

A Questão Da Interrupção Da Gravidez De Feto Anencéfalo No STF – Uma Análise Da ADPF 54

Suyane Machado Borges¹

Sumário: I. Introdução; II. Histórico da ADPF 54; III. Julgamento da ADPF 54; IV. Resultado do julgamento; V. Referências bibliográficas.

Resumo: A interrupção da gravidez de fetos anencéfalos é um dos temas mais polêmicos e controversos do direito brasileiro e, nos últimos anos, tem suscitado inúmeras discussões no âmbito jurídico, chegando até o Supremo Tribunal Federal, através da ADPF 54. O cerne da questão posta em julgamento estava em se verificar se a interrupção da gravidez de feto anencéfalo afrontaria a inviolabilidade do direito à vida, caracterizando o crime de aborto. O objetivo do presente trabalho é fazer uma análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, julgada recentemente pela Corte Suprema, e explicitar a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

***Abstract:** The interruption of pregnancy of an anencephalic fetus is one of the most controversial matters of Brazilian law and in the past years has caused numerous discussions in the juridical context, getting to the Supreme Court, through ADPF 54. The key point was to determine whether the interruption of pregnancy of anencephalic fetus would affront to the inviolability of the right to life, characterizing the crime of abortion. The objective of this study is to analyze ADPF 54, recently judged by the Supreme Court, and make explicit the decision of the Supreme Court about the subject.*

I. Introdução

Dentre os direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal de 1988, encontramos o direito à vida, cuja inviolabilidade está prevista no *caput* do art. 5º.

Em decorrência da proteção constitucional dada ao direito à vida, a legislação penal tipifica as condutas que atentam contra ela, possuindo o Código Penal um Capítulo intitulado “Dos crimes contra a vida”. Os crimes contra a vida previstos pelo

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: suyaneborges@gmail.com

Código Penal são: o homicídio (art. 121); o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122); o infanticídio (art.123); e o aborto (art. 124 a art. 128).

De acordo com a legislação penal brasileira, o aborto é conduta criminosa, sendo a vida do ser humano em desenvolvimento o bem jurídico tutelado. As únicas permissões expressas estão previstas no art. 128 do Código Penal, que prevê dois casos de aborto legal: o aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, e o aborto sentimental, no caso de gravidez resultante de estupro.

Nesse contexto, surgiu a questão da possibilidade da interrupção da gravidez em caso de anencefalia do feto. Indagava-se se, sendo o feto anencéfalo, seria possível a interrupção da gestação, sem que tal conduta fosse tipificada como aborto. Para responder tal questão, era preciso analisar se, no caso de anencefalia, seria possível se falar em proteção ao direito à vida do feto, uma vez que a anomalia inviabiliza a vida extrauterina do nascituro.

Como lei penal não dispõe expressamente sobre o tema, antes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, o Brasil não possuía uma posição definitiva sobre o assunto, e, para que a gestante pudesse interromper a gravidez, era preciso autorização judicial, fazendo com que a análise acerca da possibilidade de interrupção fosse feita caso a caso, e decisão final ficasse para cada Juiz, que poderia ou não conceder a ordem judicial.

Neste artigo, será estudada a posição do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, através da análise da ADPF 54, julgada recentemente pela Corte Suprema.

II. Histórico da ADPF 54

O tema da anencefalia chegou ao Supremo Tribunal Federal através do ajuizamento, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, em 2004. Na ação, a entidade defende a descriminalização da antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo.

Para a entidade, obrigar a mulher a manter uma gravidez, ciente de que o feto não sobreviverá após o parto, fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa

humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, e afeta o direito à saúde, também previsto na Constituição, em seus artigos 6º e 196. Outro argumento é o de que a antecipação terapêutica do parto não é vedada no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, sua realização não pode ser proibida, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da CF.

A petição inicial da ADPF², redigida por Luís Roberto Barroso, tem como pedido a interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional (artigos 124, 126 e 128 do Código Penal), para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado. O que se pretende na ação é o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

Ainda em 2004, o ministro Marco Aurélio concedeu liminar para autorizar a antecipação do parto quando a anencefalia fosse identificada por meio de laudo médico. Porém, pouco mais de três meses após, o Plenário do STF decidiu, por maioria de votos, cassar a autorização concedida, conforme decisão noticiada no Informativo 366 do Tribunal³, *in verbis*:

ADPF. Anencefalia. Aborto.

O Tribunal iniciou julgamento de questão de ordem suscitada pelo Procurador-Geral da República, quanto à admissibilidade da ação, em arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, em que se pretende obter posicionamento do STF sobre o aborto de feto anencéfalo - v. Informativo 354. Inicialmente, o Min. Marco Aurélio, relator, admitiu a ação. Quanto a essa questão, o Min. Carlos Britto pediu vista dos autos. Em seguida, o Pleno resolveu suspender o julgamento da questão de ordem a fim de deliberar sobre a manutenção da liminar concedida pelo relator que, em 1º.7.2004, sobrestara os processos e decisões não transitadas em

² Petição inicial da ADPF 54, disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>

³ Informativo 366 do STF, disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo366.htm#ADPF. Anencefalia. Aborto>

julgado e reconhecera o direito constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos a partir de laudo médico que atestasse a deformidade. Referendou-se, por maioria, a primeira parte da liminar concedida (sobrestamento de feitos) e revogou-se a segunda (direito ao aborto), com efeitos *ex nunc*. Entendeu-se que não havia justificativa para manutenção da liminar, tendo em conta a pendência de decisão quanto à admissibilidade da ação. Saliou-se, ainda, o caráter satisfativo da medida deferida e a indevida introdução, por meio dela, de outra modalidade de excludente de ilicitude no ordenamento jurídico. Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio, relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que referendavam integralmente a liminar, ressaltando sua vigência temporal de quase quatro meses. Vencido, também, parcialmente, o Min. Cezar Peluso, que não referendava a liminar em sua totalidade. ADPF 54 QO/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 20.10.2004. (ADPF-54)

A discussão, bastante controvertida, foi tema de audiência pública em 2008, ocasião em que foram ouvidos representantes do governo, especialistas em genética, entidades religiosas e da sociedade civil.⁴

III. Julgamento da ADPF 54

Os ministros do Supremo Tribunal Federal iniciaram o julgamento do mérito da ADPF 54 no dia 11 de abril de 2012.

Durante sua manifestação no julgamento ADPF 54, o Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, defendeu que a própria gestante tenha autonomia para decidir sobre a antecipação do parto nos casos de fetos anencéfalos. Segundo ele, cabe à mulher decidir com sua própria consciência sobre a interrupção da gravidez, e essa decisão não pode ser proibida ou criminalizada pelo Estado.

O Procurador-Geral da República destacou que a prática não viola os bens jurídicos tutelados pelos artigos 124 a 128 do Código Penal, uma que o bem jurídico protegido pelas normas que tipificam o aborto é a vida do feto, e, na interrupção de

⁴ Audiência Pública da ADPF 54, disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>

gravidez de feto anencefálico, não é a ação da gestante ou de profissionais da saúde que impede o seu nascimento com vida, já que o anencéfalo é um natimorto cerebral.

A seguir, será feita uma breve análise do voto de cada um dos Ministros da Corte.

i. Ministro Marco Aurélio

O primeiro Ministro a votar foi o ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 54, que votou pela possibilidade legal de interromper gravidez de feto anencéfalo. O ministro considerou procedente o pedido feito pela CNTS, para declarar inconstitucional a interpretação dada aos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal que criminaliza a antecipação terapêutica de parto nos casos de anencefalia.

Ao proferir seu voto, o ministro reforçou, primeiramente, o caráter laico do Estado brasileiro, ressaltando que a questão discutida no processo não pode ser examinada sob os influxos de concepções morais e religiosas, pois estas não podem guiar as decisões estatais.

O ministro Marco Aurélio também afastou a premissa utilizada em prol da defesa do anencéfalo de que os seus órgãos poderiam ser doados. Segundo ele, além de ser vedada a manutenção de uma gravidez somente para viabilizar a doação de órgãos, essa possibilidade é praticamente impossível no caso de anencefalia, pois o feto terá outras anomalias que inviabilizariam a prática. Obrigar a mulher a manter a gravidez apenas com esse propósito, para o relator, seria tratá-la a partir de uma perspectiva utilitarista, de instrumento de geração de órgãos para doação, o que também fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

No entendimento do relator, não há que se falar em direito à vida ou garantias do indivíduo quando se trata de um ser natimorto, com possibilidade quase nula de sobreviver por mais de 24 horas.

Em seu voto, o Ministro afirma ainda que, mesmo que fosse aceita a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, seria inadmissível que o direito à vida de um feto que não tem chances de sobreviver prevaleça em detrimento das garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas previstas na Constituição.

Em relação ao fato de não haver menção no Código Penal aos casos de anencefalia como quesito autorizador de interrupção de gravidez, o ministro Marco Aurélio argumentou que nas décadas de 30 e 40, quando foi editado o Código Penal hoje vigente, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente esse tipo de anomalia fetal. Segundo ele, mesmo sem previsão expressa no Código Penal de 1940, é lógico concluir que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida.

Confira-se um trecho do voto do Relator, *in verbis*:

“Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante.

Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for (...).

Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a argente pretende é que ‘se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças’. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento.”

ii. Ministra Rosa Weber

Após, votou a ministra Rosa Weber, que acompanhou o voto do relator, também defendendo a exclusão da antecipação do parto de feto anencéfalo do rol dos crimes contra a vida, conforme previsto nos artigos 124 e 126 do Código Penal, julgando procedente o pedido da CNTS.

Em seu voto, a ministra sustentou que, para o direito, o que está em jogo, no caso, não é o direito do feto anencefálico à vida, já que, de acordo com o conceito de vida do Conselho Federal de Medicina, jamais terá condições de desenvolver uma vida com a capacidade psíquica, física e afetiva inata ao ser humano, pois não terá atividade cerebral que o qualifique como tal. O que está em jogo, portanto, segundo ela, é o direito da mãe de escolher se ela quer levar adiante uma gestação cujo fruto nascerá morto ou

morrerá em curto espaço de tempo após o parto, sem desenvolver qualquer atividade cerebral, física, psíquica ou afetiva, própria do ser humano.

Embora, em seu voto, a ministra sustentasse a relatividade dos conceitos da ciência sobre o que é vida e sobre a aplicabilidade dos conceitos e paradigmas da ciência às demais áreas da vida humana, em virtude de sua mutabilidade, ela se reportou à Resolução nº 1480/97 do Conselho Federal de Medicina, que estabeleceu como parâmetro para diagnosticar a morte de uma pessoa a ausência de atividade motora em virtude da morte cerebral, isto é, a certeza de que o indivíduo não apresentará mais capacidade cerebral. Este é, segundo a ministra, um critério claro e seguro, que pode ser aplicado, por analogia, ao feto anencefálico.

Segundo a ministra, não se trataria de interpretação do art. 128 do CP (que definiria as excludentes de ilicitude), mas dos artigos 124 e 126, no tocante ao fato de a anencefalia estar ou não incluída no conteúdo do tipo aborto. Assim, a discussão fundar-se-ia a respeito do conteúdo do tipo, e não sobre eventual existência de excludente.

iii. Ministro Joaquim Barbosa

Logo após o voto da ministra, votou no mesmo sentido o ministro Joaquim Barbosa, ao pedir a juntada, com algumas modificações, do voto por ele elaborado sobre esta matéria na análise do Habeas Corpus 84.025.⁵

iv. Ministro Luiz Fux

O ministro Luiz Fux foi o quarto a favor da possibilidade da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Para ele, impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal efetivamente equivale a uma tortura, vedada pela Constituição Federal.

⁵ O *Habeas Corpus* 84.025 foi impetrado perante o STF, em 2004, em favor de Gabriela Oliveira Cordeiro, gestante de feto anencéfalo, para que esta pudesse ter o direito de interromper a gravidez. O processo foi distribuído para o Ministro Joaquim Barbosa, que elaborou relatório e voto. Em seu voto, o Ministro posicionou-se favoravelmente à interrupção da gravidez. Contudo, durante a sessão plenária em que se apresentava a questão, a Corte recebeu a notícia oficial de que o parto já havia ocorrido, tendo o feto sobrevivido por apenas sete minutos. Assim, interrompeu-se a sessão e se extinguiu o processo pela perda do objeto.

O inteiro teor do HC 84.025 está disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>

O Ministro reforçou que o bem jurídico em eminência seria exatamente a saúde física e mental da mulher, confrontada em face da desproporcionalidade da criminalização do aborto levado a efeito por gestante de feto anencefálico. Ademais, a lacuna normativa atual não deveria conduzir à incriminação da conduta, por configurar caso de recurso à equidade integrativa, a fim permitir o preenchimento da omissão legislativa com aquilo que teria dito o legislador se tivesse conhecido os dados aterrorizantes da gestação de feto anencefálico.

v. *Ministra Carmem Lúcia*

A ministra Cármen Lúcia se uniu aos votos dos ministros que a antecederam, pela procedência do pedido feito na ADPF 54, manifestando-se favorável quanto à possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos.

Em seu voto, frisou que o Supremo não está decidindo nem permitindo a introdução do aborto no Brasil, menos ainda a possibilidade de aborto em virtude de qualquer deformação. Para ela, essa é uma questão posta à sociedade e o STF está tratando, fundamentalmente, de saber qual interpretação que deve ser dada aos dispositivos do Código Penal no sentido de se considerar crime ou não a interrupção de gravidez de feto anencefalo.

A Ministra ressaltou que a questão discutida seria o direito à vida e à liberdade, considerada a possibilidade jurídica da grávida de feto anencefalo escolher qual seria o melhor caminho a ser seguido, quer continuando, quer interrompendo a gravidez. Enfatizou também o princípio constitucional da dignidade da vida e o direito à saúde. Ela salientou, ainda, que, quando se fala em dignidade, todos os membros da família – a mãe, o pai e os irmãos mais velhos – estão envolvidos, pois todos têm expectativas no nascimento do bebê.

vi. *Ministro Ricardo Lewandowski*

O ministro Ricardo Lewandowski divergiu do relator e votou pela improcedência do pedido formulado na ADPF 54.

O voto do ministro seguiu duas linhas de raciocínio. Na primeira, ele destacou os limites objetivos do controle de constitucionalidade das leis e da chamada

interpretação conforme a Constituição, com base na independência e harmonia entre os Poderes. Segundo ele, o STF só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição. Mesmo este papel, segundo seu voto, deve ser exercido com “cerimoniosa parcimônia”, diante do risco de usurpação de poderes atribuídos constitucionalmente aos integrantes do Congresso Nacional.

Nesse aspecto, o ministro frisou que, caso desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, poderia ter alterado a legislação para incluir o aborto de fetos anencéfalos dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isentas de pena.

O segundo ponto enfatizado pelo ministro Lewandowski foi a possibilidade de que uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos torne lícita a interrupção da gestação de embriões com diversas outras patologias que resultem em pouca ou nenhuma perspectiva de vida extrauterina. Citando dados da Organização Mundial de Saúde sobre malformações congênitas, deformidades e anomalias cromossômicas, Lewandowski ressaltou que existem dezenas de patologias fetais em que as chances de sobrevivência são nulas ou muito pequenas.

Para o ministro, uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, abriria a possibilidade de interrupção da gestação de inúmeros outros casos.

Finalmente, o voto destaca a existência de diversos dispositivos legais em vigor que resguardam a vida intrauterina – sobretudo o Código Civil, que, no artigo 2º, estabelece que a lei ponha a salvo, “desde a concepção”, os direitos do nascituro. Tais normas, segundo Lewandowski, também teriam de ser consideradas inconstitucionais ou merecer interpretação conforme a Constituição.

vii. Ministro Ayres Britto

O ministro Ayres Britto foi o sexto a votar favoravelmente à possibilidade de a mulher interromper a gravidez de um feto anencéfalo sem ser criminalizada.

Em seu voto, o ministro afirmou que não se pode falar em aborto de anencéfalo porque o que as mulheres carregam no ventre, nesses casos, é um natimorto cerebral, sem qualquer expectativa de vida extrauterina. Segundo o ministro, a gravidez se destina à vida, e não à morte. Por isso, concluiu que o fato seria atípico.

O ministro salientou ainda que nenhuma mulher será obrigada a interromper a gravidez se estiver gerando um feto anencéfalo mas, não se pode levar às últimas consequências esse martírio contra a vontade da mulher, pois isso corresponde à tortura.

viii. Ministro Gilmar Mendes

O ministro Gilmar Mendes votou pela procedência do pedido formulado na ADPF 54, para permitir que gestantes de fetos anencéfalos tenham o direito de interromper a gravidez.

O ministro considerou a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como hipótese de aborto, visto que o feto anencéfalo poderia nascer com vida, ainda que breve. Assim, entendeu inadequado tratar o fato como atípico, porquanto parte da sociedade defenderia a vida e a dignidade desses fetos.

Por isso, considerou a possibilidade de interpretar o aborto de anencéfalo a partir das opções legislativas já existentes acerca da isenção de punibilidade para o aborto em geral, previstas no CP, que transitariam entre o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa. Nesse sentido, consignou que a gestação de feto anencéfalo representaria maior risco para a saúde da mãe do que uma gravidez comum, do ponto de vista físico, embora não atingida a gravidade requerida no art. 128, I, do CP. Por sua vez, a saúde psíquica da genitora também seria vulnerada, dado o sofrimento decorrente do diagnóstico da condição do feto. Nesse ponto, a proteção à incolumidade da gestante assemelhar-se-ia ao aborto de feto resultante de estupro, em que a intenção da norma seria proteger a integridade psicológica da mãe. Avaliou que seria plausível vislumbrar hipótese de causa supralegal de exclusão de ilicitude e/ou culpabilidade.

Destarte, constatou que o aborto de feto anencéfalo estaria compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal, mas seria inimaginável para o legislador de 1940, pelas limitações tecnológicas existentes, incluir a

hipótese no texto legal. Assim, esse fato poderia ser considerado omissão legislativa não condizente com o espírito do CP e incompatível com a Constituição.

ix. Ministro Celso de Mello

O decano do Supremo Tribunal Federal, ministro Celso de Mello, votou pela procedência do pedido da ADPF 54

Em seu voto, salientou que o STF não está legitimando a prática indiscriminada do aborto, uma vez que há uma grande diferença entre legalização do aborto e a antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia.

O ministro abordou a evolução da consolidação dos direitos fundamentais das mulheres ao longo dos tempos, incluindo seus direitos sexuais e reprodutivos. Após lembrar que a Suprema Corte julga o caso imparcialmente, ancorada na própria Constituição Federal, nos tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é signatário, bem como na legislação ordinária do país, o ministro disse que a Corte não estava impondo nada, mas reconhecendo pleno direito à mulher de escolher o caminho a seguir, em casos de anencefalia, inclusive o de conduzir a gravidez até o fim.

Em seu voto, ele lembrou que há diversos conceitos de vida, sobre seu início e fim, e que a Constituição não define quando ela se inicia. Lembrou, inclusive, que na Assembleia Nacional Constituinte foram apresentadas diversas emendas definindo o início da vida humana a partir do momento da concepção, mas elas foram todas rejeitadas.

Entretanto, verificou que o critério de morte, no sentido jurídico, deve ser o previsto na Lei 9.434/97 (que trata da remoção de órgãos, partes e tecidos para fins de transplante) e na Resolução 1.752/97 do Conselho Federal de Medicina, que consideram morto um ser humano quando cessa completamente sua atividade cerebral, ou seja, a morte encefálica. Por analogia, segundo ele, o feto anencéfalo não é um ser humano vivo, porque não tem cérebro e nunca vai desenvolver atividade cerebral.

Portanto, o ministro concluiu que sequer haveria tipicidade de crime contra a vida na interrupção antecipada de tal gravidez, pois não haveria vida a ser tutelada pela norma penal.

x. *Ministro Cezar Peluso*

Último a votar, o ministro Cezar Peluso, presidente do STF, votou pela improcedência do pedido da ADPF 54, acompanhando a divergência aberta pelo ministro Ricardo Lewandowski.

O Presidente frisou, primeiramente, que o caso seria distinto do referente às células-tronco embrionárias, em que se tratara do embrião excedente, que sequer fora implantado no útero e jamais viria a sê-lo. De acordo com ministro, no caso dos embriões não havia processo vital – ao contrário do feto anencéfalo, o qual, em seu entendimento, é portador de vida e, portanto, tem de ter seus direitos tutelados. Ele sintetizou que, se o anencéfalo morresse, ele só poderia fazê-lo por estar vivo, e enfatizou haver nítida diferença entre o aproveitamento científico-terapêutico de material genético congelado e qualquer hipótese de aborto.

O ministro lembrou, ainda, que a questão dos anencéfalos tem de ser tratada com muita cautela, diante da imprecisão do conceito, das dificuldades do diagnóstico e dos dissensos em torno da matéria, consignando que a morte encefálica seria distinta da anencefalia, a qual integraria, ainda que brevemente, processo contínuo e progressivo da vida. Assim, sua evolução natural não poderia ser abreviada em nome de razões autorizadoras da extração de órgãos no caso de morte encefálica.

O ministro afastou também a invocação dos princípios da autonomia da vontade, da liberdade pessoal e da legalidade como fatores de legitimação do aborto doloso de anencéfalo. Afirmou que, para que o aborto possa ser considerado crime, basta a eliminação da vida, abstraída toda especulação quanto à sua viabilidade futura ou extrauterina. Nesse sentido, o aborto do feto anencéfalo seria conduta claramente vedada pela ordem jurídica. Segundo ele, o princípio da legalidade e a cláusula geral da liberdade são limitados pela existência das leis, e, nos casos tipificados como crime, não há, a seu ver, espaço de liberdade jurídica.

Em seu voto, o presidente do STF afirmou que não se pode impor pena capital ao feto anencefálico, reduzindo à condição de lixo ou de alguma coisa imprestável, um incapaz de pressentir tal agressão e de esboçar defesa. Para o ministro Peluso, a argumentação da autora poderia ser empregada para a defesa de assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos, já que apenas o momento da execução do ato seria distinto.

Quanto ao argumento de que a gravidez de feto anencéfalo inflige tamanho sofrimento à mãe, que obrigá-la a manter a gestação seria comparável à tortura, o ministro Peluso afirmou que ninguém ignora a imensa dor da mãe que carrega no ventre um ser cuja probabilidade de sobrevivência é incerta. Contudo, para ele, isso não seria equiparável à tortura, uma vez que só se poderia cogitar a idéia de tortura quando o sofrimento injusto e intencional pudesse ser esquivado de maneira compatível com o ordenamento jurídico. No caso de aborto como método para evitar ou encurtar o sofrimento, haveria crime sem previsão de excludente, além de violação ao direito à vida e à dignidade humana. Ademais, inexistiria inflicção proposital de sofrimento, este resultante de mero acaso biológico. Assim, a vida não poderia ser destruída para satisfazer sentimento de frustração e insuportabilidade personalíssima de uma dor, ainda que legítima, mas apenas humana.

O ministro expôs que no aborto justificado por estupro, por outro lado, a mulher engravidaria em decorrência de ação violenta e ilícita, imputável exclusivamente a outrem. Por conseguinte, se a ação criadora do feto anencefálico fosse espontânea e consentida, sua consequência não poderia ser interrompida sem expressa previsão legal. Negou também que o argumento de perigo para a gestante na gravidez de feto anencefálico fosse aplicável à espécie, porque todas as hipóteses de risco de vida à genitora já estariam sob abrangidas pelo aborto terapêutico (CP, art. 128, I), o qual não abarcaria mero evento psíquico do sofrimento da mãe ou vaga possibilidade de complicações na gestação.

Ao encerrar seu voto, o presidente do STF ressaltou ainda que não cabe ao STF atuar como legislador positivo, e que o Legislativo não incluiu o caso dos anencéfalos nas hipóteses que do art. 128 do CP, que autorizam o aborto.

IV. Resultado do julgamento

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido contido na ADPF 54, para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Prevaleceu o voto do Ministro Marco Aurélio, ficando vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e

Cezar Peluso que julgavam a ADPF improcedente. A decisão da Corte foi noticiada no Informativo 661.⁶

A crítica que pode ser feita a decisão proferida na ADPF 54 é no sentido de que não seria o caso de dar uma interpretação conforme a Constituição ao art. 128 do CP, uma vez que, quando se fala no art. 128 parece que se está criando uma nova hipótese de aborto legal, o que não é o caso. Em relação à interrupção da gravidez de feto anencéfalo, trata-se, exclusivamente, de entender-se a atipicidade do fato, no que os artigos 124 e 126 são suficientes.

Contudo, apesar dessa crítica, é indiscutível a importância deste julgamento para a sociedade e para o Direito brasileiro, pois, através dele, o STF solucionou a questão e pôs fim à controvérsia, uma vez que tal decisão, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tem efeito *erga omnes* e vinculante, ou seja, atinge a toda sociedade brasileira e obriga todos os demais tribunais do país a decidirem a questão seguindo o posicionamento da Corte Suprema.

A partir dessa decisão, todas as gestantes de fetos anencéfalos tem o direito de interromper a gravidez, sem necessidade de autorização judicial para isso, pois tal conduta não é tipificada como aborto. Ressalta-se, contudo, que isso não significa que a mulher é obrigada a interromper a gestação. A decisão do STF garante que a mulher tenha direito de escolher se quer ou não prosseguir com a gestação, respeitando-se tanto as que optarem por prosseguir com a gravidez quanto as que preferirem interrompe-la.

O Conselho Federal de Medicina regulamentou a decisão do STF através da Resolução CFM nº 1.989/2012, que dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto.⁷ Segundo a resolução, o diagnóstico de anencefalia deverá ser feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª de gestação, e o laudo deverá ser assinado por dois médicos capacitados para tal diagnóstico.

A resolução ressalta ainda que é direito da gestante decidir livremente sobre a conduta a ser adotada, sendo vedado ao médico impor sua autoridade para induzi-la a tomar qualquer decisão ou para limitá-la naquilo que decidir.

A decisão proferida pelo STF na ADPF 54 pode ser considerada uma das mais importantes da história da Corte e do Direito brasileiro, uma vez que reconhece a

⁶ Informativo 661 do STF, disponível em:

<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>

⁷ Resolução CFM nº 1.989/2012 disponível em: <http://febrasgo.org.br/docs/resolucao.pdf>.

mulher como sujeito de direitos, respeitando-se sua dignidade, sua privacidade, sua liberdade e sua autonomia reprodutiva, e garantindo a ela o direito de conduzir sua vida segundo suas concepções pessoais, sem a imposição de qualquer conduta por parte do Estado.

V. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional – tomo III*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.