia-adpf-54-parecer-do.html>>. Acessado em 22 de abril de 2012.

36. O **artigo 4.1** da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é, igualmente textual, **verbis**:

"Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, no geral, **a partir do momento da concepção** (grifei)

37. A Convenção sobre os Direitos da Criança, no seu **artigo 1º**, reconhece **o direito intrínseco à vida** que tem todo ser humano concebido. O Preâmbulo desta Convenção **é claro, verbis**:

"a criança por falta da maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidado especiais, aí incluída a proteção legal, **tanto antes**, como depois, **do nascimento**."

38. Portanto, **os diplomas legais**, tanto do direito interno, quanto internacional, **estabelecem que vida há, desde a concepção**.

[...]

41. O bebê anencéfalo, **por certo nascerá**.

42. **Pode viver segundos, minutos, horas, dias, e até meses. Isto é inquestionável!**

43. 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?**

44. **Por certo que não!**¹⁰⁶

6.6 O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) N° 54

Em sessões de julgamento ocorridas nos dias 11 e 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 54, sendo declarada a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, I e II, do Código Penal.

Votaram pela procedência da arguição de descumprimento os ministros Marco Aurélio Mello, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, e manifestaram parecer contrário ao pedido formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) os ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. O ministro Dias Toffoli declarou-se impedido de participar do julgamento da arguição de descumprimento, em face de ter participado do processo como advogado-geral da União e de ter manifestado, na ocasião, parecer favorável à procedência da ação constitucional.

O julgamento da arguição de descumprimento pautou-se na análise da colisão de direitos fundamentais existente no caso de aborto de anencéfalo e na própria inadequação da interrupção da gestação em caso de anencefalia como aborto, tendo em vista a inviabilidade e a ausência de potencialidade de vida do feto anencefálico.

¹⁰⁶ Trecho do Parecer do ex-Procurador Geral da República Cláudio Fonteles na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 54. Disponível em <<http://www.domluizbergonzini.com.br/2012/01/anencefalia-adpf-54-parecer-do.html>>. Acessado em 22 de abril de 2012.

O presente trabalho analisará os votos proferidos pelos ministros Marco Aurélio Mello, relator da ADPF nº 54, e Ricardo Lewandowski.

6.6.1 Voto do ministro Marco Aurélio Mello

No início do seu voto, o ministro Marco Aurélio Mello apresentou dois dados importantes relacionados ao objeto discutido na ADPF nº 54: o Poder Judiciário Brasileiro formulou, até o ano de 2005, mais de 3 mil autorizações para a interrupção da gestação de feto que manifeste anomalia incompatível com a vida extrauterina, e o Brasil, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, apresenta-se como o quarto país do Mundo em casos de anencefalia.

Em sequência, o ministro delimitou o objeto a ser analisado na arguição de descumprimento, enfatizando que “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 (Decreto-Lei nº 2.848/40) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez em caso de anencefalia, previamente diagnosticada por profissional habilitado” e que “mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo analisará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto”¹⁰⁷

Afirmou Marco Aurélio ser o anencéfalo um natimorto, sem qualquer potencialidade de vida, e que a anencefalia é uma malformação incompatível com a vida extrauterina. Enfatizou, também, que não há que se falar em aborto eugênico no caso de interrupção da gestação de feto anencefálico.

Para o ministro Marco Aurélio, não há qualquer direito à vida a ser resguardado no caso de interrupção da gestação de feto anencéfalo, posto que este não apresenta qualquer potencialidade ou viabilidade de vida. Não há, pois, conflito real de direitos fundamentais – direitos da mulher gestante *versus* direitos do ser humano em formação, mas tão somente conflito aparente.

Defendeu, em seu voto, que o Direito Penal, ao tipificar o aborto, visa à proteção da vida humana intrauterina, não existente em potencialidade no anencéfalo, razão por que não há que se falar em aborto em casos de anencefalia, mas tão somente em antecipação terapêutica do parto.

¹⁰⁷ Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio Mello no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf> >. Acessado em 30 de abril de 2012.

Para o ministro, não há hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos fundamentais, tanto é que o Código Penal previu o aborto humanitário como causa excludente de ilicitude, revelando a priorização dos direitos da mulher violentada sobre o direito à vida do feto.

Asseverou que a gravidez de feto anencefálico causa mais riscos de morte à gestante do que uma gravidez normal, importando em graves prejuízos à saúde física e psíquica da mulher, que não deve estar obrigada a manter tal sofrimento por 9 (nove) meses.

Finalmente, afirmando não poder merecer maior proteção a vida inviável do feto anencefálico do que os direitos básicos da mulher gestante, votou o ministro Marco Aurélio Mello pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, “para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal Brasileiro”.¹⁰⁸

6.6.2 Voto do ministro Ricardo Lewandowski

O ministro Ricardo Lewandowski votou pela improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, argumentando que “a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto dito terapêutico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe 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”.¹⁰⁹

Asseverou o ministro que o Congresso Nacional, legítimo representante da vontade soberana do povo, não previu, entre as causas de exclusão de ilicitude, o aborto praticado em casos de anencefalia, demonstrando, pois, não ter interesse na inclusão de tal hipótese no rol taxativo do art. 128 do Código Penal.

¹⁰⁸ Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio Mello no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acessado em 30 de abril de 2012.

¹⁰⁹ Trecho do voto do ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em <<http://www.abortoemdebate.com.br/arquivos/votoRL.pdf>>. Acessado em 30 de abril de 2012.

Defendeu, também, que a interpretação conforme a Constituição, não obstante seja legítima, não pode afrontar disposição literal de lei nem contrariar ou substituir a vontade do legislador.

Para o ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal apresenta função de legislador negativo, retirando do ordenamento jurídico as normas contrárias à Constituição Federal; qualquer excesso em tal função por parte do STF traz como consequência a ameaça ao princípio da separação dos Poderes, consagrado em nossa Lei Maior (art. 2º, CF)

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.¹¹⁰

Defendeu, ainda, que uma decisão judicial que eximisse de sanção o aborto de fetos anencefálicos implicaria em ter que reconhecer futuramente a interrupção de gestação de diversos outros casos de fetos acometidos de doenças que diminuem a expectativa de vida intra ou extrauterina.

Apresentou vários diplomas infraconstitucionais que conferem proteção à vida intrauterina e discorreu acerca dos projetos de lei que versam sobre o aborto de fetos portadores de anencefalia em trâmite no Congresso Nacional.

Afirmando não possuir o Supremo Tribunal Federal competência para legislar em abstrato, concluiu pela improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54.

¹¹⁰ Trecho do voto do ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em <<http://www.abortoemdebate.com.br/arquivos/votoRL.pdf>>. Acessado em 30 de abril de 2012.

CONCLUSÃO

A discussão sobre aborto e anencefalia não se encerra com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal. As questões relativas ao tema envolvem o conhecimento médico, que não é estático e encontra na pesquisa o seu motor de propulsão. A anencefalia constitui-se, ainda hoje, em doença congênita letal, entretanto não é a única patologia fetal incurável e determinante da morte ou curta expectativa de vida do nascituro. Existem outras doenças ou deformidades fetais que também levam ao nascimento da criança com enfermidade incurável.

O voto proferido pelo ministro Ricardo Lewandowski, apesar de vencido no julgamento da ADPF, faz a análise segundo a qual a gestação de fetos anencefálicos não foi considerada, pelo legislador brasileiro, como fator excludente de ilicitude, embora pudesse sê-lo, visto que à época da edição do Código Penal Brasileiro, em 1940, a Medicina já tinha condições de levantar tal diagnóstico. Assim, questiona o ministro o porquê de o Congresso Nacional, composto de parlamentares eleitos, legítimos representantes da soberania popular, jamais ter tomado o tema como pauta de discussão, propondo-se a alteração da legislação penal vigente para incluir o aborto de fetos anencefálicos dentro das possibilidades isentas de punição.

É de se ver que a própria sociedade encontra-se dividida com relação à possibilidade de aborto nos casos de anencefalia. Embora o julgamento do STF tenha sido favorável à parte autora, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), isso não impede que uma lei, discutida e votada nas duas casas do Congresso Nacional, modifique todo o panorama. Consoante o ministro Ricardo Lewandowski, consiste o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, em tribunal constituído para a defesa da Lei Maior do Estado, a Constituição. Não tem a Excelsa Corte, formada por magistrados que carecem da legitimação popular, a função legisladora, de criar normas, usurpando a função principal do Poder Legislativo.

O embate entre direitos fundamentais que caracteriza o tema aborto e anencefalia necessita, mais do que nunca, da ação legislativa, no sentido de discutir com profundidade todas as questões pertinentes ao assunto, para que, ao final, seja proclamada uma norma representativa da vontade popular.

A vida humana, não importa como ela for, é o bem jurídico maior, pois sem ela não se exercem os demais direitos. Todos os mecanismos e procedimentos que tiverem como objetivo cerceá-la devem reunir justificativas incessantes, baseadas nas situações previstas

pelo nosso ordenamento jurídico. Há um evidente descompasso nas discussões tendentes a violar o direito fundamental à vida, posto que nossa Lei Maior, bem como outras leis infraconstitucionais, a exemplo do Código Civil de 2002, põe a salvo tal direito.

Os direitos fundamentais em análise neste trabalho, quais sejam o direito à vida do feto anencefálico e o direito à saúde e à autonomia reprodutiva da mulher, representam um conflito bastante delicado, em que o sofrimento está presente sempre, seja na decisão de abortamento, seja na decisão de manutenção da gestação. O fato é que, nesse embate, um dos direitos tem de ceder ao outro, e ambos são imprescindíveis. Por isso, a sociedade, por meio de seus representantes políticos, deve fazer valer a sua vontade, por meio da edição de lei específica sobre o assunto, de modo que a situação seja conformada aos anseios do povo.

O que não se pode permitir é que a vontade soberana do povo brasileiro seja substituída pelas aspirações da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Apesar de legítima para a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, mais ainda o é o povo brasileiro, que deve ser conclamado para discutir assunto tão relevante ao nosso Estado.

REFERÊNCIAS

ADPF 17, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 28.09.01, p. 64. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=17&processo=17> >. Acessado em 25 de abril de 2012.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2010.

Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Disponível em < http://www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade_final.pdf >. Acessado em 12 de maio de 2012.

Audiência Pública realizada em 26 de agosto de 2008 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_26808.pdf >. Acessado em 10 de maio de 2012.

Audiência Pública realizada em 28 de agosto de 2008 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_28808.pdf >. Acessado em 10 de maio de 2012.

Audiência Pública realizada em 16 de setembro de 2008 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_16908.pdf >. Acessado em 10 de maio de 2012.

BACHESCHI, Luiz Alberto; NITRINI, Ricardo (org.). **A neurologia que todo médico deve saber**. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm > . Acessado em 13 de abril de 2012.

CIVIL, Código. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acessado em 26 de abril de 2012.

CUNHA FILHO, José Mariano; FONSECA, Luiz Fernando; PIANETTI, Geraldo; VAL FILHO, José Aloysio da Costa. **Manual de Neurologia Infantil: clínica, cirurgia, exames complementares**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006.

Decisão liminar proferida pelo ministro Marco Aurélio Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acessado em 20 de abril de 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 33. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666>>. Acessado em 14 de maio de 2012.

_____. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MESTIERI, João. **Manual de direito penal** – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. **Embriologia clínica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Direitos fundamentais: conflitos & colisões**. 1. ed. Rio de Janeiro: Frater et Labor, 2000.

MORATO, Eric Grossi. **Morte encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização**. Disponível em < <http://rmmg.medicina.ufmg.br/index.php/rmmg/article/viewFile/164/147>>. Acessado em 12 de maio de 2012.

Parecer do ex-Procurador Geral da República Cláudio Fonteles na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em < <http://www.domluzbergonzini.com.br/2012/01/anencefalia-adpf-54-parecer-do.html>>. Acessado em 22 de abril de 2012.

PENAL, Código. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acessado em 25 de abril de 2012.

PEREIRA, Michelle Zano; SANTOS, Leonor Maria Pacheco. **Efeito da fortificação com ácido fólico na redução dos defeitos do tubo neural**. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n1/02.pdf> >. Acessado em 12 de maio de 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional brasileiro concretizado**. São Paulo: Método, 2006.

Voto do Ministro Marco Aurélio Mello no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf> >. Acessado em 30 de abril de 2012.

Voto do ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em < <http://www.abortoemdebate.com.br/arquivos/votoRL.pdf>>. Acessado em 30 de abril de 2012.