

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

CARLOS HENRIQUE DE MOURA CHAVES FILHO

**O ABORTO ANALISADO NA PERSPECTIVA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO
DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54 - ADPF Nº54**

RECIFE
2019

CARLOS HENRIQUE DE MOURA CHAVES FILHO

**O ABORTO ANALISADO NA PERSPECTIVA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO
DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54 - ADPF Nº54**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução
Cristã como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Renata Cristina Othon Lacerda
Andrade

RECIFE
2019

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Chaves Filho, Carlos Henrique de Moura.
C512a O aborto analisado na perspectiva da Arguição de Descumprimento de
Preceito Fundamental nº 54 – ADPF nº 54 / Carlos Henrique de Moura
Chaves Filho. - Recife, 2019.
65 f.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade
Damas da Instrução Cristã, 2019.
Inclui bibliografia.

1. Aborto. 2. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
nº 54. 3. Direito à vida. I. Andrade, Renata Cristina Othon Lacerda. II.
Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2019.2-367)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

CARLOS HENRIQUE DE MOURA CHAVES FILHO

O ABORTO ANALISADO NA PERSPECTIVA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54 - ADPF Nº54

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a)

Dedico este trabalho primeiramente a Deus. Sem Ele nada seria possível. Dedico também, de modo especial, aos meus pais e minhas irmãs, que sempre estiveram presentes durante toda minha trajetória acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Santíssima Trindade que permitiu que tudo isso acontecesse, sempre me auxiliando, não só nesta monografia, mas em todos os momentos de minha vida.

Agradeço de modo especial e particular a cada membro da minha família, que desde o início da minha caminhada tem me amparado e me auxiliado. Aos meus pais, que me educaram, me apresentaram a Deus e me ensinaram a fé católica, a qual tem sido essencial em minha vida. Agradeço, sobretudo por terem me passado os valores que hoje carrego, e terem sempre confiado em mim, me apoiando o tempo todo, mas também repreendendo quando necessário. Nada seria sem seus ensinamentos. Muito tenho a agradecer às minhas irmãs, que apesar de todas as intrigas e diferenças, da distância e ocupações do dia a dia, nunca saíram do meu lado. O amor que carrego por cada uma de vocês é algo incalculável. Louvo a Deus por ter tido a graça de ter vocês como meus companheiros. Hoje, ao me olhar no espelho, enxergo em mim um pedacinho de cada um. Cada um me ensinou algo, me ajudou nessa jornada e, portanto, essa vitória não é somente minha, mas de cada um de nós. Quem tem uma família tem tudo, e graças a Deus eu tenho vocês.

Teço um especial agradecimento a minha namorada Maria Clara Cutrim, que me amparou e me acompanhou nas dificuldades encontradas na trajetória deste trabalho de conclusão de curso.

Aos meus amigos e parentes que também me auxiliaram, seja me acolhendo nos momentos difíceis, seja orientando nos rumos a serem tomados neste trabalho de conclusão de curso.

Muito tenho a agradecer à minha professora orientadora Renata Andrade, que além de me acolher como seu orientando, sempre se mostrou à disposição para me ajudar e me nortear.

De igual modo, não poderia deixar de agradecer ao professor de Orientação Monográfica Ricardo Silva, que me auxiliou nos diversos momentos em que tive dificuldade para adequar minha monografia à formatação exigida.

Por fim, agradeço à professora Silvia Cristina, que mesmo sem saber, me inspirou a fazer este trabalho, graças à sua disciplina de hermenêutica jurídica despertei meu interesse pelo tema.

Senhor, dai-me força para mudar o que pode ser mudado...

Resignação para aceitar o que não pode ser mudado...

E sabedoria para distinguir uma coisa da outra. –
São Francisco de Assis.

RESUMO

O intuito deste trabalho é analisar a perspectiva do aborto sob os aspectos das diferentes correntes acerca do início da vida, sobretudo ao se observar os votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na ocasião da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, a qual tratou da possibilidade de realização de aborto em casos de anencefalia. Inicialmente, analisa-se a origem etimológica da palavra aborto, faz-se um breve paralelo deste tipo penal com o homicídio, traça-se um breve relato histórico do aborto no Brasil, bem como se analisa as diferentes correntes a respeito da definição e início da vida, quais sejam as correntes da fecundação, da nidação, da gastrulação e a corrente neurológica, e se traz à tona aspectos gerais sobre a vida juridicamente tutelada. Em seguida, traçam-se breves comentários acerca da vida juridicamente tutelada, explica-se no que consiste a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, bem como o que especificamente foi debatido através da ADPF nº 54, com um enfoque maior na tentativa da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil para figurar como *amicus curiae*, e no que foi discutido em sede da audiência pública realizada sobre o tema “anencefalia” em 2008. Por fim, analisam-se os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, demonstrando a impossibilidade da descriminalização do aborto ante a imprecisão técnica acerca do exato momento de início da vida, bem como haver um dissenso sobre quando a vida deveria ser tutelada juridicamente.

Palavras-chave: Aborto, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Direito à vida.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the perspective of abortion under the aspects of different currents regarding the beginning of life, especially when observing the votes cast by the ministers of Brazil's Supreme Court on the occasion of the "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54", which dealt with the possibility of performing abortion in anencephaly's cases. Initially, this document analyzes the etymology of the word abortion, shows its similarity with murder, portrays a brief historical report of abortion in Brazil, as well as analyzes the different currents around its definition and the beginning of life, which encompasses the currents of fertilization, nidation, gastrulation, and neurological, and brings general aspects about life legally protected. Thereafter, brief comments about the legally protected life are outlined, it is explained the "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental," as well as what was specifically discussed through ADPF No. 54, with a great focus on the attempt of the National Conference of Bishops of Brazil to figure as *amicus curiae* and what was discussed in the public hearing held on the theme "anencephaly" in 2008. Finally, it analyzes the votes of the ministers of Brazil's Supreme Court at the time of the trial of the "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54", demonstrating the impossibility of decriminalization of abortion given the technical inaccuracy about the exact moment of the beginning of life, as well as the disagreement about when life should be protected legally.

Keywords: Abortion, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Right to life.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	NOÇÕES PROPEDEÚTICAS ACERCA DO ÍNICIO DA VIDA	11
2.1	Conceituação do aborto.....	11
2.2	O aborto e o homicídio no Código Penal Brasileiro	12
2.3	Visão histórica	13
2.4	Onde começa a vida?	16
3	ENTENDENDO A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54 – ADPF Nº54.....	21
3.1	Breves comentários acerca da vida juridicamente tutelada	21
3.2	Entendendo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54	23
3.3	A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil como <i>amicus curiae</i> e a relação Estado/religião.....	26
3.4	A audiência pública sobre interrupção de gravidez por anencefalia.....	27
4	ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS NA ADPF Nº 54 – FETOS ANENCÉFALOS ..	32
4.1	Voto do ministro relator Marco Aurélio	32
4.2	Voto da Ministra Rosa Weber.....	35
4.3	Voto do ministro Joaquim Barbosa	38
4.4	Voto do ministro Luiz Fux.....	39
4.5	Voto da ministra Cármen Lúcia.....	41
4.6	Voto do ministro Ricardo Lewandowski	44
4.7	Impedimento do ministro Dias Tofolli	47
4.8	Voto do ministro Ayres Britto	47
4.9	Voto do ministro Gilmar Mendes	49
4.10	Voto do ministro Celso de Mello.....	52
4.11	Voto do ministro Cezar Peluso.....	55
5	CONCLUSÃO.....	60
	REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

O aborto é por si só um tema bastante controverso e digno de ser analisado através de diversos aspectos. Variadas são as discussões a respeito do tema, sobre o qual recai a existência de diversas correntes e estudos acerca do mesmo.

Trata-se de um tema atual e recorrente que eventualmente é trazido à tona, e visivelmente não se consegue chegar a um consenso doutrinário e social, de maneira que se espera que este assunto seja fruto de constantes debates.

Portanto, dúvidas não devem subsistir acerca da importância do entendimento a respeito do aborto e de suas práticas e consequências.

O intuito deste trabalho é analisar a perspectiva do aborto, sob os aspectos das diferentes correntes acerca do início da vida, sobretudo ao se observar os votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na ocasião da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, a qual tratou da possibilidade de realização de aborto em casos de anencefalia.

Deste modo, se busca auxiliar o leitor para que este consiga formar seu próprio entendimento da cerce, respondendo questionamentos recorrentes acerca do assunto, não dando uma resposta pronta, mas conduzindo através da apresentação de diversos pontos de vistas e fatos para que o mesmo ache e consolide seu próprio posicionamento a respeito do mote.

Deve-se descriminalizar o aborto sob o argumento de que o direito de escolha individual prevalece sobre o direito à vida? Compreende-se que o direito à vida prevalece, sobretudo por haver uma imprecisão técnica acerca do exato momento de início da vida, bem como haver um dissenso a respeito de a partir de qual momento a vida deveria ser tutelada juridicamente.

O presente trabalho tem como objetivo geral demonstrar a impossibilidade da descriminalização do aborto ante a imprecisão técnica acerca do exato momento de início da vida. Busca-se especificamente: analisar as diferentes correntes acerca da definição e início da vida; entender a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54; e, analisar os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 sob o escopo das diferentes correntes acerca do início da vida.

Trata-se de uma pesquisa descritiva, com a utilização do método dedutivo. Deste modo, ao longo do presente trabalho, se busca a realização de um estudo detalhado sobre o

aborto, com análise e interpretação dos votos dos ministros do STF na ADPF N° 54 a fim de se buscar um aprofundamento cada vez maior a respeito do tema.

No primeiro capítulo, busca-se apresentar aspectos etimológicos, científicos e constitucionais acerca do início da vida, analisando as diferentes correntes sobre a definição e início da vida.

Dando continuidade, no segundo capítulo busca-se entender a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 54, momento em que se tece breves comentários acerca do instituto jurídico, bem como das peculiaridades do caso.

Por fim, no último capítulo, analisa-se os votos dos ministros do STF ao julgarem a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 54, mostrando as inconsistências de seus votos, bem como demonstrando a impossibilidade de descriminalização do aborto ante a imprecisão técnica e jurídica acerca do momento em que a vida se inicia.

2 NOÇÕES PROPEDEÚTICAS ACERCA DO INÍCIO DA VIDA

No presente capítulo analisa-se a origem etimológica da palavra aborto, faz-se um breve paralelo deste tipo penal com o homicídio, traça-se um breve relato histórico do aborto no Brasil, bem como se analisa as diferentes correntes acerca da definição e início da vida, quais sejam as correntes da fecundação, da nidação, da gastrulação e a corrente neurológica e trazem-se à tona aspectos gerais sobre a vida juridicamente tutelada.

2.1 Conceituação do aborto

Antes de adentrar no cerne do tema em questão, é necessário primeiro esclarecer alguns pontos iniciais, com o intuito de que não haja dúvida a respeito do que é o aborto propriamente dito, e qual a origem etimológica da palavra “aborto”.

A palavra aborto tem origem latina no termo *abortus*, que por sua vez deriva-se da expressão *aboriri* (perecer), onde “ab” significa distanciamento e “oriri” nascer.¹ Portanto se subtende que o aborto consiste na interrupção da gravidez, na remoção ou expulsão prematura de um feto ou de um embrião, matando-os ou sendo provocada pela morte destes.

O que nos leva à necessária explicação acerca da diferença básica entre feto e embrião. Contudo, para isso, é imperioso analisar o período de gestação.

O período de gestação subdivide-se em três partes: período zigótico, período embrionário e período fetal. No chamado período zigótico, o qual ocorre dentro das 24 horas consecutivas à união entre óvulo e espermatozoide, tem-se o zigoto, e é nesta fase que o DNA humano é formado.

O segundo período, chamado de embrionário é o período onde acontece a criação e o desenvolvimento do embrião, como é chamado após 24 horas da fecundação. É nesse período que acontece a fixação do embrião no útero da mãe, chamada de nidação. É a partir dela que começa o rápido desenvolvimento embrionário.

Por fim, após a oitava semana de gestação, o embrião passa a ser chamado de feto, pelo que se inicia o chamado período fetal, onde os órgãos internos já estão desenvolvidos e seus membros em constante processo de formação. Período esse, que dura até o nascimento efetivo do bebê².

¹ KOOGAN, A.; HOUAISS, A. **Enciclopédia e dicionário**: ilustrado. Rio de Janeiro: Delta, 1999.

² VIEGA, Sara. **Qual a diferença entre embrião e feto**. Brasil. Umcomo, 2017.

2.2 O aborto e o homicídio no Código Penal Brasileiro

Partindo disso, se o aborto quando for provocado intencionalmente pela gestante ou por terceiro provoca assim a morte de uma vida em desenvolvimento ou de uma vida em potencial, por que diferencia-lo do homicídio?

Primeiramente essa diferença advém com o intuito justamente de permitir o que muitos chamam de “assassinatos de bebês”, expressão essa que talvez seja um pouco forçosa demais, mas justificável, pois como poderia ser diferente a morte de um bebê de sete meses que nasceu prematuramente e está há poucos minutos fora do corpo da mãe, para a morte de um bebê de sete meses com mesmo grau de desenvolvimento cuja única diferença é que ainda permanece no corpo de sua genitora?

Aparentemente e logicamente falando não há diferença, mas juridicamente falando, penalmente dizendo, há toda uma diferença, já que o primeiro caso seria homicídio, gerando uma pena mínima de 6 (seis) anos³, enquanto que no segundo caso, mesmo os bebês tendo a mesma idade e o mesmo grau de desenvolvimento, simplesmente por ainda estar dentro da barriga da mãe, configuraria aborto, possibilitando assim uma pena mínima de 1 (um) ano⁴ de reclusão, mostrando assim uma discrepância enorme entre atitudes praticamente iguais.

Sim, esse seria um ponto interessante de ser levantado e assim é feito, porém, o que se faz aqui é unicamente criar um tipo penal próprio, com o intuito de diferenciar uma mãe que por muitas vezes não possui a menor capacidade financeira e/ou emocional de cuidar de uma criança, que pratica tal ato muitas vezes de maneira desesperada, que muitas vezes se auto mutila num intuito exasperado de provocar um ato abortivo para uma pessoa que acaba por matar a outra.

Ora, tal argumento é até compreensível, mas por si só não se sustenta, o importante é analisarmos o que está por detrás disso tudo.

O aborto é algo histórico, aconteceu e foi inclusive permitido ao longo dos séculos, como ainda se permite atualmente em muitos países, como é o caso do Uruguai. O grande enfoque é que em qualquer que seja o caso, o aborto realizado de forma ilegal traz muitos mais problemas do que quando realizado em uma clínica especializada, como ocorre nos países onde tal ato foi legalizado.

³ BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

⁴ Ibidem.

As clínicas ilegais de aborto, além de não passarem por nenhum tipo de fiscalização, tornando-se assim muito propensas a serem um ambiente anti-higiênico, também são pouco acessíveis, gerando uma desigualdade entre as mulheres que possuem verdadeira condição de arcar com essa operação, para aquelas menos favorecidas, que muitas vezes, por não terem condições e optarem mesmo assim pela prática abortiva, realizam métodos caseiros com tesouras, facas e pílulas, o que muitas vezes gera doenças e infecções, transformando assim a legalização do aborto em uma questão de saúde pública.

Contudo, é importante destacar que se o aborto fosse legalizado com o intuito de sanar essa questão de saúde pública, o mesmo teria que ser disponibilizado através de meios públicos, como o SUS, somente assim haveria uma real mudança na questão da saúde pública.

Isso porque, sendo o aborto legalizado, mas não tendo a implementação das clínicas abortivas a nível público, a situação de desigualdade continuaria, uma vez que as pessoas hipossuficientes, continuariam sem poder arcar com os custos de uma operação tão perigosa e delicada, como são os procedimentos abortivos, e acabariam por utilizar meios e ferramentas caseiras, o que instaria em gerar os mesmos casos de infecções e problemas adrede mencionados.

Deste modo, para melhorar a questão da saúde pública em relação ao aborto, uma série de clínicas abortivas públicas deveriam ser amplamente instaladas ao redor do país, todas com equipamentos próprios e obedecendo as normas específicas de higiene (caso contrário, o número de infecções ainda permaneceria extremamente elevado).

Como bem se vê, disso decorre mais um problema, já que seria mais um entre tantos gastos públicos, sendo necessário, portanto, um aumento considerável na receita tributária, que poderia, conseqüentemente, aumentar ainda mais os meios de tributação⁵, o que se mostra como algo considerado por muitos como inviável em nosso momento atual, sendo necessário, portanto a apresentação de soluções para esse embate. Além é claro de através desse debate, aflorar outros questionamentos com um enfoque constitucional, a respeito da vida, e a respeito da dignidade da mulher.

2.3 Visão histórica

Nada mais justo do que antes de analisar como se encontra a situação constitucionalmente falando do embate sobre aborto, analisarmos a evolução histórica desse tipo penal aqui no Brasil.

⁵ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

A começar pelo Código Criminal do império de 1830, que não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante, punindo apenas aquele realizado por terceiros, independentemente de haver consentimento ou não da gestante.

Estranhamente, apesar de só punir os terceiros envolvidos e em nenhuma hipótese punir a gestante por permitir ou praticar o aborto, o código do Império criminalizava os atos preparatórios, ou seja, punia aqueles que fornecessem, adquirissem ou produzissem pílulas, medicamentos ou métodos abortivos, havendo ainda agravamento da pena caso esses atos preparatórios fossem realizados por um médico, cirurgião ou similar⁶.

O Código Penal de 1890, por sua vez, diferenciava o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do feto. Passou a criminalizar o aborto praticado pela própria gestante, passando também a punir o aborto “culposo”, nos casos em que o médico ou a parteira, por imperícia acabasse provocando acidentalmente a morte do bebê.

Além disso, o Código Penal de 1890 agravava a pena por realização de aborto se deste procedimento, ocorresse a morte da gestante e atenuava a pena se a finalidade da prática abortiva fosse ocultar a desonra própria⁷, termo este bastante curioso e vago, uma vez que cabalmente subjetivo e portanto contraditório.

Chegamos por fim, ao Código Penal de 1940, que perdura até hoje, onde foram criadas três figuras típicas do aborto⁸: O aborto provocado, onde a gestante é responsável pela prática abortiva, o aborto sofrido, onde o aborto é cometido sem o consentimento da gestante, e o aborto consentido, onde a gestante autoriza terceiro à realização da prática abortiva⁹.

A grande questão a ser discutida é que este código foi publicado há mais de 70 anos atrás, entrou em vigor levando em conta os aspectos morais, sociais e culturais da época em que foi criado, questões essas que irrefutavelmente sofreram inúmeras mudanças ao longo desses anos, mudanças inclusive no âmbito jurídico, já que atualmente, diferentemente da época em que o código foi idealizado, os médicos já possuem tecnologia suficiente para aferir se há ou não a possibilidade de determinado feto ter uma vida extra uterina, ou seja, consegue-se averiguar se determinado feto possui condições e se conseguirá viver após o nascimento, ou se o mesmo possui alguma deficiência que o impeça de viver.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 2: Crimes contra a pessoa**. 16. ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

⁷ Ibidem.

⁸ BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 2: Crimes contra a pessoa**. 16. ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

Isto posto, se torna mais do que plausível a defesa da realização de praticas abortivas em casos excepcionais, onde há uma impossibilidade de haver vida fora do útero da mãe.

Ponto de vista que se aproxima cada vez mais da realidade em que estamos, visto que atualmente já se aceita o aborto em casos de fetos anencefálicos, cuja perspectiva de vida é baixíssima, casos onde o procedimento abortivo é imprescindível para salvar a vida da gestante ou ainda quando a gravidez é fruto de estupro, visando escudar assim o psicológico de todos os envolvidos, especialmente da mulher vitima da violação.

Essas três hipóteses se sustentam cada qual com seu argumento, no caso dos abortos dos anencefálicos, ou seja, aqueles fetos que possuem uma má formação no cérebro e que, portanto não teriam possibilidade de lograr uma vida extrauterina longa , o STF aprovou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54) que garantiu o direito a interrupção terapêutica da gestação dos fetos em casos de anencefalia, sob o argumento de que o Estado laico não poderia obrigar a mulher a manter uma gestação que não geraria uma vida exitosa, independentemente de qualquer dogma moral e religioso¹⁰.

A anencefalia é uma anomalia congênita, ou seja, característica natural adquirida pelo bebê durante a gestação, onde ocorre um erro no fechamento do tubo neural de modo que o cérebro não se desenvolve como deveria.

Estima-se que cerca de 50% dos fetos com má formação cerebral morrem ainda na vida intrauterina, dentro da mulher, o que é um grande problema, uma vez que há uma perspectiva altíssima de gerar graves infecções em suas genitoras.

Muitas das vezes, o natimorto, como é chamado, é inclusive expulso naturalmente pela organismo da mãe, que rejeita o falecido feto e que se não houver uma devida assistência medica e de cunho psicológico inclusive, pode deixar diversas sequelas na mulher¹¹.

Os que sobrevivem a essa fase intrauterina, costumam ter uma expectativa de vida de dias, de modo que cerca de 99% dos fetos anencefálicos que chegam a nascer, morrem ainda nos primeiros dias após o parto¹², embora eventualmente alguns sobrevivam por meses, conseguindo inclusive se alimentar e movimentar-se normalmente.

Assunto controverso, posto que para algumas mães é um sofrimento levar adiante uma gestação que resultará em óbito, enquanto outras argumentam que é importante permitir

¹⁰ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**, de 12 de abril de 2012. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, Distrito Federal, 2012.

¹¹ CUNHA, Alfredo de Almeida; NASCIMENTO, Maria Isabel. Natimorto: uma revisão dos sistemas de classificação. Rio de Janeiro. **Revista Femina**, 2015.

¹² CHAGAS, Ana: **Anencefalia**: quanto tempo é possível sobreviver sem cérebro? Terra.com. [N.I.]. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/educacao/voce-sabia/anencefalia-quanto-tempo-e-possivel-sobreviver-sem-cerebro,a5fa00beca2da310VgnCLD200000bbcecb0aRCRD.html>. Acesso em: 01 Out. 2019.

o curso natural da vida até a morte. Contudo, ante a dualidade do assunto, os eventuais problemas de cunho psicológico, além da alta possibilidade de infecções. Restou decidido através da já citada ADPF 54, o direito à interrupção terapêutica da gestação dos fetos em casos de anencefalia.

O caso de risco de morte da gestante por sua vez, também é uma das hipóteses em que se permite o chamado aborto terapêutico, uma vez que o Estado de direito não pode de maneira alguma exigir que uma mãe se sacrifique pelo seu filho, o direito não pode exigir que a mãe haja como um “super-herói”, sacrificando-se pelo outro, mesmo que do ponto de vista moral, tal sacrifício seja válido e inclusive considerado como a mais autêntica forma de prova de amor.

O caso do aborto quando a gestação é resultante de um estupro, porém, é alvo de muitas críticas, sustenta-se que o Estado não pode obrigar uma mãe a manter uma gravidez, gerar e criar um filho fruto de um abuso, por questões psicológicas evidentes.

Grupos contrários a esse entendimento, compostos precipuamente por religiosos, em sua maioria católicos e evangélicos, defendem que de fato a mãe não deve se submeter a criar esta criança, mas deveria ser obrigada a dar-lhe a vida ao menos, restando a possibilidade de por o nascituro para ser cuidado em hospital até que o mesmo estivesse pronto para à adoção.

Esse posicionamento é realmente complicado, pois mesmo o ato de carregar nove meses uma criança e gerar-lhe já se mostra uma situação extremamente perturbadora para mulheres que foram vítimas de um estupro, levando boa parte delas à depressão e problemas de identidade. Sendo por tanto mais do que compreensível a decisão dos nossos legisladores.

2.4 Onde começa a vida?

Ao tratar da problemática do aborto, uma das maiores discussões é justamente acerca do embate entre o direito à vida, utilizado pelos grupos pró-vida para defender a criminalização do aborto e o direito de escolha das mulheres, por sua vez utilizado pelos grupos chamados abortistas ou pró-escolha.

Contudo, não há que se falar de direito a vida se não se discutir antes, “onde começa a vida?”.

Essa pergunta é o grande ponto determinante para a análise da problemática em uma visão jurídica. Tem-se como exemplo a grande discussão a respeito da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), a qual visava permitir a utilização de células-tronco embrionárias congeladas por mais de três anos e mediante autorização dos doadores do

material genético em pesquisa e terapia, obtidas de embriões humanos produzidos *in vitro* e que não se prestam à utilização nos respectivos experimentos¹³.

Nesse contexto o Ex-Subprocurador Geral da República, Claudio Fonteles, em discordância com a sanção dada pelo então presidente Luis Inácio Lula da Silva à Lei de biossegurança, entrou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3510, de maio de 2005) apontando que a referida decisão era contrária à Constituição Federal, faço valer aqui as palavras do subprocurador:

“Se a Constituição Federal, expressamente, estabelece o principio da inviolabilidade da vida humana, para que se dê efetividade a essa norma constitucional é imperativo que aconteça a definição jurídica sobre quando inicia a vida¹⁴”.

A partir disto veio à tona a discussão a respeito de um dos temas jurídicos mais polêmicos do Brasil. Visando responder à referida questão, surgiram diversas correntes científicas, dentre as quais importante destacar as correntes da fecundação, da nidação, da gastrulação e a corrente neurológica.

A corrente da fecundação, determina que a vida começa no momento da fecundação, quando o espermatozoide fecunda o núcleo do óvulo, gerando um espíruulo de DNA, ou seja, criando uma identidade ao individuo, algo que apenas ele possui. Corrente essa, defendida por grupos religiosos, conservadores e pelos grupos conhecidos como “pró-vida”¹⁵.

Por outro lado, partes dos defensores das práticas abortivas sustentam a conhecida como Corrente da Nidação, pela qual só poderá ser considerado vida, aquela vida em potencial, ou seja, a vida que possui real possibilidade de se desenvolver. Para que haja desenvolvimento do óvulo fecundado, é necessário primeiro, que aconteça o fenômeno da nidação, quando o óvulo “cola”, nida, na parede uterina, daí o nome de corrente.¹⁶

Outros defensores da liberação do aborto defendem que a vida se estabelece na gastrulação, que é o estágio que ocorre na 3ª semana de gravidez, depois que o embrião chega ao útero da mãe.

Os defensores da chamada corrente da gastrulação, sustentam a tese de que não haveria que se defender a vida a partir da fecundação, uma vez que de um mesmo óvulo

¹³ BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Lei de Biossegurança**. Diário Oficial da União, Brasília, 24 março 2005.

¹⁴ Idem. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 29 de maio de 2008.

¹⁵ CASTRO, Taynara Cristina Braga. Teorias sobre o conceito de vida: aborto e a ADI 3510. **Revista Jus NaVIGANDI**, ano 19, nº4153, 14 nov. 2014

¹⁶ Ibid.

fecundado, poderia advir um ser humano, ou mais de um, posto que o embrião fecundado poderia dar origem a dois ou mais embriões, gerando mais de uma criança.

Esse grupo sustenta que não seria razoável determinar que uma pessoa pode surgir na fecundação se depois ela pode se transformar em dois ou mais indivíduos, e que portanto, só deveria considerar vida, aquela que alcançou o estágio da gastrulação, onde já não há mais a possibilidade de formação de novos embriões.¹⁷

Existe ainda uma quarta corrente pouco defendida ao redor do mundo, mas que ganhou relevância nos Estados Unidos e no Brasil, a qual determina que para saber o momento de início da vida, bastaria identificar o momento da morte, e para países como o Brasil e os Estados Unidos da América, a morte é classificada como a ausência de ondas cerebrais, de modo que, a vida começaria com o aparecimento dos primeiros sinais de atividade cerebral.

O grande problema dessa corrente é que permeia uma polêmica acerca de qual seria o momento exato para o surgimento das ondas cerebrais. Além disso, ao adotar essa corrente abre-se parâmetro para desconsiderar o caráter de vida dos bebês acéfalos e anencéfalos, mesmo esses tendo uma perspectiva de vida de meses.

Cientificamente falando, a corrente predominante e adotada a nível mundial é a corrente da fecundação, pelo que destaco os posicionamentos defendidos nos principais livros internacionais que tratam do tema¹⁸:

De acordo com Okada (2010), ao tratarmos dos mamíferos, o ciclo da vida se inicia quando um espermatozoide penetra em um óvulo¹⁹.

Moore Keith (2003) leciona que a vida humana começa no momento da fertilização, processo pelo qual o gameta masculino, ou seja, o espermatozoide se une ao gameta feminino, ou seja, óvulo, também chamada de óocito, para formar uma célula original chamada de zigoto. Essa célula totipotente, com alto grau de especialização, marca o começo de cada um de nós como um indivíduo único”. “ Deste modo, um zigoto é o início de um novo ser humano (isto é, um embrião)²⁰.

Ertelt Steven (2013) chega a afirmar que o próprio governo dos Estados Unidos da América ao debruçar-se sobre o tema, afirmou que a vida começa na fertilização. De acordo com o *National Institutes of Health*, ‘fertilização’ é o processo de junção de dois

¹⁷ GILBERT, Scott F., 1949- **Biologia do desenvolvimento** / Scott F. Gilbert. 5. ed. Ribeirão Preto, SP: FUNPEC Editora, 2003.

¹⁸ TERZO, Sarah., **40 quotes from medical experts and textbooks that prove human life begins at fertilization**. US. Live Action. 2016.

¹⁹ OKADA et al., **A role for the elongator complex in zygotic paternal genome demethylation**, NATURE 463:554, Jan. 28, 2010.

²⁰ KEITH L. Moore, **The Developing Human: Clinically Oriented Embryology**, 7th edition. Philadelphia, PA: Saunders, 2003. pp. 16, 2.

gametas, quais sejam o espermatozoide e o óvulo, de modo que o número cromossômico somático é recuperado e a formação de um novo indivíduo é iniciada²¹.

Importante destacar que entendimentos embasantes da corrente da fecundação existem há tempos, a título exemplificativo, Kaluger (1974), respeitável pesquisador dos Estados Unidos, afirmava que no exato momento em que os cromossomos se unem, formando pares, estava decidido o sexo daquela criança, os aspectos hereditários provenientes de cada pai estavam presentes e deste modo, um nova vida teria iniciado²².

De igual modo, a professora, escritora e enfermeira obstetrícia Sally Olds (1980), chegou à conclusão que a partir da união de um gameta masculino e feminino [Células de espermatozoides e óvulos] tem-se a criação e de uma nova célula, conhecida como zigoto, que por sua vez possui um material genético único, formado através da união dos materiais genéticos dos pais, resultando em um indivíduo totalmente diferente dos pais e de qualquer outra pessoa no mundo²³.

Em resumo, de forma bastante simplificada, quando o espermatozoide, que contem parte do código genético do pai, encosta no óvulo, acoplando-se nele, o espermatozoide “libera” seu código genético, que se mistura com o código genético da mãe, encontrado no núcleo do ovulo.

Desse encontro de códigos genéticos, surge um espirilo de DNA, também conhecido como ácido desoxirribonucleico, que nada mais é do que uma molécula presente em todos os seres vivos e que por sua vez carrega toda a informação genética necessária para o desenvolvimento do ser humano.

Nessa pequena molécula de DNA, a partir de seu momento de “criação”, tem-se toda a trajetória genética daquele individuo, naquela pequena molécula, tem-se toda definição de como serão seus membros, sua cor de pele, características físicas e inclusive eventuais deformidades genéticas e problemas hereditários, de modo que a partir do exato momento da fecundação, tem-se definida todas as características de um individuo capazes de diferencia-lo de qualquer outro ser existente ou mesmo que já existiu e que como se estuda através da Medicina Legal, matéria responsável por relacionar a medicina e o direito²⁴, constitui o maior caracterizador da identidade de um individuo.

²¹ STEVEN Ertelt. *Undisputed Scientific Fact: Human Life Begins at Conception, or Fertilization*. LifeNews.com, 2013.

²² KALUGER, G., and Kaluger, M., *Human Development: The Span of Life*, page 28-29, The C.V. Mosby Co., St. Louis, 1974.

²³ SALLY B Olds, et al., *Obstetric Nursing*. Menlo Park, California: Addison – Wesley publishing, 1980, p. 136.

²⁴ TABORDA, J.G.V. Chalub, M. Abdalla-Filho, E. *Psiquiatria Forense*. Porto Alegre. Editora Artmed, 2004.

Destaca-se inclusive o posicionamento adotado pelo Código de Direito Civil de 2002 que em seu artigo 2º prevê que a personalidade da pessoa começa do nascimento com vida, mas que a própria lei resguarda desde a concepção os direitos do nascituro²⁵.

Para nosso ordenamento, a figura do nascituro aparece a partir do exato momento da fertilização, da concepção, ou seja da fecundação, o que está inteiramente amparado na corrente da fecundação, contudo, importante salientar que mesmo na esfera cível, diversas são as discussões acerca do que exatamente deveria compor os chamados direitos do nascituro.

A teoria natalista, acerca da personalidade jurídica e dos direitos do nascituro, adota pela maioria dos nossos doutrinadores, determina que para o nascituro, apenas haveria de se ter uma mera expectativa de direito, o que apesar de não estar diretamente interligado à discussão constitucional e de âmbito penal acerca do direito à vida e do aborto, influenciou demasiadamente e intensificou ainda mais as discussões sobre o tema²⁶.

Portanto, apesar de cientificamente falando, a corrente da fecundação ser a dominante e explicar onde de fato se inicia a vida, para o âmbito jurídico já não importa mais onde se começa a vida, e sim onde esta começaria a ser tutelada. O que abriu caminho para que continuasse a discussão do tema.

²⁵ BRASIL. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, 10 jan. 2002

²⁶ AGUIAR, Guilherme Menezes. **Direito do nascituro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4858, 19 out. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48678>. Acesso em: 25 mai. 2019.

3 ENTENDENDO A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54 – ADPF Nº54

No presente capítulo traça-se breves comentários acerca da vida juridicamente tutelada, explica-se no que consiste uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, bem como o que especificamente foi debatido através da ADPF nº 54, com um enfoque maior na tentativa da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil para figurar como *amicus curiae*, e se analisa o que foi discutido em sede da audiência pública realizada sobre o tema “anencefalia” em 2008.

3.1 Breves comentários acerca da vida juridicamente tutelada

Conforme já exposto, tem-se majoritariamente que a vida se inicia com a fecundação, embora importante salientar que não se trata de um consenso mundial, de modo que ainda hoje as pesquisas e estudos acerca do início da vida continuam em constante avanço, dando margem para cada vez mais novas discussões e debates no meio acadêmico/científico.

Contudo, faz-se mister que para o direito, unicamente importa a partir de qual momento a vida deve começar a ser protegida pelo nosso ordenamento pátrio. Curioso o entendimento, uma vez que o próprio direito tem como sina defender a verdade real acima da verdade formal, sobretudo no âmbito penal, o que se observa através do princípio da verdade real, que deveria ser aplicado no caso da discussão do aborto.

Uma escusa de tal argumentação, é que particularmente nos casos de interrupção de gravidez, apurar a verdade real, ou seja, onde exatamente se inicia a vida, seria algo extremamente complicado, isso porque há uma série de posicionamentos científicos acerca do tema.

Além disso, mesmo analisando a cerce através do posicionamento majoritário, qual seja, através da corrente de fecundação, ter-se-ia uma série de problemas, já que o funcionamento dos organismos biológicos não é uma ciência exata, não havendo como precisar o exato momento em que ocorre a fecundação, uma vez que esta pode acontecer em momentos diferentes em cada indivíduo, podendo ser mais célere ou mesmo retardada por diversos motivos intrínsecos ao ser humano, ou ainda, por influência de comportamentos/medicamentos externos.

Logo, diante da imprecisão, os doutrinadores brasileiros optaram por não mais analisar a partir de que momento a vida se iniciaria, mas sim escolher a partir de que momento a vida seria devidamente tutelada.

Mais uma decisão extremamente controversa e que por sua vez foi alvo de diversas críticas, principalmente pelos grupos pró vida, que defendem que havendo dúvida, a preferência é que se tutele uma “não vida” há se permitir o ceifamento de uma vida, ou seja, o que os grupos defensores desse entendimento tentaram, foi institucionalizar uma espécie de “*in dubio pro vita*”, expressão que numa tradução literal significaria, na dúvida, a favor da vida.²⁷

Analisando paralelamente, seria como espécie adaptada dos princípios norteadores do direito “*in dubio pro reo*”, através do qual, havendo dúvida acerca da existência de culpa do réu, este deveria ser absolvido de seus crimes, pois para o direito, seria melhor absolver um possível criminoso, do que condenar um eventual inocente²⁸ e “*in dubio pro operario*”, que por sua vez determina que havendo dúvida, deve-se aplicar a condição mais favorável ao trabalhador, uma vez que este é em tese, a parte mais frágil da relação trabalhista²⁹.

Ora, então por que não aplicar da mesma forma o princípio “*in dubio pro vita*”? Já que não há um consenso acerca de onde se inicia a vida, ou ainda, adotando a corrente majoritária, qual seja, a corrente da fecundação, haja uma dificuldade técnica de se precisar o exato momento da fecundação, não seria melhor preservar uma possível vida?

Analisando, sobretudo os argumentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal em seus votos acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 (ADPF 54), percebe-se que os julgadores não levaram em consideração essa discussão, e limitaram-se a tentar definir, por seus próprios argumentos, a partir de qual momento e em que situações, a vida seria juridicamente reconhecida e portanto, tutelada.

Noutras palavras, começa-se a perceber que na realidade, pouco importa os fatos, os próprios julgadores adquiriram sua percepção da cerce e apenas buscaram argumentos jurídicos para sustentar e defender seus próprios entendimentos.

²⁷ PASCHOAL, Jorge Coutinho, **A vida inteira que podia ter sido e que não foi**: O equívoco do Supremo Tribunal Federal ao acenar para uma eventual legalização do aborto. United States of America. Empório do Direito. 2016.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio, **Princípio do "in dubio pro reo"**. São Paulo. JusBrasil, 2010.

²⁹ ABUD, Sandro Marcelo Rafael, **Resumão para concursos**: Direito do Trabalho. 1ª Tiragem. São Paulo. Março 2014.

3.2 Entendendo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

A arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, conhecida popularmente pela sigla ADPF, consiste numa das ações que servem para oferecer um controle de constitucionalidade, uma forma de regulamentar os textos normativos que estão contrários à Constituição Federal.

A ADPF é muito parecida com a Ação Direta de Inconstitucionalidade, só que com um caráter mais específico. Através da ADPF se suscita a existência de um ato do Poder Público que fere diretamente ou indiretamente os preceitos fundamentais³⁰.

No caso da polêmica ADPF nº 54, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) formalizou a ação, suscitando que a criminalização do aborto em casos de anencefalia feriria diretamente os preceitos dos artigos 1º, IV, 5º, II, 6º e 196 da Constituição Federal de 1988, arguindo para tal, que o conjunto de normas dos artigos 124, 126 e 128, I e II do Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) estariam sendo inconstitucionais ao ferir preceitos fundamentais como a liberdade sexual e reprodutiva, o direito à saúde, à dignidade e à autodeterminação³¹.

A anencefalia é uma má formação congênita resultando na ausência de fusão das pregas neurais e da formação do tubo neural na região do encéfalo. De forma simplificada, consiste numa má formação que impossibilita o desenvolvimento da parte superior do sistema nervoso central, comprometendo de forma fatal o feto acometido pela doença.

Os fetos anencéfalos costumam ter uma baixíssima expectativa de vida, onde cerca de 50% dos fetos morrem ainda no período da gestação, e os que sobrevivem, costumam viver por horas, no máximo dias, embora frise-se que há casos excepcionais em que os bebês vivem por semanas e até meses³².

Para se entender melhor o tema, é preciso esmiuçar e compreender o embasamento jurídico suscitado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Conforme mencionado, a Confederação suscitou que os artigos 124, 126 e 128, I e II do Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) feriam preceitos fundamentais amparados em nossa constituição pátria.

³⁰ MARQUES, Gabriel. **O que é arguição de descumprimento de preceito fundamental**. [S.I]. 2014. Disponível em: <https://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/167710042/o-que-e-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>. Acesso em: 03 nov. 2019.

³¹ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

³² ALBERTO, Miryan. **Anencefalia: Causas de uma malformação congênita**. 2009.

O artigo 124 do Código Penal prevê o crime de aborto provocado pela própria gestante ou ainda, provocado por terceiro, mas com o consentimento da gestante, penalizando assim, a gestante que aborta ou autoriza procedimentos abortivos, com a pena de detenção de um a três anos.

Por sua vez, a inteligência do artigo 126 prevê os casos em que o aborto é praticado por terceiro, com ou sem que haja o consentimento da gestante. Penalizando nesse caso, o terceiro que conduziu a prática abortiva.

Nos casos de aborto com o consentimento da gestante, o terceiro que assim procedeu poderá responder com a pena de reclusão de um a quatro anos, enquanto que nos casos de aborto provocado sem o consentimento da gestante, o terceiro que provocou o aborto responderá com a pena de reclusão de três a dez anos.

Já o artigo 128 do CP/40 prevê expressamente que não haverá punição ao médico que praticar aborto para salvar a vida da gestante ou nos casos de gravidez resultante de estupro³³. Deste modo, a CNTS procurou incluir o aborto de fetos anencefálicos no rol de possibilidades de aborto previsto no referido artigo 128.

Conforme exposto em sua argumentação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) alegou que a proibição do aborto feriria diretamente os artigos 1º, IV, 5º, II, 6º e 196 da Constituição Federal de 1988.

O artigo 1º, inciso IV da carta magna brasileira prevê que o Estado Democrático de Direito possui como um de seus fundamentos, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Deste modo, a CNTS buscou reafirmar a livre iniciativa dos profissionais na área da saúde, com um apoio nos valores sociais.

O artigo 5º, inciso II do referido texto legal, determina que todos são iguais perante a lei, sem que haja qualquer espécie de distinção, de modo a garantir aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, frisando-se que ninguém será submetido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, a não ser que haja previsão em lei.

De igual modo, a confederação suscitou haver uma violação ao preceito fundante do artigo 6º da CF/88, o qual prevê os direitos sociais, havendo um enfoque maior no direito à saúde, à proteção da maternidade e à assistência aos desamparados.

Por fim, a CNTS utilizou-se do artigo 195 da constituição, que determina que a saúde é um dever do Estado e constitui um direito de todos, que deve ser garantido mediante políticas econômicas e sociais que visem a redução do risco de doença e de outros agravos

³³ BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 07 dez.1940.

médicos, bem como determina o acesso universal e igualitário às ações e serviços para recuperação, promoção e proteção da saúde.

Deste modo, a confederação dos técnicos de saúde, com esteio nos artigos acima mencionados, arguiu em 17 de junho de 2004, que os artigos 124, 126 e 128 do código penal de 1940, ao proibir a realização de praticas abortivas nos casos de anencefalia estariam ferindo preceitos basilares constitucionais.

O advogado Luís Roberto Barroso, representando a CNTS, alegou inicialmente que a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, ou como o jurista preferiu chamar, antecipação terapêutica do parto, não constituiria uma hipótese de aborto, já que a patologia tornaria inviável a vida extrauterina.

Deste modo, o que se tentou a um primeira vista, foi efetivar o reconhecimento de que a antecipação do parto em casos de fetos anencefálicos, não constituiria o crime de aborto. Ou seja, inicialmente, não se buscou uma excludente da ilicitude, mas sim o reconhecimento de que o procedimento cirúrgico para retirada do feto anencéfalo, não consistiria aborto, e sim uma mera antecipação do parto, uma vez que em qualquer que fosse a hipótese, não haveria de se falar em uma vida extrauterina longa.

Ressalte-se que o representante da CNTS afirmou que não há vida extrauterina para os fetos anencéfalos, o que não é bem verdade. Conforme já mencionado anteriormente neste trabalho, o feto anencéfalo pode viver por horas, dias, semanas e até mesmo meses em situações excepcionais. Evidente que se trata de uma sobrevida, muitas vezes assistida por aparelhos e que não possui expectativa de crescimento e continuidade, mas ainda assim trata-se de uma vida extrauterina, que é justamente o oposto do afirmado por Luís Roberto Barroso.

A CNTS buscou inicialmente convencer os julgadores de que o aborto em caso de anencefalia não deveria ser considerado aborto, e sim, uma mera antecipação do parto. Em sede de mérito, como pedido principal, buscou-se, o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 124,126 e 128 do Código Penal no que tange a antecipação terapêutica do parto, com conseqüente modificação do texto legal. Solicitando ainda, que, caso assim não entendessem os ministros da época, que se mantivesse o mesmíssimo texto do Código Penal, mas com uma determinação de adequação da interpretação dos artigos mencionados, a fim de se permitir o aborto dos fetos com patologias cerebrais.

Destaque-se que ao fim da peça inicial, a CNTS colocou-se à disposição dos ministros, no sentido de poder providenciar a emissão de pareceres técnicos e mesmo declarações pessoais de pessoas com experiência e autoridade na matéria, todas é claro, à escolha da própria CNTS.

O que tenta a Confederação é de forma sutil, afirmar que os julgadores não possuíam entendimento suficiente para julgar a questão, e que caso fosse necessário, disponibilizaria pessoas da área de saúde, escolhidas a dedo, para instruir os julgadores sobre a situação fática.

Evidente, que as pessoas apontadas pela CNTS possuíam entendimento aparelhado com o defendido na peça inicial, e apenas serviriam para tentar convencer os julgadores da causa da CNTS. Portanto, importante destacar que essas pessoas, por serem manifestamente parciais, jamais poderiam servir, como únicos técnicos para apresentação de pareceres e declarações sobre o tema.

Destaque-se também que na oportunidade, o ministro relator do caso, ministro Marco Aurélio Mello, deferiu liminarmente o pedido inicial, autorizando assim que as gestantes com fetos anencéfalos, que desejassem se submeter ao procedimento abortivo, poderiam realizar a antecipação do parto com auxílio de médico habilitado.

3.3 A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil como *amicus curiae* e a relação Estado/religião

No mesmo dia da proposição da referida ADPF, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB requereu a intervenção no processo, como *amicus curiae*, na forma do §1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999.

Amicus curiae numa tradução direta, significa “amigo da corte” e basicamente consiste em uma pessoa, entidade ou órgão com profundo interesse na questão jurídica discutida. Noutras palavras, trata-se de um terceiro, não envolvido com as partes, que possui um interesse muito maior que o das partes e tem como objetivo principal servir como fonte de conhecimento em assuntos inéditos, inusitados, difíceis ou controversos, ampliando a discussão antes da decisão da corte³⁴.

No caso concreto, a CNBB preenchia todos os requisitos necessários para figurar como *amicus curiae* no processo, e justificou sua presença sob o pretexto de poder chamar a atenção para fatos e/ou circunstâncias que poderiam eventualmente não ser notados.

Ocorre que o ministro relator Marco Aurélio decidiu por indeferir o pedido da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil sob o pretexto de que a admissão de terceiros na ação iria tumultuar o processo, e fundamentou sua decisão sob esteio do artigo 7º, § 2º, da Lei

³⁴ SANTOS, Esther. **Amicus curiae: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade.** [S.I]. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7739/amicus-curiae>. Acesso em: 13 nov. 2019.

nº 9.868/99, destacando-se ainda, que com base no mesmo dispositivo legal, a decisão por ele tomada não seria suscetível de impugnação pela via recursal.

Medida controversa que na época foi duramente criticada, sobretudo porque se admitiu o posicionamento e apontamento de autoridades no assunto por parte da CNTS, de modo que o apontamento de autoridades técnicas no assunto por parte da CNBB seria comedido plausível e justo, aumentando a possibilidade de argumentos e trazendo à tona pontos de vistas diferentes sobre a cerce, o que enriqueceria a discussão.

Contudo, ante as inúmeras polemicas que foram surgindo, e principalmente ante a necessidade dos ministros do STF de compreenderem o tema, uma vez que havia uma falta de conhecimento notória acerca de questões medico-científicas que cerceiam a discussão do aborto e dos problemas congênitos cerebrais, tal como a anencefalia, o ministro relator Marco Aurélio determinou em 2008, que fosse realizada uma audiência pública a fim de melhor elucidar o tema e permitir a participação de diversos membros da sociedade no debate.

3.4 A audiência pública sobre interrupção de gravidez por anencefalia

A audiência pública consiste numa importante ferramenta para auxiliar os julgadores a entenderem melhor o assunto discutido, auxiliando-os assim, a formar seus entendimentos da cerce. Nas palavras de Carina Barbosa, a finalidade de uma audiência pública é ouvir o depoimento de pessoas com autoridade e experiência no assunto, diferentes partes que representam a sociedade como um todo que expõem suas opiniões e entendimentos, sem contudo, obrigar o relator a seguir o entendimento majoritário debatido no Tribunal³⁵.

Marcada para o dia 26 de agosto de 2008, a audiência pública sobre os casos de aborto dos fetos anencéfalos gerou grande impacto na sociedade, a audiência chegou a durar 04 dias e foi amplamente divulgada pela mídia, principalmente por ser a terceira audiência pública promovida na história da Suprema Corte.

Na ocasião foram ouvidos representantes de 25 diferentes instituições, ministros de Estados, cientistas, autoridades religiosas, entre outros. A audiência foi dividida em grupos, cada qual representando uma parcela diferente da sociedade. Após a oitiva de determinado grupo, o advogado da CNTS, assim como os ministros da Suprema Corte poderiam tecer breves comentários e realizar perguntas.

³⁵ Gouvêa. Carina Barbosa. **Audiências Públicas: afinal, qual a sua finalidade?**. Artigo JusBrasil. [2014]. Disponível em: <https://carinagouvea25.jusbrasil.com.br/artigos/130918828/audiencias-publicas-afinal-qual-a-sua-finalidade>. Acesso em: 15. Nov. 2019

Para melhor esclarecer o que foi discutido, traz-se à tona alguns comentários sobre as teses trazidas na referida audiência.

O primeiro grupo a palestrar foi articulado pela CNBB, que foi representada pelo padre e doutor em bioética, Luís Antônio Bento e o Dr. Paulo Silveira Martins Leão Junior, procurador do Estado do Rio de Janeiro e presidente da União dos Juristas Católicos da Arquidiocese do Rio de Janeiro. Os representantes da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil em síntese defenderam a vida desde a concepção, afirmando que o aborto provocado é a morte deliberada, independentemente da forma como é realizada, de um ser humano na fase inicial de sua existência e que mesmo o feto com uma má formação cerebral já é um ser humano que deveria ter sua dignidade preservada.

Reafirmando a corrente da fecundação, o padre e doutor Luís Antônio Bento destacou que o feto anencefálico é um ser humano vivente e que sua reduzida expectativa de vida não seria o suficiente para negar seus direitos e sua dignidade. Por sua vez, o Dr. Paulo Silveira Martins Leão Junior destacou a importância de se distinguir a morte encefálica, da vida encefálica (repudiando assim a corrente neurológica) uma vez que na morte encefálica, não há mais qualquer atividade cerebral, estímulo externo ou mesmo possibilidade do indivíduo retornar à vida, sendo uma forma de prognóstico. Já no que diz respeito à vida dos anencéfalos, afirmou que estes possuem atividades externas, possuem uma perspectiva de vida extrauterina, possuindo inclusive, partes do cérebro em funcionamento, apenas tendo uma má formação em relação à outra parte do cérebro³⁶.

Por sua vez, em resposta à CNBB, o jurista Luís Roberto Barroso, representando a CNTS, afirmou inicialmente que respeitava todas as crenças pessoais dos palestrantes, mas afirmou que o Brasil adota o entendimento majoritário de que a morte do indivíduo é constatada com a morte encefálica, de modo que, defendendo a corrente neurológica acerca do início da vida, Luís Roberto Barroso afirmou que sem funções cerebrais não haveria que se falar em vida.

Em continuidade, o representante da Igreja Universal, o bispo Carlos Macedo Oliveira, afirmou compreender o laicismo do Estado e a necessidade de aplicação de boas políticas públicas, ao tratar do tema, destacou a existência de vida nos casos dos fetos anencéfalos, e que o aborto era uma prática passível de punição, mas que ao proibir o aborto em casos de anencefalia, o estado estaria punindo a mãe daquela criança, ao obrigá-la a carregar o bebê durante a gestação, pelo que afirmou que apesar de triste a situação, a Igreja Universal entendia ser possível abrir uma exceção para os casos de anencefalia.

³⁶ STF. **Audiência Pública Anencéfalos - 26/08/08 - (1/4)**. 2012. Canal do YouTube do STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=C8aZ7JXdg8>. Acesso em: 15. Nov. 2019.

Barroso por sua vez, afirmou que concordava com o representante da Igreja Universal, mas reforçou sua ideia de que nos casos de anencefalia não haveria vida, e, portanto não se trataria de aborto, e sim de uma mera antecipação do parto.

O representante da Associação Nacional Pró-vida e pró-família, Dr. Rodolfo. A. Nunes, mestre, doutor e professor de Medicina em renomadas faculdades do Rio de Janeiro também participou da referida Audiência Pública, afirmando que o termo anencefalia é um termo que poderia levar os julgadores ao erro, uma vez que muitos leigos, ao utilizarem o termo, acreditam que em casos de anencefalia haveria uma ausência do encéfalo, o que não seria o caso, uma vez que trata-se apenas da ausência de parte do encéfalo. Após explicar o funcionamento de toda a estrutura do cérebro, o médico trouxe alguns casos reais de anencefalia em que os fetos viveram sem o auxílio de nenhum aparelho por períodos duradouros, trouxe inclusive caso de uma menina brasileira que chegou a viver quase 02 anos, conseguindo se mexer, se alimentar, dentre outras atividades, sem necessitar de nenhum suporte artificial.

Destacou que a anencefalia ainda não possuía cura, sendo uma doença considerada fatal, mas que seria indubitável que nos casos de anencefalia, existiria uma vida, pelo que, reforçou o entendimento da corrente da fecundação. Por fim, afirmou que seria impossível adotar a corrente neurológica no Brasil, uma vez que a portaria nº 487/GM/MS, de 02 de março de 2007 determinava que a retirada de órgãos dos neonatos anencéfalos deveria ser precedida do diagnóstico de morte irreversível³⁷. De modo que seria contraditório, afirmar que não haveria uma vida nos fetos anencéfalos³⁸.

Destacando o caso da menina brasileira que viveu quase 02 anos sem auxílio artificial de nenhuma espécie, mesmo possuindo anencefalia, afirmou que há um constante estudo para que se tente descobrir causas e soluções para a anencefalia, e que casos como esse mencionado seriam inconcebíveis na década passada. O médico representante da Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, afirmou que ainda existe uma imprecisão técnica sobre o tema, e que, portanto, as decisões judiciais deveriam ser cautelosas, para que não fossem temerárias.

Em resposta, o representante da CNTS afirmou que embora houvesse uma discussão sobre a existência de uma consciência cerebral nos indivíduos anencéfalos, não havia nenhuma discussão acerca da fatalidade da doença congênita. Por fim, sustentou que o

³⁷ _____. **Portaria nº 487/GM/MS**, Diário Oficial da União, Distrito Federal, de 02 de março de 2007.

³⁸ STF. Audiência Pública Anencéfalos - 26/08/08 - (2/4). 2012. **STF**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tqa4bPkcnnk>. Acesso em: 15. Nov. 2019.

caso trazido à baila pelo representante da Associação pró-vida não seria um caso de anencefalia, e afirmou que em momento posterior, a CNTS iria provar isso.

Dando continuidade, foi dada a palavra a Socióloga Maria José Fontelas Rosado Nunes, como representante da ONG Católicas pelo Direito de decidir. A palestrante reafirmou as conquistas provenientes dos grupos feministas e destacou o caráter laico do Estado brasileiro, e a importância da distinção do Estado e da religião.

Lembrou da diversidade existente na sociedade e que o Estado não poderia de forma alguma se regular por definições religiosas. Destacou o direito reprodutivo da mulher e que nos casos de proibição de aborto havia uma violação ao direito de autodeterminação das mulheres. Ponderou que há uma discriminação no Brasil em relação às mulheres e em relação à gestação, uma vez que as mulheres que querem continuar com a gravidez, assim podem proceder, mas aquelas que querem interromper a gravidez são proibidas e punidas pelo Estado.

A representante da ONG não negou a existência de uma vida em casos de anencefalia, mas destacou que obrigar uma mulher a manter a gestação de um natimorto seria um ato de tortura, o que seria inadmissível numa democracia. Por fim, fez um apelo aos católicos e lembrou que um dos maiores princípios do cristianismo seria o de recorrer à sua própria consciência³⁹.

Barroso por sua vez, não se opôs à representante da ONG Católicas pelo Direito de Decidir.

Já no dia 04/09/08 o médico sanitário e então ministro da saúde José Gomes Temporão afirmou que a grande problemática do aborto é que a sociedade costuma ver o feto e a mulher mãe como figuras distintas, sendo que a própria psicologia afirma que no momento da gravidez, não existiriam duas pessoas, e sim uma figura única, uma vez que nesse período a mãe e o bebê estariam completamente relacionados, de modo que o que acontece com um, aconteceria com o outro.

Afirmou que a liberação do aborto é uma questão sanitária, e que permitir que o Estado proíba as mulheres de abortar, tratar-se-ia de um controle político em que o Estado controlaria as ações das mulheres sob um pretexto de uma verdade indiscutível, sendo que na realidade o ser humano é um ser de dúvidas.

Ponderou que o Código Penal se encontrava completamente defasado, uma vez que na época em que foi criado não havia como se verificar com precisão o grau da

³⁹ STF. Audiência Pública Anencéfalos - 26/08/08 - (3/4). 2012. STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VHVQqIX6Al8>. Acesso em: 15. Nov. 2019.

gestação e eventuais problemas com os fetos. O então ministro da saúde solicitou aos ministros da Suprema Corte que estes considerassem inconstitucionais os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto.

Por fim destacou que o SUS possuía toda a tecnologia necessária para a averiguação de detalhes na gravidez, e que as praticas abortivas trariam uma maior igualde a uma sociedade extremamente desigual como a brasileira. Luís Roberto Barroso também não se opôs ao alegado pelo Ministro da Saúde.

Além dos palestrantes de diversas entidades, também foram ouvidas três mulheres que possuíam em seus ventres fetos anencéfalos e que haviam recebido autorização judicial para realizar o procedimento abortivo/antecipação terapêutica do parto.

A primeira, chamada Érica, disse que o período de gravidez foi um tempo de muito sofrimento, pois ela via sua barriga crescendo, mas sabia que ao final não ia ter o bebe. A segunda mulher ouvida, Camila, disse que seu maior medo era ter que passar mais quatro meses para o parto, passar pela experiência do parto, registrar a criança para horas depois ter que fazer sua certidão de óbito. Afirmou que ao antecipar o parto, foi como se tivessem tirado um peso enorme de suas costas, como se tivessem tirado com a mão, o peso existente. Por fim ouviram Michele, que afirmou que ao decidir interromper a gravidez, aquietou tudo aquilo pelo que ela estava passando.

Conforme se verifica, a audiência pública teve um embate bastante acirrado, com muitos defensores contrários à liberação do aborto em casos de anencefalia e muitos favoráveis à liberação. A audiência durou 04 dias, totalizando quase 10 horas totais, e em seu curso, foram tratados diversos assuntos, desde as correntes acerca do início da vida, a relação do Estado com a religião, os princípios constitucionalmente estabelecidos e mesmo discussões acerca da possibilidade de se liberar o aborto em todas as circunstancias ante a declaração da inconstitucionalidade da criminalização do aborto.

Após a mencionada audiência pública, os ministros do Supremo Tribunal Federal em tese teriam condições de analisar a cerce e poder assim, fundamentar seus votos.

4 ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS NA ADPF Nº 54 – FETOS ANENCÉFALOS

Para melhor apurar as nuances acerca da discussão que cerceia a liberação ou a criminalização do aborto, importantíssimo se faz, analisar os votos de cada um dos ministros do STF de forma individualizada, dando, sobretudo, uma especial atenção no que tange aos argumentos jurídicos por eles utilizados, e quais correntes acerca do início da vida foram levantadas no debate.

4.1 Voto do ministro relator Marco Aurélio

O ministro Marco Aurélio Mello foi o relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, e Conforme preceitua o ordenamento pátrio, o relator possui a missão de analisar detalhadamente e guiar o processo para seu julgamento. A partir de sua análise, o relator prepara um relatório e emite seu voto, apresentando-o aos demais ministros, que devem em seguida acompanhar o voto do relator ou discordar de seu voto, fundamentando os motivos que levaram à discordância.

Ao tratar do tema, o ministro Marco Aurélio Mello, traçou paralelo histórico da relação entre o Estado e a Instituição da Igreja Católica, afirmando que antigamente se vivia em um Estado Católico, e que aqueles que tentassem desvirtuar os ensinamentos católicos ou tentassem separar o poder estatal da igreja, eram considerados traidores e sofriam severas penas, posteriormente, continuando com seu traçado histórico, o relator asseverou que a laicidade foi finalmente alçada pela constituição brasileira de 1891, que vedava a possibilidade dos estados e a União se embaraçarem com exercícios de cultos religiosos.

O ministro chegou inclusive a mencionar o preambulo da Constituição Federal de 1988, o qual faz menção às religiões judaico-cristãs, ao afirmar que os representantes do povo, sob a proteção de Deus, promulgaram a Constituição da República Federativa do Brasil. Segundo o ministro, a própria Suprema Corte ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC explicitou que a menção a Deus carecia de força normativa⁴⁰, pelo que reforçou a necessidade de se afastar o Estado da religião.

Ao tratar da anencefalia, o ministro relator destacou a extrema importância da realização da audiência pública, que segundo o mesmo, serviu principalmente para esclarecer o que de fato é a anencefalia. Citando o palestrante Dr. Thomaz Rafael Gollop, representante

⁴⁰ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o ministro expressou que o anencéfalo não possuía atividade cortical, da mesma forma que o morto cerebral também não possuía tal atividade, assim, concluiu que o anencéfalo seria uma morte cerebral que tem batimento cardíaco e respiração.

Destacou que o feto anencéfalo era bastante deficiente no campo neurológico, não possuindo consciência, afetividade ou emotividade. Ponderou que apesar de especialistas terem comprovado em sede da audiência que os fetos anencéfalos respondiam a estímulos dolorosos, entendeu que isso seria mais bem interpretado como um simples arco reflexo e que como o anencéfalo carecia do tálamo (responsável pela sensação da dor), não haveria substrato neural para que o feto experimentasse a sensação de dor.

Frisou que a anencefalia consistia uma doença fatal, sem possibilidade de cura, uma vez que a massa encefálica não poderia se desenvolver posteriormente. Destacou que o feto anencéfalo não possuía potencialidade de vida, e disse que como a morte se diagnostica pela morte cerebral, quem não tem cérebro, não teria vida.

Utilizando-se da palestra dada em sede da audiência pública pelo Dr. Rodolfo. A. Nunes que destacou o caso de uma menina brasileira chamada Marcela, que viveu quase dois anos mesmo tendo sido diagnosticada com anencefalia, o ministro afirmou que nesse caso específico, houve um diagnóstico errado por parte dos médicos, e que consoante lhe afirmaram especialistas, não se tratava de um verdadeiro caso de anencefalia e sim de meroencefalia⁴¹.

Rechaçou a afirmação de que a interrupção da gravidez do feto anencéfalo seria aborto eugênico, pois, segundo o ministro o anencéfalo não possuía vida, que seria um pressuposto essencial para classificação de um aborto.

Com base na palestra do ex-ministro da Saúde José Gomes Temporão, afirmou que o sistema de ultrassonografia disponível no Sistema Único de Saúde era 100% seguro e que não existiria nenhuma dúvida para qualquer que fosse o médico minimamente formado em estabelecer o diagnóstico de anencefalia, mas que mesmo assim, não haveria nenhum empecilho para que os órgãos e entidades competentes estabelecessem protocolos e cuidados a serem tomados para tornar o diagnóstico ainda mais seguro.

O ministro afirmou que o aborto é um crime contra a vida, em que existe uma tutela à potencial vida. Alegou que no caso dos fetos anencéfalos, não haveria de se falar em uma vida possível, já que o feto anencéfalo seria, nas palavras do ministro, um ser biologicamente vivo, por ser formado de células vivas, mas juridicamente morto, não estando

⁴¹ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

abarcado pela proteção estatal. Explicou que a anencefalia é incompatível com a vida, e que não haveria de se falar em um direito a vida dos anencéfalos, que nas palavras do ministro relator, anencefalia e vida seriam termos antitéticos, já que o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa, pelo que concluiu que não cuidava-se de uma vida em potencial, mas de uma morte certa.

Ressaltou que não existia hierarquia do direito à vida sobre outros direitos, e que no caso em tela, o depoimento de mulheres que haviam feito a antecipação terapêutica do parto ajudou a esclarecer todo o sofrimento passado pelas mulheres que carregavam em suas barrigas, fetos anencéfalos.

Por fim, realçou sua solidariedade com essas mulheres e afirmou que apenas aquela que viveu tamanha angústia seria capaz de mensurar o sofrimento a que se submeteu, e destacou seu dever de atuar com justiça e sapiência, desprovido de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso e que por isso, todos os ministros que assim agissem estariam obrigados a garantir o direito da mulher de se manifestar livremente, sem temer eventual ação por crime de aborto⁴².

Desta feita, o ministro e relator Marco Aurélio Mello, votou a favor da liberação do aborto de fetos anencéfalos, declarando a inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

Ao analisar o voto do ministro relator Marco Aurélio, percebe-se uma série de inconsistências em seu voto. Inicialmente, o ministro afirmou que o anencéfalo não possuía atividade cortical da mesma forma que o morto cerebral também não constituía atividade cortical. Desse modo, concluiu que o anencéfalo seria um caso de morte cerebral que tem batimento cardíaco e respiração. Nota-se que conforme o próprio ministro afirmou, trata-se de uma mera conclusão do ministro, não havendo qualquer conclusão científica nesse sentido.

Da mesma forma, ao mencionar os testes em que os fetos anencéfalos respondiam a estímulos à dor, o ministro afirma que entendia que apenas se tratava de um ato reflexo, sendo que também não há qualquer conclusão científica nesse sentido, tratando-se apenas de uma mera dedução do ministro.

Ao longo de seu voto, o relator mostrou-se contraditório ao afirmar que no caso da marcela (menina que foi diagnosticada com anencefalia e viveu quase 02 anos), houve um erro no diagnóstico por parte dos médicos que analisaram o caso, mas logo em seguida, ao

⁴² BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

defender que o SUS possuía plena capacidade de absorver essa nova demanda, afirmou que a realização do diagnóstico seria extremamente fácil e que qualquer médico minimamente formado conseguiria fazer o diagnóstico com precisão.

De igual modo, o ministro relator afirmou que nos casos de anencefalia não haveria de se falar em direito a vida, uma vez que segundo entendimento próprio não existiria vida no feto anencéfalo, mas posteriormente pondera que não se poderia supervalorizar o direito à vida em relação aos outros direitos fundantes da CF/88, uma vez que não existia qualquer hierarquia entre os direitos previstos constitucionalmente. Ora, se não há nenhuma vida nos fetos anencéfalos, por que discutir a questão hierárquica do direito à vida?

Além disso, ao afirmar que nos casos dos fetos anencéfalos não haveria de se falar em uma vida possível, o ministro acaba revelando seu entendimento pessoal acerca das correntes da vida. Já que sem o desenvolvimento do cérebro não haveria que se falar em uma potencial vida, o ministro revela ser defensor da corrente neurológica acerca do início da vida.

4.2 Voto da Ministra Rosa Weber

A ministra Rosa Weber iniciou seu voto registrando que apesar de não ter participado da audiência pública presencialmente, a mesma assistiu o ato através da TV Justiça, além de ter se debruçado e lido com cautela todos os livros e materiais que foram enviados a ela por diferentes entidades e setores da sociedade civil.

A ministra resumiu que os grupos favoráveis à permissão da antecipação terapêutica do parto aduziram que a anencefalia é letal em 100% dos casos e que nos pouco momentos de sobrevivência, existem apenas reações automáticas do organismo. Observou, porém, que há diversos casos na literatura, de fetos com sobrevivência de meses e até mais de um ano. Destacou o caso de Marcela de Jesus que viveu quase dois anos, mas ponderou que alguns especialistas afirmaram que ela não possuía de fato anencefalia⁴³.

Basicamente, apoiou sua decisão em três enfoques, a atipicidade da antecipação terapêutica do parto dos fetos anencéfalos em relação ao crime de aborto, a anencefalia no rol das excludentes de ilicitude e por fim a ponderação e análise dos valores da dignidade, liberdade, vida do feto anencéfalo e a saúde da mulher.

Ao falar da antecipação do aborto como fato atípico, a ministra afirmou existir uma falácia naturalista na discussão da ADPF nº 54. Afirmou que parte da discussão gira em torno do fato da antecipação terapêutica do parto ser considerado ou não aborto. Explicou que

⁴³ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

a medicina tenta há tempos definir o que de fato seria vida, onde a vida se inicia e onde a vida termina, mas que para o direito, nada disso importaria e afirmou que a ciência não poderia determinar um dever de proteção a partir de um fato que considera verdadeiro ou falso, afirmou que a chamada “verdade científica” não deveria vincular outras esferas do saber, uma vez que nem mesmo a própria medicina possui um consenso no tema, de modo que o direito não poderia se vincular ao que fosse determinado cientificamente.

Utilizou como exemplo o debate acerca de Plutão ser ou não um planeta. Segundo afirmou, Plutão, durante muitos anos foi considerado um planeta, mas deixou de ser assim considerado em 2006, mudando completamente o entendimento, assim como poderia acontecer a respeito das correntes do início da vida.

Destacou que toda a discussão sobre Plutão não era na realidade sobre a afirmação “Plutão é um planeta” e sim sobre o conceito de planeta, de modo que se Plutão fosse considerado um planeta, outros objetos astronômicos também poderiam vir a ser classificados como planetas, o que geraria diversas dificuldades para as classificações astronômicas.

De igual modo, citou também a virologia em que se discute se os vírus seriam seres vivos, e afirmou que tal quais os exemplos por ela citados, seria o caso do conceito de vida para medicina.

A ministra traçou um paralelo histórico da medicina, oportunidade em que apontou diversas mudanças no ramo médico, e por fim concluiu que a ciência era uma atividade social que buscava uma descrição dos fatos que lhe fosse pertinente, não havendo que se falar em certeza científica.

Destacou que assim também era no direito, e que seria necessário tentar se extrair uma prática que fosse coerente. Discorreu acerca dos diversos crimes existentes no código penal, com destaques para os crimes contra a vida, citando o homicídio, o induzimento ao suicídio, o infanticídio e as diversas hipóteses de aborto, destacando sempre que os graus de reprovabilidade são bem diferentes entre eles, gerando penas diferentes, mesmo todos eles atingindo o direito à vida⁴⁴.

Reforçou a inexistência de uma precisão acerca do conceito da vida, e que para o direito penal o feto é protegido e só se considera aborto se houver uma vida no feto, e que não há uma clareza no conceito de vida. Mencionou o direito privado, que através do art. 2º do Código Civil afirma que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, garantindo os direitos do nascituro desde a concepção, ressaltando que nesse caso existe uma

⁴⁴ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

proteção aos direitos materiais futuros do nascituro, mas não havendo um verdadeiro conceito de vida.

Destacou que, portanto, para o direito, o melhor caminho não seria se guiar pela medicina, mas sim pelo Biodireito, e que o conceito de vida, não delimitado pelo direito penal e nem pelo direito civil, é tratado como presença de atividade cerebral para Biodireito.

Deste modo, afirmou que a antecipação do parto em casos de anencefalia não estava abrangida no conceito de aborto, sendo fato atípico.

Ponderou que houve uma ausência por parte do legislador ao mencionar os casos de excludente de ilicitude e presumiu que o legislador à época permitiu a figura do aborto em casos de estupro, ante o sofrimento da mãe, mas que apenas não incluiu os casos de anencefalia ante a deficiência tecnológica da época.

Por fim, ressaltou que os defensores da vida argumentam que o direito à vida é o primeiro e mais importante direito, inclusive condição para o exercício dos demais direitos, e que, portanto, a vida deveria ser protegida, não importando quanto tempo durasse. Afirmou, contudo que se deve aplicar o princípio da proporcionalidade e que o sistema ocidental de direito não admitia valores absolutos, não havendo como se estabelecer qual direito teria uma relevância maior.

Segundo a ministra, nos casos em que existem conflitos de direitos, conflitos principiológicos, os princípios e valores não poderiam se sobrepor um ao outro, apenas havendo uma escolha de qual seria aplicado a depender do caso concreto. Afirmou que obrigar uma mulher a prosseguir com o parto de um feto anencéfalo seria equiparado ao crime de tortura, o que seria inadmissível em um Estado democrático de direito⁴⁵.

Desta feita, a ministra seguiu o voto do relator, pelo que votou a favor da liberação do aborto de fetos anencéfalos.

Ao analisar as razões fundantes do voto da ministra Rosa Weber, percebe-se que a mesma deixou claro haver uma enorme imprecisão técnico-científica acerca do conceito de vida e onde esta se iniciaria. A jurista ponderou que essa definição seria algo mutável, mas mesmo não possuindo um entendimento concreto acerca das correntes do início da vida, a ministra optou por seguir o entendimento majoritário do Biodireito, que segundo a mesma, se sustenta na corrente neurológica acerca do início da vida.

⁴⁵ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

4.3 Voto do ministro Joaquim Barbosa

O ministro Joaquim Barbosa solicitou a antecipação de seu voto, pois precisava sair antes do fim do julgamento. O ministro afirmou que trouxe ao plenário o Habeas Corpus nº 84.025, o qual tinha como objetivo autorizar a realização de um aborto congênito. Destacou que a referida ação perdeu seu objeto uma vez que houve a realização do parto antes mesmo do julgamento do caso. Avultou que votaria no mesmo sentido e solicitou a juntada de seu voto por escrito, enfatizando que seguia o voto do relator.

Em suma, o ministro Joaquim Barbosa seguiu o voto do relator no sentido de ser a favor da liberação do aborto de fetos anencéfalos. Contudo, cumpre destacar alguns pontos levantados pelo ministro em seu voto escrito.

Inicialmente, afirmou entender que a ADPF cuidava da tutela da liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo no caso específico em que tem em sua barriga um feto cuja vida extrauterina seria inviável. Destacou que se tratava de uma interrupção da gravidez fadada ao fracasso, uma vez que o resultado final seria sempre a morte do feto.

Ponderou que a anencefalia era uma anomalia gravíssima e que cerca de 50% dos fetos morriam ainda dentro da barriga de sua mãe. Destacou que a lei não iria determinar que o aborto devesse necessariamente ocorrer, o que aconteceria seria uma chancela da liberdade da mulher de optar pela continuidade ou pela interrupção da gestação.

Afirmou que o momento em que os pais recebem a notícia de que seu filho não poderá ter uma vida extrauterina é um momento de muito sofrimento para os pais, que muitas vezes não sabem como reagir diante do diagnóstico. Disse que não achava razoável o Estado punir as pessoas que optassem pela antecipação do evento morte em nome de uma saúde física e psíquica e que uma punição nesse sentido, com a aplicação da pena prevista no crime de aborto seria desproporcional.

Suscitou que seria um contrassenso permitir a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental (aborto em casos de estupro), mas não permitir em casos de malformação fetal gravíssima, em que inexistiria a possibilidade de uma vida exitosa extrauterina.

Afirmou que a tutela da vida experimentava graus diferenciados, e que o direito não poderia dar o mesmo grau de proteção a um nascituro com vida extrauterina inviável com relação aos nascituros que possuem uma real perspectiva de vida. E que justamente por isso a lei diferenciava, com inclusive penas diversas, os crimes de aborto, infanticídio e homicídio.

Afirmou que o feto anencefálico mesmo estando biologicamente vivo, não teria proteção jurídica. De modo que com a morte encefálica acabaria a proteção à vida, mesmo existindo uma vida nesses casos.

Frisou que o caso discutido apenas não foi previsto como forma de excludente da ilicitude uma vez que na época da promulgação do Código Penal, em 1940, não havia tecnologia suficiente para diagnosticar com certeza a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro pós-parto.

Deste modo, o ministro Joaquim Barbosa votou pela procedência do pedido formulado inicialmente pela exclusão da ilicitude nos casos de aborto de fetos anencéfalos⁴⁶.

Portanto, percebe-se que o ministro Joaquim Barbosa, apesar de ter seguido o voto do relator, em seu voto escrito afirmou categoricamente que existe vida nos fetos anencéfalos, apenas defendendo que estes não deveriam ter proteção jurídica, diferente do que havia sido alegado pelo relator Marco Aurélio. Deste modo, apesar de não ter especificado qual corrente acerca do início da vida entendia ser a adequada, o ministro refutou a corrente neurológica defendida inicialmente pelo relator.

4.4 Voto do ministro Luiz Fux

O ministro Luiz Fux iniciou seu voto elogiando os companheiros de mesa e explicando a beleza e a importância de um órgão colegiado. Sem muitas delongas, demonstrou logo que votaria favoravelmente à descriminalização dos casos de aborto de fetos anencéfalos.

Explicou que também não teve a oportunidade de participar da audiência pública e nem pôde acompanhar com detalhes os liames do caso, mas que recebeu diversos e-mails e correspondências tratando do tema. Mencionou uma carta que emocionou o ministro, a qual contava a história de dois casais, um que estava feliz na maternidade e outro que estava triste, aos prantos e diante de um pequeno caixão branco, informou que o autor da carta era o pai da criança cujo funeral estava sendo realizado no próprio hospital.

Informou que segundo a Organização Mundial da Saúde o Brasil era o terceiro país com mais ocorrências de fetos anencefálicos, numa proporção de 10 casos de anencefalia a cada dez mil nascimentos “com vida”.

⁴⁶ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

Após, explicou brevemente o que seria a anencefalia e do que se tratava a referida ADPF nº 54.

Destacou que não se sentia confortável para ponderar qual vida seria mais importante, a do feto anencéfalo ou a da mulher e que se guiava pelos jusfilósofos Habermas e Dworkin, que segundo o ministro trataram com grande profundidade do tema aborto e condenavam uma postura de disputa entre os grupos pró-vida e pró-escolha. Afirmou que deve-se aceitar a pluralidade de ideias, sobretudo por ambos posicionamentos terem seus argumentos e fundamentos. Disse que como magistrado, sobretudo estando diante de um “hard-case” como esse, não poderia adotar uma postura parcial para um dos lados. Concluiu seu raciocínio afirmando que seria extremamente prematuro o Supremo Tribunal Federal tentar solucionar esse impasse, que se faz presente na sociedade há décadas.

Tratando-se de uma questão de alta complexidade, sobre a qual a nação estava dividida, acreditou ser mais seguro não tomar nenhum posicionamento extremado, mas qualquer que fosse o entendimento, algum grupo iria discordar do que havia sido decidido.

Destacou seu voto final, afirmando que estaria adotando uma postura no sentido de não criminalizar a mulher que realizasse a antecipação terapêutica do parto em razão de casos de anencefalia. Ponderou que a mulher que quisesse permanecer com o parto até o fim teria essa opção, mas aquelas que desejassem antecipar seu sofrimento pessoal também teria essa escolha.

Mencionando os avanços da Bioética e parafraseando o jurista Gunther Jakobs, afirmou ser admissível acolher um encurtamento da vida para combater dores mais graves. Por fim, fundamentando seu voto com dados estatísticos, afirmou que a média de vida de um feto anencéfalo é de 51 minutos de vida, de acordo com um trabalho publicado num periódico sobre Obstetrícia e Ginecologia norte-americana. Afirmou que há estudos que afirmam que o sofrimento do casal é menor quando há a interrupção das gestações de risco e que segundo os dados coletados no Hospital da Mulher da Unicamp, 38% dos fetos anencéfalos chegavam a morrer ainda dentro do útero materno, o que poderia gerar diversas consequências para saúde da mulher⁴⁷.

Desta feita, o ministro Luiz Fux seguindo o voto do relator, votou pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, a fim de dar interpretação acerca do art. 128 do Código Penal, no sentido de não configurar crime de aborto na hipótese de interrupção voluntária da gravidez de feto anencefálico.

⁴⁷ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

Importante destacar alguns pontos acerca do voto do ministro Luiz Fux. O ministro buscou em toda sua argumentação agir com certa imparcialidade e buscando sempre suscitar os dois lados da discussão. Ocorre que justamente por agir dessa forma, difícil de fazer precisar qual exatamente seria a corrente acerca do início da vida adota pelo julgador.

Em certos momentos, o jurista se mostra inclusive contraditório, como por exemplo ao afirmar que a proporção dos casos de anencefalia eram de 10 casos de anencefalia para cada 10 mil casos de nascimento com vida. Ao assim afirmar, o ministro acaba deixando a entender que nos casos de anencefalia não haveria que se falar em vida, o que levaria a acreditar que o mesmo possuía entendimento no sentido da corrente neurológica.

Ocorre que, momentos depois, o mesmo ministro afirma que não possuía condições de ponderar qual seria a vida mais importante, se seria a vida do feto anencéfalo ou a da mãe. Ou seja, nesse momento o ministro afirmou que o feto anencéfalo possuía vida, o que descartaria imediatamente a corrente neurológica.

Em suma, ao buscar ser isento em seu voto, o ministro acabou sendo contraditório em certos pontos, sem deixar claro qual seria seu posicionamento acerca do início da vida.

4.5 Voto da ministra Cármen Lúcia

A ministra Cármen Lúcia solicitou antecipação de seu voto, informou que votaria em sentido favorável à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 e que apenas teceria breves comentários sobre o caso, juntando ao final seu voto escrito em sua integralidade.

Destacou que todos os ministros, os presentes na audiência pública e todos aqueles que se manifestaram de alguma forma sobre o tema são a favor da vida, mas no que tange à discussão em questão, tratava-se de um debate sobre uma perspectiva unicamente constitucional, de modo que unicamente importaria o que a Constituição Federal de 1988 determinava.

Frisou que o Supremo Tribunal Federal não estava tratando da liberação do aborto, e que isso era algo que apenas a sociedade como um todo poderia decidir, não cabendo ao tribunal decidir sobre a questão. Explicou que tratava-se apenas da análise de uma possível interpretação pela não punição de uma mulher que realizasse a interrupção da gravidez em casos de fetos anencéfalos.

Explicitou que recebeu diversas cartas em que se falava que o STF estava liberando o aborto eugênico, ou seja, permitindo o aborto em casos de pessoas com

deficiência. Destacou que também não era esse o caso, e que nem poderia ser, uma vez que a única função da Suprema Corte era julgar o caso que lhe havia sido apresentado, não podendo nunca julgar, além disso, seja para liberar o aborto como um todo, ou para liberar o aborto eugênico. Apenas estava-se analisando a perspectiva do aborto sob o enfoque dos casos dos anencéfalos⁴⁸.

Disse que a questão da anencefalia dizia respeito principalmente sobre a potencialidade de vida ou não. Esclareceu que não se obrigaria ninguém a realizar aborto, apenas se abriria a possibilidade de permitir que a mulher escolhesse qual seria o melhor caminho a ser seguido, continuando ou não com a gravidez.

Fundamentou seu voto no direito à saúde e no princípio constitucional da dignidade da vida, mas principalmente no direito à dignidade da vida. Destacou que em qualquer gravidez, não se analisa a questão sob a perspectiva única da criança ou única da mãe, mas sim, analisa-se sob a perspectiva da relação dos dois seres vivos. No caso da anencefalia, a relação mãe e filho torna-se extremamente conturbada, ante a constante expectativa da morte, momento em que a mãe sofre um luto duradouro. Deste modo, entendeu que a antecipação do luto e da dor seria algo libertador para a mãe que estaria sofrendo. Ponderou que não seria coerente obrigar uma mãe a prolongar seu sofrimento e seu período de luto caso essa assim não quisesse.

Destacou que não haveria de se falar de escolha fácil, qualquer que fosse a escolha seria uma escolha trágica, no caso dos anencéfalos, seria a escolha possível dentro das escolhas difíceis. Afirmou que todas as opções seriam de dor, e qualquer que fosse a escolha da mãe, o fato de uma gravidez de fetos anencéfalos, seria um momento de dor. A única escolha possível seria analisar qual seria a menor dor.

Resumiu todo seu voto sob o princípio da dignidade da vida humana e que justamente observando a dignidade da vida humana, defendeu que nos casos de anencefalia, a interrupção da gravidez não deveria ser criminalizável.

Disse que conforme a medicina avança se consegue averiguar a situação da gravidez cada vez mais cedo, de modo que se antecipa cada vez mais o sofrimento da mulher, mas também dá a ela mais tempo para processar e saber como vai lidar com a situação.

Explicou que durante todo o discurso trouxe apenas a discussão sob a perspectiva da mulher, destacando o sofrimento da mulher, mas que a interrupção da gravidez também seria algo de direito do homem, do pai, dos familiares, que também sofrem

⁴⁸ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

drasticamente com toda a situação e que algumas vezes, acontecimentos como esse levavam famílias à ruína.

Com o fito de sensibilizar os julgadores e reforçar tudo o que já havia sido dito, contou a história de uma mulher que lhe enviou uma carta nos últimos dias. A mulher da história, disse que passou mais de 05 meses sem sair de casa, com vergonha de sair de casa, pois em cada lugar que passava as pessoas lhe perguntavam quando o bebê iria nascer, se seria menino ou menina, qual o nome do filho, e como achava que ele seria, e por não suportar responder essas perguntas, preferiu distanciar-se do mundo, se escondendo em casa⁴⁹.

Justamente pensando no sofrimento dessas mulheres, que a ministra Carmén Lúcia votou pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, para que não se considere crime a interrupção da gravidez em casos de anencefalia.

Ao tecer seus comentários sobre o tema, a ministra não explicitou qual corrente acerca da vida entendia ser a correta, mas ao observar o voto escrito anexado pela mesma, extrai-se que a jurista excluiu qualquer hipótese de se acolher a corrente neurológica, uma vez que em diversos momentos menciona haver vida no feto anencéfalo, o que descarta cabalmente a corrente neurológica.

A ministra afirmou que a vida é um conceito incerto sobre o qual têm sido dada diversas respostas diferentes, não só em razão das distintas perspectivas, mas também em razão dos diversos critérios mantidos pelos especialistas dentro de cada um dos pontos de vista considerados. E essa é uma discussão que não deveria e nem poderia ser discutida pela suprema corte.

Contudo, em determinado trecho de seu voto escrito fala que “a vida detectada na terceira semana da gestação...”, de modo a deixar possível uma interpretação pró corrente da gastrulação, já que para os defensores dessa corrente, a vida apenas teria início no período da gastrulação, que acontece justamente na terceira semana da gestação.

Na realidade a própria ministra explicita que há uma grande discussão para definir o momento exato do início da vida, bem como a definição do que seria a vida, o que eleva ainda mais a dificuldade de elucidar qualquer discussão sobre o tema. E para não entrar na polêmica, optou por não embasar seu voto na questão, o que deixa uma certa dúvida acerca do entendimento pessoal da julgadora.

⁴⁹ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

4.6 Voto do ministro Ricardo Lewandowski

O ministro Ricardo Lewandowski explicou que seu voto seria dividido em alguns tópicos, todos tratados de modo resumido. Esclareceu logo de início que votaria em sentido contrário aos ministros que o antecederam, mas que respeitava o posicionamento dos mesmos.

Iniciou seu voto com um resumo de todos os acontecimentos da ADPF nº 54 até aquele momento, esmiuçando quando um dos argumentos trazidos pela CNTS em sua peça inaugural. Em seguida, fez uma leitura de todos os dispositivos legais mencionados pela CNTS, principalmente os artigos do código penal que foram alvos da referida ADPF.

Explicou que ao contrário do que muitos afirmaram, o legislador do Código Penal nunca teve a intenção de permitir o aborto em casos de anencefalia, na realidade, segundo o respeitável criminalista Celso Delmanto, que viveu na época do código penal e contribuiu para o mesmo, tendo inclusive escrito o Código Penal Anotado (5 edições) e Código Penal Comentado (1ª e 2ª edições)⁵⁰ deixou claro que o legislador de modo explícito e deliberado não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez em casos de feto mal formado, ao afirmar que a figura criada do aborto chamado necessário (em casos de risco de morte para a mãe) e do aborto sentimental (em casos de estupro) não legitimariam o chamado aborto eugenético, ainda que provável, ou mesmo certo de que a criança nascesse com deformidade ou doença incurável.

Refutou também o argumento de que a liberação dos casos de aborto de anencéfalos só não haviam sido previsto à época do código penal por uma deficiência tecnológica que permitisse confirmar a patologia.

Explicou que os diagnósticos de deformidades e patologias fetais podem ser realizados pelas mais distintas técnicas, como por exemplo através do exame do líquido amniótico, que já estava à disposição da medicina muito antes do código penal de 1940 surgir.

Insistiu que o legislador havia sido muito claro e que não deixava dúvidas sobre o tema. Destacou que todas as normas devem estar baseadas na Carta maior, e que toda e qualquer interpretação de texto legal deve se guiar pela constituição federal.

Explanou que deve-se guiar pela lei sempre, e quando a lei for clara, não há que se falar em espaço para qualquer interpretação. Disse que a suprema corte apenas pode exercer o papel de legislador negativo, extirpando do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Carta Maior e que qualquer excesso que esbarrasse nisso seria

⁵⁰[S.I]. **História** - **Celso Delmanto (1937-1989)**. Disponível em: http://www.delmanto.com/historia_celso_port.html. Acesso em: 20. Nov. 2019.

considerada uma usurpação dos poderes atribuídos à carta magna, poderes atribuídos pelo próprio povo inclusive.

Enfatizou que não seria lícito o STF criar normas legais, sendo vedado ao órgão, vestir vestes de legislador positivo, tomando decisões ilícitas que careceriam inclusive do que achou por bem chamar de unção legitimadora do voto popular, promovendo inovações no ordenamento como se parlamentares eleitos fossem.

Ao deixar a questão processual de lado e debruçar-se sobre o tema, o ministro afirmou que se tratava de um tema bastante controvertido e que tem despertado discussões ao redor do mundo. Tendo alguns países submetido a questão a consultas populares, enquanto que outros a questão é decidida por pronunciamentos judiciais, gerando intensas controvérsias.

Destacou que tanto aqueles que são favoráveis ao aborto, como os que são contrários ao aborto comumente invocam o princípio da dignidade humana, e que a discussão divide não só a suprema corte, mas toda a sociedade.

Explicou que a discussão era muito mais complexa do que muitos tentavam fazer parecer, pois além de envolver o princípio fundamental da proteção à vida, também envolvia diversos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, pelo que mencionou a Convenção Americana de Direito Humanos em seu art. 1 e 4. O artigo 1º da referida convenção, a qual o Brasil está vinculado, prevê expressamente que toda pessoa tem direito à vida, que deve ser protegido em lei desde o momento da concepção, e que ninguém poderia ser privado da vida arbitrariamente⁵¹.

Além disso, ensinou que ao se liberar o aborto para os casos de fetos anencéfalos, estar-se-ia criando precedentes para a interrupção da gravidez em quaisquer embriões que ostentassem pouca ou nenhuma expectativa de vida extrauterina e que a própria CNTS em sua Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10) em seu capítulo XVII arrolava dezenas e dezenas de patologias fetais em que não se havia chance de vida extrauterina ou que a possibilidade de sobrevivência era muito pequena.

Demonstrou que uma decisão judicial isentando a sanção ao aborto de fetos com anencefalia, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, abriria portas para a interrupção da gravidez em inúmeros outros embriões com outras doenças genéticas que também levassem ao encurtamento de suas vidas intra ou extra-uterina.

⁵¹ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

Insistiu que sem ter uma lei devidamente aprovada pelo Parlamento, precedida de um amplo debate público, a Suprema Corte estaria retrocedendo ao tempo dos antigos romanos, em que se matavam as crianças fracas e debilitadas.

Além disso, destacou que essa não é uma questão unicamente penal, e se por um acaso fosse declarados inconstitucionais os artigos do Código Penal, também seriam considerados inconstitucionais uma série de outros textos normativos, como a exemplo o art. 2º do Código Civil, que prevê os direitos dos nascituros desde a concepção. Tal medida, segundo o ministro, geraria uma série de lacunas no ordenamento jurídico, além de abrir precedentes que enfraqueceriam a proteção legal à vida humana. Destacou a Portaria nº 487, de 2 de março de 2007, do Ministério da Saúde que refletia a preocupação das autoridades médicas com o sofrimento dos fetos anencéfalos, que apesar de não possuírem um sistema nervoso central completo, comprovadamente sentem dor e reagem a estímulos externos.

Explicou também, que à época, havia dois projetos de lei que tratavam do tema de aborto de fetos anencéfalos, e que faria muito mais sentido, deixar que essa questão fosse discutida no âmbito legislativo.

Finalizou seu voto afirmando que a CNTS pretendia que a Suprema Corte elaborasse uma norma autorizadora do aborto eugênico nos casos de anencefalia fetal, o que em outras palavras, seria usurpar a competência privativa do Congresso Nacional para criar mais uma causa de exclusão da punibilidade ou pior, exclusão da ilicitude, o que seria inadmissível⁵².

Desta feita, o ministro Ricardo Lewandowski votou pela improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

Em seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski deixou claro considerar inconstitucional a análise da questão por parte do Supremo Tribunal Federal. O jurista mostrou-se estar a par de toda a discussão acerca das correntes do início da vida, e amparado sempre na Constituição Federal e nas demais normas legais, sustentou a tese de que a vida se inicia no exato momento da concepção, deixando claro defender a corrente da fecundação acerca do início da vida.

4.7 Impedimento do ministro Dias Toffoli

O ministro Dias Toffoli foi considerado impedido de votar na referida ADPF por, antes de ter sido membro da suprema corte, ter atuado no processo, como advogado geral

⁵² BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

da União, tendo na época apresentado parecer favorável à liberação do aborto em casos de anencefalia⁵³.

Desta feita, por já ter atuado no processo anteriormente, o ministro Dias Tofolli foi considerado suspeito, sendo impedido de votar na ocasião.

4.8 Voto do ministro Ayres Britto

O ministro Ayres Britto iniciou seu voto afirmando que o feto anencefalo era desprovido de hemisférios cerebrais, que são parte fundamental do cérebro, de modo que, não havendo essa parte vital do cérebro, o ser em gestação não teria como escapar de uma parada cardiorrespiratória fatal nas primeiras horas pós-parto.

Mencionou que aborto seria a expulsão consentida ou provocada do produto da concepção, com o objetivo de impedir que o produto da concepção tenha qualquer possibilidade de vida extrauterina.

Após dar suas explicações do que seria um feto anencéfalo e do que seria aborto, o ministro Ayres Britto explicou que toda a questão discutida na ADPF nº 54 poderia ser tratada de formas distintas, seja analisando que a antecipação terapêutica do feto anencéfalo é crime ou que inexistiria crime nos casos de gravidez com o natimorto cerebral.

O ministro esclareceu que apesar da Constituição Federal tipificar o crime de aborto, não existiria nenhum consenso acerca da definição do início da vida, questão que seria essencial para discussão. Ponderou que a Constituição Federal de 1980 padecia de um déficit lógico ao criminalizar o aborto, sem nem sequer saber quando se inicia a vida humana que se busca tutelar.

Explicou que há muito se tenta definir qual seria o momento de início da vida, já tendo havido diversos debates nesse sentido. Afirmou ser evidente que toda a vida humana começava com a fecundação de um óvulo, mas enfatizou que não seria possível confundir embrião de vida humana com vida humana embrionária. Explicou que o zigoto não seria uma vida humana embrionária, e sim apenas um embrião de vida humana, e que só se tornaria vida humana embrionária depois de passar por uma metamorfose.

Metaforou ao falar que o feto anencéfalo seria uma crisálida que nunca chegará ao estágio de borboleta, pois nunca alçará voo. Seria, segundo o jurista, uma gravidez destinada ao nada. Explicou que no seu entendimento, a conduta abortiva tem como pressuposto frustrar um destino final.

⁵³ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

Concluiu seu argumento afirmando que se a criminalização do aborto se daria como política de proteção à vida de um ser humano em potencial, ao não existir potencialidade de vida, não haveria de permanecer a vedação legal. Explicou que o desfazimento da gravidez anencefálica só seria aborto em uma linguagem coloquial, que não representaria a realidade, uma vez que não existiria aborto nesses casos.

Filosofou ao dizer que todo aborto é uma interrupção da gravidez, mas nem toda interrupção da gravidez seria aborto.

Afirmou que o feto anencéfalo não poderia ser considerado um deficiente físico, pois não possuía uma deficiência, na realidade não possuía a calota craniana em sua totalidade, e que também não poderia ser chamado de deficiente mental, pois nem mente teria.

Destacou que o Conselho Federal de Medicina afirmava que para os anencéfalos, em decorrência da ausência do cérebro, seria inaplicável e desnecessários os critérios de morte cerebral.

Ponderou que o grau de civilização de uma sociedade se media pelo grau de liberdade das mulheres, e que se os homens engravidassem a interrupção a gravidez seria lícita desde sempre. Afirmou que devia-se respeitar a autonomia das mulheres e que por isso, levaria essa luta até o fim. Disse que a decisão da mulher é algo inviolável, sagrado, e que nesse aspecto a mulher se equipara a Deus, pois pode gerar uma vida em seu ventre⁵⁴.

Desta feita, o ministro Ayres Britto julgou procedente o pedido formulado na inicial pelo que votou no sentido de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez estaria tipificada no Código Penal.

Inicialmente, cumpre destacar que o ministro mostrou-se contraditório em alguns pontos, principalmente por ter criado definições sobre o tema, ao invés de se guiar pelas definições já existentes em qualquer que seja o dicionário.

Triste a comparação do ministro ao afirmar que o feto anencéfalo seria como uma minhoca que nunca seria uma borboleta, pois nunca voaria. Isso porque pode haver borboletas que não cheguem a voar por determinada deficiência, mas que nem por isso deixam de serem borboletas. Não é o fato de voar ou não que faz uma borboleta ser o que ela é.

O jurista também afirmou que a conduta abortiva teria como pressuposto frustrar um destino final, o que também não condiz com a realidade, uma vez que existem as possibilidades de aborto chamado espontâneo e causados sem intenção, por uma conduta inapropriada da mãe por exemplo.

⁵⁴ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

Além disso, em sua fala final, ao afirmar que o feto anencéfalo não poderia ser considerado um deficiente físico, sob o pretexto que não se trataria de uma deficiência, já que o feto anencéfalo não possuía a calota craniana em sua totalidade, o ministro ponderou mal, uma vez que o conceito de deficiência contempla também a ideia de deficiência total, conforme bem explica Battistella em seu artigo sobre o tema⁵⁵. Além disso, o ministro também afirma que não poderia se falar de uma deficiência mental uma vez que segundo o mesmo o feto anencéfalo também não possuía mente. Mais um conceito que não condiz com os parâmetros estabelecidos da palavra mente.

Contudo, apesar de ser contraditório e infeliz em alguns comentários, o ministro Ayres Britto chegou a versar sobre o tema das correntes acerca do início da vida, e apesar de não ter definido com exatidão qual seria seu posicionamento acerca do tema, pareceu estar mais propício a aceitar a corrente neurológica acerca do início da vida.

4.9 Voto do ministro Gilmar Mendes

O ministro Gilmar Mendes iniciou seu voto afirmando que o argumento que havia sido levantado de se fazer uma interpretação conforme caráter aditivo não o impressionou e que o próprio tribunal tem aos poucos, incorporado prática do direito italiano e espanhol quanto a possibilidade de perfil aditivo por parte da suprema corte.

Explicou que no mais, os ministros que o antecederam trataram muito bem da questão, e que, por isso, não pretendia se delongar no tema.

Inicialmente apontou que muitos estavam reclamando da participação de membros religiosos na audiência pública, e que isso não deveria ser aceito em um Estado laico. Contudo, no entender do ministro, não seria esse o caso, uma vez que os argumentos de entidades e organizações religiosas podem e devem ser consideradas pelo legislativo e pelo judiciário, pois também se relacionariam às razões públicas e não somente às razões religiosas. Destacou inclusive a importância de se ouvir cristãos, judeus, muçulmanos, ateus ou quaisquer outros seguimentos religiosos, não só através das audiências públicas, mas também por meio do instituto *amicus curiae*.

Destacou a importância do *amicus curiae* e a contribuição dos mais plurais grupos em qualquer que seja o debate. Pelo que criticou a postura do relator de não permitir a atuação de órgãos como a CNBB e ONGs no processo. Destacou que parte do direito de liberdade religiosa consistia no direito de livre manifestação dos pensamentos. Insistiu seu

⁵⁵ BATTISTELLA. Linamara Rizzo. **Conceito de deficiência segundo a Convenção da ONU e os critérios da CIF. [N.I.]**. Secretária do Estado de São Paulo. Acesso em 22. Nov. 2019.

posicionamento de que a admissão de quaisquer entidades como *amicus curiae* deveria ser um ponto focal da Suprema Corte, uma vez que só fortaleceria o debate.

Para tratar do tema do aborto propriamente dito, o ministro resolveu valer-se do chamado direito comparado, analisando como o fenômeno era tratado em outros países, para poder fazer um paralelo com a realidade brasileira.

Destacou que das 194 nações vinculadas à ONU, 94 permitiam o aborto em casos de anencefalia, teceu breves comentários sobre o funcionamento do instituto em diversos países, trazendo inclusive correntes acerca do início da vida predominantes em cada país. Destacou que diversos países ou permitiram a realização de praticas abortivas, ou suavizaram o assunto, passando a punir com medidas socioeducativas por exemplo.

Explicou que a chamada revolução sexual que aconteceu no século XX, com forte apoio de grupos de pesquisa de medicamentos contraceptivos impulsionaram a discussão sobre o aborto, uma vez que começou a permitir o uso dos contraceptivos (também chamados de microabortivos), e com o auge do movimento feminista, houve cada vez mais discussões no sentido de se permitir o aborto como um todo.

Destacou a medida tomada por alguns países, como os Estados Unidos, que ia punindo gradativamente os que praticassem aborto de acordo com a fase em que a gestação se encontrava. De modo que quanto mais perto estivesse do nascimento do bebê, maior seria a pena.

Explicou que o direito à vida é considerado como prioritário sob a perspectiva de um Estado democrático de direito, sendo um valor essencial a ser preservado pelo Estado, sendo inclusive pressuposto essencial para a concretização dos demais direitos. Mas que apesar disso, caberia ao ordenamento jurídico, estabelecer de que forma e em que medida a proteção estatal aconteceria.

Apontou que no direito brasileiro o legislador ponderou casos em que a liberdade individual teria prevalência sobre o direito à vida, como no caso de risco de vida da mulher ou em casos de estupro.

Ponderou que nesses casos se permitia o abortamento do feto, mesmo que plenamente saudável, com o fito de preservar a saúde da mãe, seja uma saúde física ou uma saúde psicológica. Disse entender que seria justamente nesse diapasão que os casos de anencefalia se contrariam e que justamente por isso, tratava de uma tendência mundial o entendimento nesse sentido⁵⁶.

⁵⁶ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

Destacou que para melhor elucidar o tema, seria importantíssimo fazer alguns esclarecimentos acerca da anencefalia. Explicou que morte encefálica e anencefalia seriam conceitos completamente distintos, e que alguns julgadores estavam confundindo isso. Nos casos de morte cerebral, a pessoa só permaneceria viva com ajuda de aparelhos, enquanto que nos casos de anencefalia a pessoa teria autonomia cardíaca e respiratória.

Além disso, ponderou que existia um risco na gravidez de um feto anencéfalo, uma vez que há uma série de complicações para a saúde física da mulher, dentre as quais destacou a possibilidade de hipertensão, diabetes, parto prematuro, deslocamento da placenta, óbito intrauterino, histerectomia, entre outros problemas de saúde que poderiam ser provenientes da patologia da criança. Avultou também o forte impacto sobre a saúde mental das mulheres, com possibilidade de estresse psíquico, angústia, culpa, fixação na imagem fetal, tendências suicidas, entre outros.

Afirmou que em seu entendimento afirmar que a interrupção da gravidez em casos de anencefalia seria incorreto, pois é evidente que trata-se de um caso de aborto, além disso, afirmou que também não era correto justificar a possibilidade de aborto em casos de anencéfalos sob o pretexto de se tutelar a liberdade ou a dignidade humana, uma vez que sendo vida, o nascituro também padece de proteção estatal.

Destacou que o tema é de uma complexidade ímpar, e que justamente por isso enfatizou que as ponderações feitas em seu voto jamais poderiam servir para permitir quaisquer outras hipóteses de aborto, seja os casos de aborto eugênico ou de aborto puro, podendo unicamente servir para a questão da anencefalia.

Resumiu que seria inadequado tratar do tema sobre o prisma da atipicidade do fato, ou mesmo da ponderação de princípios, também explicou a inconsistência do argumento de que aborto se trata de uma questão de saúde pública, pois todos esses seriam assuntos demasiadamente políticos e simbólicos, reduzindo a discussão a um simples olhar pragmático.

Assentou que a sociedade plural brasileira convive com duas hipóteses de interrupção da gravidez, uma visando a saúde física da mulher (em casos de risco de vida) e outra visando a saúde mental da mulher (casos de estupro) e como a gestação de anencéfalos traria risco físico e mental à mulher e que por isso estaria compreendido entre as duas excludentes existentes da ilicitude.

Entafizou que a comprovação da anencefalia seria imprescindível, e que para o cumprimento da decisão, seria indispensável que o ministério da saúde regulasse de forma adequada o procedimento de reconhecimento da anencefalia.

Deste modo, o ministro Gilmar Mendes votou favorável à ADPF nº 54, acolhendo a hipótese de criação de uma nova existente de excludente de ilicitude do aborto,

com o texto legal no sentido de não se punir o aborto praticado por médico, com a anuência da gestante, se o feto padecer de anencefalia comprovada por junta médica adequada conforme norma e procedimento a ser estabelecido no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Importante destacar que diferentemente dos demais ministros que votaram favoravelmente à ADPF nº 54, o ministro Gilmar Mendes buscou atuar como legislador ativo, criando hipótese legal de exclusão da ilicitude, como modificação do texto legal.

Em seu brilhante voto, o ministro deixou claro ser totalmente contrário à corrente neurológica acerca do início da vida, ao mencionar a diferença entre a morte cerebral e os casos de anencefalia, além de ter tratado por diversas vezes o feto como uma pessoa, criança, ser humano, deixando evidente seu posicionamento contrário à corrente da fecundação, mesmo sem ter especificado qual tese exatamente o ministro seguiria.

4.10 Voto do ministro Celso de Mello

O ministro Celso de Mello iniciou seu voto destacando a importância do tema, ressaltando inclusive que durante seus 44 anos de carreira, jamais havia se deparado com processo tão relevante como esse.

Explicou que na realidade, o julgamento da causa não se limitava apenas a essa ADPF, sendo um debate histórico, em que se discutia o alcance e o sentido da vida e da morte.

Afirmou que é um julgamento que levantava esperança às milhares de mulheres que estariam a receber a partir daquele dia, o amparo jurisdicional que lhes garantiria o exercício pleno do direito de escolha.

Apontou que na altura em que o julgamento se encontrava, o STF estaria já no estágio de reconhecer que a mulher, apoiada em seus direitos reprodutivos e protegida pelos direitos à liberdade e à dignidade da pessoa humana, teria o pleno poder de realizar a antecipação terapêutica do parto, nos casos de malformação fetal.

Explicou que o feto anencéfalo, estando dentro do corpo da mãe, só se mantinha “funcionando” graças aos órgãos da mãe, da mesma forma que uma pessoa com morte cerebral só se mantinha por aparelhos a ela conectados.

Deste modo, segundo o ministro, não havendo vida a ser protegida, nada justificaria a restrição dos mais plenos direitos da mulher.

Afirmou que a mulher possuía o direito de controlar sua própria fecundidade, e que apesar de ter sido subjugada historicamente, a mulher teria, segundo o entendimento do

ministro, conquistado seus direitos através do movimento feminista, que inclusive, conseguiu revolucionar a sociedade, o que permitiria a vitória do direito de escolha da mulher⁵⁷.

O ministro traçou um breve histórico das conquistas das mulheres, ressaltando como elas eram discriminadas, subjugadas graças a um extremismo religioso e como elas foram aos poucos conquistando seus direitos, e continuavam lutando até a atualidade.

Ponderou que nesse contexto de luta, o poder judiciário funcionava justamente como instrumento concretizador das liberdades civis, tendo o dever de apoiar as mulheres nessa luta.

Destacou por diversas vezes a Declaração de Viena, que enfatiza o compromisso do Estado promover o respeito universal, a igualdade e as liberdades fundamentais das pessoas.

Relembrou a importância do distanciamento entre o Estado e a religião e afirmou que é graças à laicidade do Estado que se é possível o respeito das liberdades individuais e o respeito ao pluralismo de ideias.

Afirmou que existia uma forte discussão acerca de qual seria o início da vida, mas que no entender do ministro, vários poderiam ser os inícios da vida humana.

O ministro citou algumas das correntes acerca do início da vida, explicando o marco inicial para a vida em cada uma delas e qual seria o fundamento para tal entendimento.

Explicou ainda, que diversas são as teorias sobre o tema, e que portanto, caberia ao julgador, escolher qual seria a tese utilizada a depender do caso concreto.

Noutras palavras, basicamente, o ministro defendeu que não se deveria estabelecer uma única corrente acerca do início da vida, mas sim que se permitisse a utilização das mais diversas correntes, que seriam utilizadas a depender do caso concreto, cabendo ao julgador optar por aquela que mais se ajustasse ao interesse público.

Explicou que esse entendimento seria possível, uma vez que a Constituição Federal apenas proclamava o direito à inviolabilidade da vida, não tendo veiculado qual seria o conceito de vida, o que abriria espaço para que o julgador dispusesse dos conceitos existentes.

Afirmou que o Brasil adotava a morte cerebral como decisiva para a constatação da morte, e que por isso, não se poderia falar que os fetos anencéfalos seriam uma vida, já que, não tendo se iniciada a formação do sistema nervoso central, inexistiria a figura de uma pessoa ou de um ser humano em potencial.

⁵⁷ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

Afirmou que seria uma ofensa aos direitos fundamentais da pessoa humana afirmar que a antecipação terapêutica do parto seria aborto, uma vez que não haveria uma vida. Disse que se caracterizaria a absoluta impropriedade do objeto, uma vez que inexistiria organismo cuja integridade devesse ser protegida, ocasionando uma ausência de tipicidade penal da conduta da mulher⁵⁸.

Desta feita, o ministro Celso de Mello votou favorável à ADPF nº 54 no sentido de ser declarada a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que impedisse a realização da antecipação terapêutica do parto em casos de fetos anencéfalos.

O ministro Celso de Mello defendeu inicialmente a possibilidade de não se definir qual seria a corrente acerca da vida cabível, mas sim possibilitar ao julgador, escolher a corrente que se adequaria melhor ao caso concreto. Esse entendimento é realmente problemático, pois ao relativizar o tema desta forma, se traria uma forte insegurança jurídica ao país, o que poderia gerar uma série de consequências socioeconômicas, que prejudicariam toda a nação.

Ao tratar especificamente do tema dos fetos anencéfalos, o ministro defendeu que os fetos anencéfalos não teriam vida, uma vez que o sistema nervoso central não havia se formado, adotando claramente os rumos da corrente neurológica acerca do início da vida.

4.11 Voto do ministro Cezar Peluso

O ministro Cezar Peluso iniciou seu voto afirmando que entendia que esse seria o julgamento mais importante da história da Suprema Corte, porque nesse julgamento, havia na realidade, a tentativa de se definir qual seria a corrente predominante acerca do início da vida. Pediu as devidas vênias aos demais ministros e afirmou que divergiria dos que o antecederam e que enxergava toda a discussão sob uma outra ótica. Desse modo, o ministro expôs logo de início que votaria em sentido contrário aos demais ministros. Requereu a atenção de todos os membros da corte, para que pudessem ouvi-lo e refletir sobre o tema.

Iniciou sua argumentação afirmando ser importantíssimo distinguir o que se votava na ADPF nº 54 do que havia sido votado na ADI nº 3.510 (em que se discutia a possibilidade de utilização de células tronco embrionárias em pesquisas científicas). Afirmou que todo o raciocínio deveria ser diferente do raciocínio do julgamento da ADI nº 3.510, isso porque no caso das células tronco embrionárias, tinha-se a figura do embrião excedente, que

⁵⁸ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

jamais havia sido implantado no útero e que jamais iria sê-lo. E que, portanto, impossibilitado de se desenvolver-se minimamente, não poderia ser considerado vida.

Afirmou que para que haja vida, se é necessário que o ser tenha capacidade de mover-se por si mesmo, sem a necessidade de uma intervenção externa. Destacou a necessidade de um processo, com sucessões contínuas de modificações de acordo com a diretriz unitária de desenvolvimento independente. Situação que não abarcaria os embriões congelados.

Asseverou que todos os fetos anencéfalos seriam indubitavelmente dotados da habilidade de realizar movimentos autógenos, ou sejam possuíam a plena capacidade de movimentar-se sozinhos, sem a necessidade de algo externo.

Ponderou que o feto anencéfalo morre, e que ele só poderia morrer porque estava vivo, já que se ele não estivesse vivo, não poderia morrer. Explicou que na ocasião das células-tronco, seu voto foi todo baseado no fato de não haver vida no material embrionário congelado, portanto, naquela ocasião, não haveria de se falar em aborto, o que seria totalmente diferente da ocasião dos fetos anencéfalos.

Refutou a corrente neurológica acerca do início da vida, e afirmou que não se poderia estabelecer a relação entre a anencefalia e a morte encefálica. Isso porque a morte encefálica se caracterizaria pela situação de um prognóstico de irreversibilidade à vida, em que não haveria inclusive, uma respiração espontânea, o que não se enquadraria de forma alguma nos casos dos fetos anencéfalos.

Afirmou ser falsa a ideia de que o feto anencéfalo não possuía encéfalo e citou a palestra do doutor Rodolfo Nunes, na ocasião da audiência pública realizada, em que o médico afirmava que o termo anencefalia seria um termo que induziria as pessoas ao erro, e que o termo correto deveria ser “meroanencefalia”.

Continuando seu raciocínio, afirmou que seria absurda a invocação dos princípios da autonomia da vontade, liberdade pessoal, entre outros com o intuito de legitimar o aborto doloso de anencéfalos, isso porque tal conduta estaria claramente proibida pelo código penal, que deveria ser respeitado, sendo as praticas abortivas, condutas vedadas pelo ordenamento jurídico, não havendo que se abrir espaço para tais discussões. Afirmou que os princípios deveriam guiar os julgadores dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, jamais podendo ultrapassar esses limites.

Disse ainda, que a postura adotada pela corte estaria reduzindo o feto à condição de lixo, de coisa incomoda e imprestável, que dispensaria a atenção do ponto de vista jurídico e ético. Afirmou que tal atitude seria extremamente discriminatória, não

diferindo em anda do racismo, sexismo e do especismo, onde sempre se defende a superioridade de alguns em relação a outros.

Segundo o ministro, no caso do extermínio dos anencéfalos, um ser poderoso e superior estaria infligindo a pena de morte a um ser incapaz de esboçar qualquer defesa. Explicou que só o fato do feto anencéfalo ter vida e pertencer à espécie humana, garantia-lhe o direito de não ter sua dignidade humana roubada, mesmo esse padecendo de deficiência ou mutilação, concluindo que essa postura de extermínio seria monstruosa.

Enfatizou a necessidade de se aplicar o princípio da legalidade, uma vez que o ordenamento pátrio não abria qualquer espaço para tal discussão e citou o exemplo da lei que considera a pratica de determinada conduta criminosa, prevendo a privação da liberdade individual do criminoso, jamais podendo o criminoso suscitar o princípio da liberdade por exemplo, uma vez que este princípio já estaria pré-excluído. Assim também seria com a discussão da ADPF nº 54. Tendo a lei vedado claramente a pratica abortiva, jamais se poderia aplicar a tese da “liberdade individual”, liberdade produtiva” ou quaisquer outros princípios utilizados para se defender as práticas abortivas⁵⁹.

Defendeu ainda, que a argumentação trazida pela CNTS na inicial poderia ser facilmente adaptada para outras situações, como por exemplo, o assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos. Explicou que a tese seria a mesma, só mudaria o momento da execução.

Ponderou que ninguém aceitaria a matança de anencéfalos recém-nascidos (que também possuem pouca expectativa de vida) com o objetivo de poupar a mãe de uma frustração, sofrimento, tortura psicológica ou qualquer outro termo que o ministro achou por bem chamar de “pseudojuridico”. De modo que também seria inadmissível aceitar a tese unicamente porque o bebê estaria dentro do corpo da mãe.

Afirmou que a vida tem um valor inestimável, independentemente de se tratar de uma vida intrauterina ou uma vida extrauterina e explicou que o valor da vida não dependia de sua qualidade ou duração.

Citou o caso de um doente, em estado terminal, que também estaria sofrendo e fazendo os demais ao seu redor sofrer, mas que mesmo assim não se poderia ajuda-lo a se matar ou executa-lo, pois se estaria cometendo praticas como o suicídio assistido e a eutanásia, que são cabalmente proibidas pelo ordenamento.

⁵⁹ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

Afirmou que a tese da pequena possibilidade de sobrevivência, a baixa qualidade de vida e a pequena duração da vida, que tem sido os argumentos utilizados para tentar matar a criança em nome de uma falsa piedade, seria insustentável na ordem constitucional.

Asseverou que toda a tese era muito perigosa, pois abriria espaço para a defesa do suicídio, da eutanásia, de ameaças eugênicas, entre outras práticas que trariam um enorme risco à ordem jurídica e social.

O ministro em seu extenso voto, afirmou ainda que de acordo com tudo o que havia sido exposto na audiência pública e em suas fontes de pesquisa, diferente do que havia afirmado alguns, seria extremamente difícil diferenciar os casos de anencefalia de outras deformidades igualmente graves. Afirmou que a ciência e a medicina não possuíam meios adequados de diferenciar com precisão os casos de anencefalia, holoanencefalia e holocrania, bem como eventuais formas acentuadas de meroanencefalia, gerando uma enorme confusão no quadro⁶⁰.

Mencionou o caso de Marcela de Jesus, a menina que foi diagnosticada com anencefalia e viveu quase 02 anos. Todos os médicos que haviam examinado o caso inicialmente, afirmaram tratar-se de anencefalia, mas após ter vivido tanto tempo, diversos outros médicos começaram a falar que não seria anencefalia, e sim outra patologia. O caso inclusive foi mencionado por alguns ministros e foi alvo de muita discussão na audiência pública, deixando, para o ministro, evidente a imprecisão médico científica para realização do diagnóstico.

Afirmou que atualmente a medicina não consegue ter 100% de certeza ao diagnosticar os casos de anencefalia, o que por si só, seria o suficiente para derrubar a tese defendida pela CNTS.

Suscitou ainda que seria inapropriado comparar a continuação da gestação com tortura, ante a evidente ausência de um sofrimento injusto. Explicou que é inegável a existência de sofrimento por parte da mãe, e que ninguém estava ignorando essa dor, mas que o que realmente importaria seria analisar a questão da tortura sob o ponto de vista jurídico-constitucional.

Afirmou que a equiparação rasa entre o sofrimento materno e tortura não resistiria a nenhuma crítica pouco menos que superficial. A ideia levantada pela CNTS de que podendo evitar a situação, obrigar a mãe a continuar com a gravidez seria tortura, estaria completamente errada, isso porque a situação não poderia ser evitada legalmente!

⁶⁰ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

Afirmou ainda que tortura significa para o direito como o sofrimento injusto e intencional que poderia ser evitado de maneira compatível com o ordenamento jurídico, o que não seria o caso de nenhuma forma. Além da evidente impossibilidade legal de se evitar o sofrimento, haveria ainda uma circunstancia elementar maior, qual seja a inflicção proposital do sofrimento. Nos casos de anencefalia, quem estaria aplicando a tortura à mãe? O indefeso feto anencéfalo fruto de um acaso natural?

O ministro reafirmou categoricamente que jamais se poderia comparar a gravidez de um feto anencéfalo com tortura, pois não haveria nenhum substrato legal para isso.

Trazendo a baila o argumento de alguns ministros de que no caso de anencefalia deveria ser permitido o aborto uma vez que haveria um risco à vida da mãe também não se sustentaria, uma vez que todas as hipóteses de risco à vida já haviam sido previstas no art. 128, inciso I do Código Penal, que permitiu o aborto terapêutico (casos em que há risco de vida para mãe).

Além disso, o ministro Cezar Peluso também afirmou que o Supremo Tribunal Federal nem sequer teria competência para estar discutindo o assunto, cabendo apenas ao legislador impor limites constitucionais, de modo que se trataria de uma competência exclusiva do Congresso Nacional, não podendo o STF agir como um legislador positivo.

Destacou ainda a impertinência de se invocar direitos sexuais e reprodutivos, como alguns fizeram isso porque a tese de que a liberação do aborto diria respeito a esses direitos, baseava-se numa compreensão completamente distorcida da natureza e dos alcances desses direitos⁶¹.

Mencionando cada um dos direitos reprodutivos e sexuai, o julgador concluiu que o rol desses direitos apenas diziam respeito a extensão da liberdade pessoal da mulher, como o direito de expressar sua sexualidade sem violência, o direito de escolher se deseja ou não ter relações sexuais, direito ao sexo seguro, direito das mulheres escolherem se querem ou não ter filhos e quantos filhos desejariam ter, jamais podendo ser distorcido a fim de se permitir que a mulher elimine a vida intrauterina.

Desta feita, o ministro Cezar Peluso julgou totalmente improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

O ministro Cezar Peluso, em seu extenso voto, buscou esmiuçar cada um dos aspectos concernentes à discussão, tendo tratado inclusive da problemática acerca das diversas correntes acerca do início da vida.

⁶¹ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

Contudo, curiosamente, o ministro não adotou nenhuma das principais correntes acerca da vida, na realidade, através do seu voto, o ministro mostrou-se contrário à corrente da fecundação (ao falar da utilização de embriões fecundados em pesquisas com células tronco) e da corrente neurológica (em diversos momentos de seu voto, ao afirmar que os fetos anencéfalos teriam vida), que são justamente as predominantes no Brasil.

Na realidade, o ministro acabou por defender espécie adaptada de uma corrente acerca do início da vida pouco utilizado no mundo, chamada de corrente ecológica acerca do início da vida, em que se considera vida apenas o indivíduo que já possui certa autonomia, com o pulmão desenvolvido⁶².

Após o voto do ministro, houve certo debate na corte, mas ao final, todos os ministros mantiveram seus votos tal como haviam sido proferidos anteriormente.

Deste modo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi julgada procedente, tendo o Supremo Tribunal Federal por maioria, declarado a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128,I e II do Código Penal.

⁶² BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

5 CONCLUSÃO

A problemática do aborto é por si só bastante complexa e cheia de controvérsias. Trata-se de uma discussão histórica, um tema com diversas facetas. Afinal, como discutir sobre algo cuja própria definição é controversa?

Evidente que para que haja qualquer discussão no sentido de descriminalizar o aborto, se tenha primeiro definido o conceito de vida, e onde esta se iniciaria. Discussão que tem levado décadas e permanece sem solução.

Diversos direitos são utilizados tanto para defender as práticas abortivas, como para coibi-las, dentre eles o basilar nessa discussão, é o direito à vida, direito básico do ordenamento jurídico e fundamental da Constituição Federal de 1988.

Contudo, para que o direito à vida seja devidamente efetivado, imperioso se faz precisar qual seria o exato momento de início da vida. Para resolver a questão, diversos grupos distintos participaram do debate. Médicos, biólogos, cientistas, teólogos, representantes religiosos e de grupos civis bancados pelos diversos movimentos sociais existentes atualmente buscaram resolver esse paradigma.

Como resultado, cada grupo apresentou seu próprio entendimento do assunto, sendo importantíssimo destacar as principais correntes acerca do início da vida, quais sejam as correntes da fecundação, da nidação, da gastrulação e a corrente neurológica. Cada qual muito bem fundamentada, porém nenhuma delas 100% precisa e prática.

Isso porque, cientificamente falando, a corrente da fecundação seria a mais condizente com a realidade biológica, sendo a mais adequada para ser utilizada na biologia e na medicina por exemplo.

Porém, ao trazer esse conceito para o direito, diversos problemas aparecem, sobretudo sobre a dificuldade de se tutelar a vida desde a concepção. Apesar de para a medicina e a biologia esta ser uma problemática mais simplista, para o direito, a complexidade do tema só aumenta, sobretudo pelo próprio funcionamento do direito.

Explica-se, para o âmbito jurídico, se busca o conceito mais pratico e que seria utilizável de maneira a poder resolver os problemas que aparecem diariamente no judiciário, sem poder, contudo, ir contra a verdade real, ignorando os fatos científicos e médicos.

Encontrar o meio termo nesse emaranhado multidisciplinar talvez seja o maior problema para o direito no que diz respeito à problemática do aborto.

Há muito que se ponderar, evidente que a discussão da possibilidade de descriminalizar o aborto não pode ser decidida a toque de caixa, pois além de envolver uma

vida humana indefesa, frágil, o que esbarra na questão ética e constitucional do debate, também se tem a logística por trás da sistemática de precedentes do judiciário.

Conforme bem explicou o ministro Cezar Peluso ao proferir seu voto em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, ao se permitir a realização de práticas abortivas, estar-se-ia criando um caminho para que também se permita uma série de outras praticas que são hoje, consideradas crimes, trata-se de uma forma de relativizar o direito à vida como um todo, pois os mesmos argumentos que forem utilizados para permitir praticas abortivas, também poderão ser utilizados para que se permita práticas suicidas, eugênicas, e envolvem discussões como a da eutanásia também, que por si só são também são dotadas de extrema complexidade.

Quanto mais se estuda o tema, mais se percebe as nuances que o envolvem e as particularidades dessa discussão tão singular.

Os votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na ocasião da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 são enriquecedoras para um melhor entendimento do tema, e ajudam a demonstrar toda a complexidade da discussão.

No caso da referida ADPF nº 54, que tratou à época, da possibilidade de se permitir a realização de práticas abortivas em casos de fetos anencéfalos, houve um julgamento por parte do órgão colegiado da Suprema Corte, e diversos pontos são interessantíssimos de serem observados.

Os julgadores inicialmente não possuíam conhecimento adequado do tema, isso porque, apesar da problemática do aborto parecer simples a uma primeira vista, está envolta de termos técnicos e conceitos que só quem se debruça sobre o tema consegue entender.

Por não possuírem conhecimento adequado e diante de todo o barulho que estava sendo feito pela sociedade civil, a Suprema Corte viu-se obrigada a realizar uma audiência pública com os melhores especialistas no assunto, para que estes ajudassem os ministros a elucidar a questão.

Ocorre que mesmo entre a classe científica, o debate de quase 10 horas foi extremamente acirrado, não havendo nenhuma conclusão ao final da audiência, uma vez que cada grupo distinto possuía um entendimento diferente do tema.

Por fim, saindo da esfera medico-científica, ao tratar do assunto numa visão estritamente jurídica, nem mesmo os 10 ministros do STF conseguiram alcançar espécie de consenso.

Na realidade, não chegaram perto disso, os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello defenderam a corrente neurológica acerca do início da vida, assim como a ministra Rosa Weber, que apesar de não possuir entendimento firmado no assunto, optou por seguir a

corrente neurológica especificamente na questão dos anencéfalos. O ministro Ricardo Lewandowski posicionou-se pela corrente da fecundação e o ministro Cezar Peluso optou por seguir a corrente ecológica sobre o tema. Destaca-se que os ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Carmén Lúcia, Ayres Britto e Gilmar Mendes nem sequer conseguiram chegar a uma conclusão sobre o tema, não tendo posicionamento sobre a problemática. Sendo que, a ministra Carmén Lúcia, apesar de não ter entendimento firmado no assunto, destacou ser contrária à corrente neurológica, enquanto o ministro Gilmar Mendes, de igual modo, apesar de não ter entendimento pessoal acerca de qual seria o momento exato do início da vida, destacou seu posicionamento contrario à corrente da fecundação e à corrente neurológica.

Ou seja, nem mesmo numa discussão muito mais branda do que a problemática do aborto “puro”, houve uma decisão fácil, uma vez que conforme demonstrado, nem os especialistas no assunto e nem os ministros, representantes da discussão no âmbito jurídico, conseguiram chegar a qualquer que fosse o consenso sobre qual seria o momento exato do início da vida, discussão basilar e essencial para que se debata qualquer aspecto do aborto.

Deste modo, conclui-se que enquanto não houver um mínimo consenso no assunto, com a conseqüente escolha de qual corrente acerca do início da vida deveria ser seguida, não havendo definição sobre a vida, o aborto não poderia ser descriminalizado. Afinal como se poderia tratar de algo cuja própria definição está em cheque?

Ante toda complexidade do tema, toda multidisciplinariedade da discussão, percebe-se que enquanto não se resolver a problemática das correntes acerca do início da vida, o aborto não será descriminalizado.

REFERÊNCIAS

ABUD, Sandro Marcelo Rafael, **Resumão para concursos: Direito do Trabalho**. 1ª Tiragem. São Paulo. Março 2014.

AGUIAR, Guilherme Menezes. **Direito do Nascituro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4858, 19 out. 2016.

ALBERTO, Miryan. **Anencefalia: Causas de uma malformação congênita**. 2009.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 2: Crimes contra a pessoa**. 16. Ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016

CONSULTOR JURÍDICO, “**Ideologia pessoal define decisões de juízes, diz estudo**”. [S.I]. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-06/ideologia-pessoal-define-decisoes-juizes-estudo-ufpr>. Acesso em: 05 out. 2019.

_____. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, 10 jan. 2002

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**, de 12 de abril de 2012. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, Distrito Federal, 2012.

_____. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Lei de Biossegurança**. Diário Oficial da União, Brasília, 24 março 2005.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 29 de maio de 2008.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Julgado em 12 abril. 2012.

_____. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 07 dez.1940.

_____. **Portaria nº 487/GM/MS**, Diário Oficial da União, Distrito Federal, de 02 de março de 2007.

CASTRO, Taynara Cristina Braga. Teorias sobre o conceito de vida: aborto e a ADI 3510. **Revista Jus NaVIGANDI**, ano 19, nº4153, 14 nov. 2014.

CHAGAS, Ana: **Anencefalia: quanto tempo é possível sobreviver sem cérebro?** Terra.com. [N.I]. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/educacao/voce-sabia/anencefalia-quanto-tempo-e-possivel-sobreviver-sem-cerebro,a5fa00beca2da310VgnCLD200000bbccceb0aRCRD.html>. Acesso em: 01. Out. 2019.

CUNHA, Alfredo de Almeida e Nascimento, Maria Isabel: Natimorto: uma revisão dos sistemas de classificação. Rio de Janeiro. **Revista Femina**, 2015.

GILBERT, Scott F., 1949- **Biologia do desenvolvimento** / Scott F. Gilbert. 5. ed. Ribeirão Preto, SP: FUNPEC Editora, 2003.

GOMES, Luiz Flávio, **Princípio do "in dubio pro reo"**. São Paulo. JusBrasil, 2010.

Gouvêa. Carina Barbosa. **Audiências Públicas: afinal, qual a sua finalidade?**. Artigo JusBrasil. [2014]. Disponível em: <https://carinagouvea25.jusbrasil.com.br/artigos/130918828/audiencias-publicas-afinal-qual-a-sua-finalidade>. Acesso em: 15. Nov. 2019

KEITH L. Moore, **The Developing Human: Clinically Oriented Embryology**, 7th edition. Philadelphia, PA: Saunders, 2003. pp. 16, 2.

KALUGER, G., and Kaluger, M., **Human Development: The Span of Life**, page 28-29, The C.V. Mosby Co., St. Louis, 1974.

KOOGAN, A.; HOUAISS, A. **Enciclopédia e dicionário**: ilustrado. Rio de Janeiro: Delta, 1999.

MARQUES, Gabriel. **O que é arguição de descumprimento de preceito fundamental**. [S.I]. 2014. Disponível em: <https://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/167710042/o-que-e-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>. Acesso em: 03 nov. 2019.

OKADA et al., *A role for the elongator complex in zygotic paternal genome demethylation*, Unit NATURE 463:554 (Jan. 28, 2010).

PASCHOAL, Jorge Coutinho, **A vida inteira que podia ter sido e que não foi**: O equívoco do Supremo Tribunal Federal ao acenar para uma eventual legalização do aborto. United States of America. Empório do Direito, 2016.

SALLY B Olds, et al., *Obstetric Nursing*. Menlo Park, California: Addison – Wesley publishing, 1980, p. 136.

SANTOS, Esther. **Amicus curiae: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade**. [S.I]. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7739/amicus-curiae>. Acesso em: 13 nov. 2019.

STEVEN Ertelt. *Undisputed Scientific Fact: Human Life Begins at Conception, or Fertilization*. LifeNews.com, 2013.

STF. **Audiência Pública Anencéfalos - 26/08/08 - (1/4)**. 2012. Canal do YouTube do STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=C8aZ7JXdgJ8>. Acesso em: 15. Nov. 2019.

TABORDA, J.G.V. Chalub, M. Abdalla-Filho, E. **Psiquiatria Forense**. Porto Alegre: Editora Artmed, 2004.

TERZO, Sarah. *40 quotes from medical experts and textbooks that prove human life begins at fertilization*. US. Live Action. 2016.

VIEGA, Sara. **Qual a diferença entre embrião e feto.** Brasil: Umcomo, 2017.