DANIELA BUCCI OKUMURA

**DIMENSÕES JURÍDICAS DA PROTEÇÃO DA VIDA E O
ABORTO DO FETO ANENCÉFALO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: Prof. Associado Dr. André de Carvalho Ramos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2012

DANIELA BUCCI OKUMURA

Dimensões Jurídicas da Proteção da Vida e o Aborto do Feto Anencéfalo

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Associado Dr. André de Carvalho Ramos, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos.

São Paulo

2012

Bucci Okumura, Daniela.

Dimensões Jurídicas da Proteção da Vida e o Aborto de Feto Anencéfalo / Daniela Bucci Okumura; orientador André de Carvalho Ramos. – São Paulo, 2012.

303 f.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

1. Aborto. 2. Anencefalia. 3. Constituição. 4. Direitos Fundamentais. 5. Direitos Humanos. I. Carvalho Ramos, André de. II. Dimensões Jurídicas da Proteção da Vida e o Aborto de Feto Anencéfalo.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: BUCCI OKUMURA, Daniela.

Título: Dimensões Jurídicas da Proteção da Vida e o Aborto de Feto Anencéfalo.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Associado Dr. André de Carvalho Ramos, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho ao meu pai,
Nelson Bucci (*in memoriam*), por tudo.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Associado Doutor André de Carvalho Ramos, meu orientador, pela generosidade de partilhar sua vasta cultura jurídica, pelos valiosos ensinamentos, e pelo incentivo constante, meu eterno agradecimento.

Ao Professor Associado Doutor Geraldo Miniuci Ferreira Junior e ao Professor Doutor Guilherme Assis de Almeida, pelas orientações durante a Banca de Qualificação e ao longo do curso.

Aos Professores Claudio Cohen, Eduardo Carlos Bianca Bittar, Reinaldo Ayer de Oliveira, Virgílio Afonso da Silva, e Wagner Menezes pelas aulas, reflexões, e conversas.

Aos funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, do Departamento de Direito Internacional e da Secretaria de Pós-graduação, especialmente ao Claudia Regina Koga, Fernanda de Jesus Santos Targino, Maria de Fátima Silva Cortinha, Mário Sérgio de Oliveira e Silva, e Mário Paulino, pela presteza e cordialidade de sempre.

Aos amigos Alessandra Cristina Guedes Pellini, Daniel Kalansky, David Olson, Denise Carvalho, Dirce Massaoka Okumura, Jefferson Nascimento, Karen Bucci, Maria Okumura, e Vicente Gomes de Oliveira Filho, pelas relevantes informações para a pesquisa.

Aos amigos Águida Arruda Barbosa, José Blanes Sala e Luís Renato Vedovato pelo incentivo e pelo exemplo.

A todos os amigos da São Francisco, especialmente, Edinaldo César Santos Júnior, Rafael Santos Moraes, Luiz Fabrício Vergueiro, Eloísa Machado, Guilherme Madeira, Anamara Osório, e Luis Pardí, pela companherismo diário e profícuas discussões.

Ao amigo Coordenador do Curso de Direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul, Professor Doutor Vander Ferreira de Andrade, pela oportunidade de conduzir as atividades do Observatório de Direitos Humanos da universidade.

Aos alunos e ex-alunos do Observatório de Direitos Humanos da Universidade Municipal de São Caetano do Sul, pelo reconhecimento, apoio, e entusiasmo.

À minha família, especialmente minha mãe, Edna, e minha sogra, Dag, e também à minha grande amiga Lilian Garcia, por compreenderem minhas ausências constantes.

Ao meu marido, Andre, agradeço imensamente pelo amor, apoio, e encorajamento incondicionais, e por servir de exemplo de caráter, disciplina, e determinação.

Agregado infeliz de sangue e cal,
Fruto rubro de carne agonizante,
Filho da grande força fecundante
De minha brônzea trama neuronal

Que poder embriológico fatal
Destruiu, com a sinergia de um gigante,
A tua morfogênese de infante,
A minha morfogênese ancestral?!

Porção de minha plásmica substância,
Em que lugar irás passar a infância,
Tragicamente anônimo, a feder?!...

Ah! Possas tu dormir feto esquecido,
Panteisticamente dissolvido
Na noumenalidade do NÃO SER!

Augusto dos Anjos

Soneto dedicado ao primeiro filho, nascido morto,
com 7 meses incompletos, em 2 fevereiro 1911.

RESUMO

BUCCI OKUMURA, Daniela. **Dimensões Jurídicas da Proteção da Vida e o Aborto do Feto Anencéfalo**. 2012. 314 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

A constitucionalidade de abortar-se um feto anencéfalo foi, durante vários anos, controversa no Brasil, e não havia uniformidade nas decisões judiciais a respeito do tema, até o Supremo Tribunal Federal (STF) responder ao questionamento, quando do julgamento da Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) 54. A solução tomada foi favorável ao direito de a gestante abortar a gravidez de feto anencéfalo, mas também foi particularmente difícil em vista dos direitos humanos e fundamentais em conflito no caso. Neste contexto, a dissertação analisa o que é anencefalia, como a legislação e a doutrina têm entendido o aborto do feto anencéfalo, o conceito de vida, o direito à vida, e suas dimensões vertical e horizontal, e objetiva e subjetiva, apontando interpretações aplicáveis à restrição do direito à vida em face de outros direitos fundamentais, especialmente, do direito à dignidade da pessoa humana, à saúde, à autonomia individual, à liberdade, à integridade física e psíquica, e aos direitos reprodutivos da mulher. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é essencial ao se interpretar o direito à vida e outros direitos fundamentais, e a dissertação aborda também como tratados internacionais de direitos humanos são incorporados ao ordenamento brasileiro. A dissertação elenca as principais jurisprudências, doutrinas, e soluções adotadas no plano internacional com relação ao aborto em geral e à proteção dos direitos fundamentais em conflito. Analisa como interpretar-se a lei em situações de conflitos de princípios e direitos fundamentais, destacando limites iminentes, sopesamento e proporcionalidade. Comenta o papel que cabe ao Judiciário no estado democrático de direito, especialmente com relação à efetivação dos direitos humanos. Propõe quatro modelos possíveis de interpretação constitucional sobre o aborto do feto anencéfalo: O modelo da proibição absoluta interpreta a Constituição como garantindo o direito à vida absolutamente; o modelo da livre disposição defende que a Constituição garante a liberdade da mulher de dispor do próprio corpo, também absolutamente; o modelo da liberdade limitada, que parte da premissa da prevalência da liberdade de escolha da mulher, que só pode ser restringida de modo que não seja arbitrário; e o modelo da exceção permitida, que parte da premissa da primazia da vida, que só pode ser limitada em situações razoáveis, após cuidadoso sopesamento e ponderação dos princípios envolvidos. A dissertação segue com um teste de consistência dos modelos sugeridos, com base nos argumentos que o STF utilizou no julgamento da ADPF 54 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, que versou sobre a lei que regulamenta pesquisas com células-tronco embrionárias humanas. Conclui-se pelo modelo da exceção permitida em vista das evidências apresentadas de que, no Brasil, a análise constitucional geralmente parte do pressuposto de que o direito à vida deve ter primazia sobre os demais direitos fundamentais, podendo, apenas excepcionalmente, ser limitado, e de modo razoável e proporcional às circunstâncias fáticas. Finalmente, sugerem-se medidas que o Legislativo poderia tomar visando à maior efetivação possível dos direitos fundamentais em conflito no caso.

Palavras-chave: Aborto. Anencefalia. Constituição. Direitos Fundamentais. Direitos Humanos.

ABSTRACT

BUCCI OKUMURA, Daniela. **Legal Dimensions of Protection of Life and Abortion of Anencephalic Fetus**. 2012. 314 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

The constitutionality of aborting an anencephalic fetus in Brazil has been, for many years, surrounded by controversy, and there was no case law uniformity on the matter until the Supreme Federal Court (“STF”) ruled the issue in the Claim of Breach of Fundamental Precept 54 (“ADPF 54”). The solution to the case was favorable to the right of women to abort anencephalic fetuses, but it was also particularly difficult in view of the conflicting human and fundamental rights involved. Within this context, this dissertation analyses what is anencephaly, how the law and jurisprudence have been treating the abortion of the anencephalic fetus, the definition of life, the right to life and its vertical-horizontal and objective-subject dimensions, pointing out constructions applicable to the restriction of the right to life in view of other fundamental rights, in particular, the right to dignity of human person, the right to health, to the individual autonomy, to liberty, to physical and mental integrity, and to the reproductive rights of women. As the International Human Rights Law is essential to construe the right to life and other fundamental rights, this dissertation also addresses how international human rights treaties are incorporated into the Brazilian legal system. This dissertation also gathers the most important international case law, jurisprudence, and solutions regarding abortion in general and the competing protections of fundamental rights. It reviews how the law should be construed in cases involving conflicting fundamental rights, with focus on immanent limitations, balancing of principles, and proportionality analysis. It further comments the role of courts in a democracy rooted in the rule of law, specially in connection with the implementation of human rights. Furthermore, it proposes four models of constitutional interpretation on the abortion of the anencephalic fetus: The model of absolute prohibition of abortion, through which the Constitution is construed to protect the right to life absolutely; the model of free control over one’s own body, which asserts that the Constitution protects the right of women to control their own bodies absolutely; the model of abortion as a limitable freedom, which starts with the premise of the prevalence of the freedom of choice of women, but acknowledges that such freedom may be restricted in certain cases, provided it is not restricted in an arbitrary way; and the model of abortion as a permitted exception, which starts with the premise of the preeminence of the right to life, which may only be limited in reasonable circumstances, after a careful balancing and weighing the competing principles involved. This dissertation progresses with a test of consistency of the suggested models, based on the arguments the STF used in the rulings of the ADPF 54 and of the Direct Claim of Unconstitutionality (ADI) 3510, which debated the law regulating human embryonic stem cells research. The analysis concludes for the model of the abortion as a permitted exception, by virtue of the evidences that, in Brazil, the constitutional construction generally starts with the premise that the right to life shall take precedence over the other fundamental rights, but that it may be exceptionally limited in a way that is reasonable and proportional to the actual circumstances. Finally, the dissertation suggests legislative measures that may be taken to protect society through guarantees aiming at the greatest possible effectiveness of the competing fundamental rights involved in the case.

Keywords: Abortion. Anencephaly. Constitution. Fundamental Rights. Human Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
PARTE I – PROTEÇÃO DA VIDA E O ABORTO.....	15
1 O DIREITO À VIDA E SEUS DIVERSOS SENTIDOS.....	15
2 DIMENSÕES VERTICAL E HORIZONTAL DO DIREITO À VIDA E SUA PROTEÇÃO NO DIREITO NO DIREITO INTERNACIONAL.....	25
3 RESTRIÇÕES OU LIMITES À VIDA EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE OUTROS DIREITOS.....	29
3.1 INTERPRETAÇÕES OBSERVADAS QUANTO AO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA.....	29
3.2 DIMENSÃO OBJETIVA DO DIREITO À VIDA.....	32
3.2.1 Obrigações de Respeito e de Garantia e a Responsabilização Internacional do Estado em Caso de Violação do Direito à Vida.....	35
3.3 O DIREITO À VIDA NAS CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	39
3.4 DIREITO À VIDA EM CONFLITO COM OUTROS DIREITOS	54
3.4.1 Dignidade e direitos fundamentais.....	54
3.4.2 Direito à vida relativizado	59
3.4.3 Valores, princípios, regras e o direito à vida	62
3.4.4 Outros direitos em conflito.....	65
3.4.4.1 Direito à saúde física e psíquica.....	66
3.4.4.2 Direitos reprodutivos e sexuais da mulher	69
3.4.4.2.1 Liberdade, dignidade, autonomia individual, disposição sobre o próprio corpo, igualdade de gêneros, e privacidade.....	69
4 ANÁLISE DO ABORTO NO BRASIL	77
4.1 TERMINOLOGIAS, CONCEITOS E CLASSIFICAÇÕES.....	77
4.2 LEGISLAÇÃO E DOUTRINA BRASILEIRA SOBRE ABORTO	80
4.2.1 O aborto e a Constituição Federal.....	81
4.2.2 A incorporação e hierarquia das normas de direitos humanos no Brasil	82
4.2.3 O Código Civil e o direito de personalidade.....	88
4.2.3.1 Conceito de personalidade jurídica.....	89
4.2.3.1.1 Teorias sobre a personalidade jurídica.....	89

4.2.4 A criminalização do aborto	92
PARTE II – O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO	102
1 CONTROVÉRSIAS SOBRE A PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA NO CASO DE ABORTO EM DECORRÊNCIA DE INVIABILIDADE DA VIDA EXTRAUTERINA	102
1.1 ANENCEFALIA	102
1.2 PRINCIPAIS ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS NO CASO DA ANENCEFALIA ..	104
1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES	110
2 ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 54 ...	115
2.1 PRINCIPAIS ARGUMENTOS SOBRE ANENCEFALIA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	115
2.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 54	121
2.2.1 Origens do caso	121
2.2.2 Argumentos do arguente	122
2.2.3 Argumentos da Procuradoria Geral de República	126
2.3 ANÁLISE DOS VOTOS DA MEDIDA LIMINAR	128
2.3.1 Voto do Ministro Marco Aurélio	128
2.3.2 Voto do Ministro Carlos Ayres Britto	130
2.3.3 Voto do Ministro Joaquim Barbosa	132
2.3.4 Voto do Ministro Nelson Jobim	134
2.3.5 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence	134
2.3.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes	134
2.3.7 Voto do Ministro Cezar Peluso	137
2.3.8 Voto do Ministro Eros Grau	139
2.3.9 Voto do Ministro Ellen Gracie	140
2.3.10 Voto do Ministro Carlos Velloso	141
2.4 ARGUMENTOS APRESENTADOS EM AUDIÊNCIA PÚBLICA	141
2.5 ALEGAÇÕES FINAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, E DO ARGUENTE	160
2.6 ANÁLISE DOS VOTOS NA ADPF 54 – MÉRITO	165
2.6.1 Voto do Ministro Relator Marco Aurélio	166
2.6.2 Voto da Ministra Rosa Weber	173
2.6.3 Voto do Ministro Joaquim Barbosa	177

2.6.4 Voto do Ministro Luiz Fux.....	178
2.6.5 Voto da Ministra Cármen Lúcia	182
2.6.6 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.....	186
2.6.7 Voto do Ministro Carlos Ayres Brito	190
2.6.8 Voto do Ministro Gilmar Mendes	193
2.6.9 Voto do Ministro Celso de Mello	197
2.6.10 Voto do Ministro Cezar Peluso.....	202
2.6.11 O Ministro Dias Toffoli	210
2.6.12 Decisão da ADPF 54	211
3. O ABORTO NO DIREITO COMPARADO.....	212
3.1. DIREITO COMPARADO	212
3.1.1 América do Norte.....	213
3.1.1.1 Estados Unidos	213
3.1.1.1.1 Caso Roe v. Wade	214
3.1.2 Europa.....	220
3.1.2.1 Inglaterra	220
3.1.2.2 Espanha.....	221
3.1.2.3 Irlanda.....	223
3.2 INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS A RESPEITO DO ABORTO	223
3.2.1 A Corte Européia de Direitos Humanos e o aborto	223
3.2.1.1 Caso A, B e C v. Irlanda	226
3.2.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o aborto	235
4. TEORIAS APLICADAS SOBRE RESTRIÇÃO AO DIREITO À VIDA	237
4.1 CONFLITOS E LIMITES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	237
4.2 TEORIA INTERNA	239
4.2.1 Limites imanentes	241
4.3 TEORIA EXTERNA	243
4.3.1 Sopesamento	247
4.3.2 Proporcionalidade.....	248
4.4 CONTEÚDO ESSENCIAL.....	252
4.4.1 Conteúdo essencial relativo.....	254
4.4.2 Conteúdo essencial absoluto	255

PARTE III – O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO E O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL ADEQUADO	258
1 QUATRO MODELOS POSSÍVEIS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA	258
1.1 O MODELO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PROIBIÇÃO ABSOLUTA DO ABORTO DE FETO ANENCÉFALO	260
1.2 O MODELO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIVRE DISPOSIÇÃO	261
1.3 O MODELO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ABORTO DE FETO ANENCÉFALO COMO LIBERDADE LIMITADA	263
1.4 O MODELO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA EXCEÇÃO PERMITIDA AO ABORTO DE FETO ANENCÉFALO	264
2 O MODELO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL MAIS ADEQUADO À REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA: UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO..	269
2.1 MODELOS <i>A PRIORI</i> INADEQUADOS À REALIDADE JURÍDICA ATUAL DO BRASIL	269
2.2 O FETO ANENCÉFALO E O PAPEL DO JUDICIÁRIO	270
2.3 DISCUSSÕES SOBRE DECISÕES E OS PRINCIPAIS MODELOS DE INTERPRETAÇÃO.....	275
2.3.1 Argumentos no sentido de que o direito à vida não é absoluto.....	276
2.3.2 Argumentos envolvendo a brevidade da vida do feto.....	279
2.3.3 Argumentos envolvendo o estado, a igreja, e valores	281
2.3.4 Argumentos envolvendo a personalidade do feto	282
2.3.5 Argumentos sobre a vida na concepção e o Pacto de San José.....	285
2.3.6 Argumentos sobre a vida e a personalidade a partir da fecundação	286
2.3.7 Argumentos envolvendo a morte encefálica	287
2.3.8 A análise penal de Carlos Ayres Britto	288
2.3.9 Argumentos invocando a iniciativa do Poder Legislativo.....	290
2.3.10 Conclusão sobre o modelo de interpretação constitucional aparentemente aplicável ao Brasil	291
3 SOBRE A POSSIBILIDADE DE SE CONDICIONAR O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO A FIM DE GARANTIR DIREITOS.....	292
CONCLUSÃO.....	296
REFERÊNCIAS.....	301

INTRODUÇÃO

Esta dissertação visa a analisar o aborto do feto anencéfalo à luz do ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração a tutela do direito à vida em face do Direito Internacional dos Direitos Humanos, elencando as principais jurisprudências, doutrinas, e soluções adotadas no plano internacional com relação ao tema, analisando a interpretação da lei em situações de conflitos de princípios e direitos fundamentais, comentando o papel do Judiciário no estado democrático de direito, especialmente com relação à efetivação dos direitos humanos, e, finalmente, propondo quatro modelos de interpretação constitucional aplicáveis ao aborto do feto anencéfalo, tendo como pano de fundo a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema na Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) 54, cuja análise servirá como um teste de consistência dos modelos propostos.

Na primeira parte da pesquisa, traçaremos um arcabouço teórico sobre o direito à vida, abordando o conceito de vida, os diversos sentidos atribuídos ao direito à vida, suas dimensões vertical e horizontal, e objetiva e subjetiva; apontando possíveis interpretações que podem ser aplicadas para compreensão de uma restrição ou limitação da vida ou do direito à vida, especialmente quando se tem em jogo outros direitos, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, o direito à autonomia individual, o direito à liberdade, o direito à integridade física e psíquica da gestante, e os direitos reprodutivos da mulher, entre outros.

Impossível no mundo atual falar-se em direito à vida e outros direitos fundamentais sem se levar em conta o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Portanto, ainda nesta primeira parte do trabalho, abordaremos também como se dá a incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando os tratados internacionais de direitos humanos, e seu impacto na compreensão do direito à vida e suas limitações em nosso direito interno. Ainda alimentando esse arcabouço teórico, trataremos sobre o aborto no Brasil, analisando como a legislação e a doutrina têm debatido e entendido o tema, abordando as principais teorias sobre a matéria.

Na segunda parte do trabalho, direcionaremos o foco de nosso estudo ao caso do aborto do anencéfalo. Explicaremos exatamente o que é a anencefalia, para ter uma base sólida factual sobre a qual refletir a respeito do problema, e traçaremos e analisaremos, então,

as mais relevantes controvérsias sobre a proteção do direito à vida no caso de aborto do feto anencéfalo, aplicando o arcabouço teórico anteriormente analisado, e debatendo como serão tratados os direitos fundamentais, em especial o direito à vida, no caso prático em tela, lembrando também que o aborto, inclusive, envolve relações entre particulares, o que traz importantes implicações a um estado democrático de direito.

Levaremos em conta discussões éticas e filosóficas que servirão como pano de fundo para nossa análise, e buscaremos construir – a partir desses debates éticos, filosóficos, e jurídicos – uma teoria capaz de auxiliar o intérprete quando houver conflito entre a proteção do direito à vida de um lado, e a liberdade, a dignidade, e outros princípios e direitos fundamentais conflitantes, de outro. Analisaremos como tem sido tratada a situação do aborto do feto anencéfalo no Brasil, abordando especialmente as decisões e a jurisprudência a respeito, destacando, a ADPF 54, que versa especificamente sobre a matéria, e que foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 11 e 12 abril de 2012, depois de tramitar por quase 8 anos, tendo sido originalmente proposta em 2004.

Em um segundo momento, ainda nesta parte do trabalho, buscaremos elencar as principais doutrinas e soluções adotadas no plano internacional com relação ao aborto, que possam ajudar a embasar o estudo deste tema no nosso direito interno. Além disso, destacaremos as normas estrangeiras e internacionais que têm sido invocadas e estudadas com relação à proteção dos direitos em conflito no caso, especialmente o direito à vida, à dignidade, à vida digna, à liberdade, à saúde, à autonomia, à igualdade, e aos direitos reprodutivos e sexuais, através de um estudo de direito comparado das legislações de alguns países onde a discussão está particularmente desenvolvida, e da interpretação dos tribunais internacionais de direitos humanos sobre a matéria, confrontando as referidas legislações, doutrinas e jurisprudências em face do nosso ordenamento jurídico, procurando analisar as soluções encontradas e propostas, com especial ênfase no Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte, levantando as mais importantes teorias e argumentos sobre o tema.

No final desta parte do trabalho, trataremos das principais teorias aplicadas com relação às restrições ao direito à vida, analisando os critérios e circunstâncias em que o direito à vida poderia ser restringido ou limitado, demonstrando a possibilidade e a existência de gradações dessa proteção quando se tem outros direitos fundamentais envolvidos, com destaque aos limites imanescentes, sopesamento e proporcionalidade, cuja compreensão será essencial para uma conclusão final sobre como o tema do aborto do feto anencéfalo é tratado no Brasil.

Por fim, na terceira parte deste trabalho, apresentaremos um teste de consistência, ou seja, munidos das análises teóricas e estudos jurisprudenciais desenvolvidos nas duas partes anteriores do texto, passaremos a aplicá-las efetivamente ao caso concreto julgado na ADPF 54.

Tendo em vista que a decisão final sobre a constitucionalidade do aborto do anencéfalo coube ao nosso Supremo Tribunal Federal, e que a lei é silente sobre a matéria (ainda que não o seja sobre o aborto em geral), em primeiro lugar, brevemente, comentaremos o papel que cabe ao Judiciário em um estado democrático de direito, especialmente com relação à efetivação dos direitos humanos.

Passaremos, a seguir, à proposição de quatro modelos cabíveis de interpretação constitucional sobre o caso do feto anencéfalo, explicando as diferenças e consequências da adoção de cada um desses modelos por nossa corte suprema. O teste de consistência proposto concretizar-se-á com uma análise final detalhada dos principais argumentos aplicáveis ao caso que o Supremo Tribunal Federal efetivamente utilizou no julgamento da liminar e do mérito da ADPF 54, levando-se em conta também o julgamento do STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, que tratou da constitucionalidade de se realizar pesquisas com células-tronco embrionárias humanas. Em vista dessa análise, poderemos então verificar se algum dos modelos de interpretação constitucional propostos poderia se aplicar de fato ao caso, e qual seria esse modelo.

Assim, fecharemos nosso trabalho verificando qual a opção de interpretação constitucional o Brasil adotou para o caso do aborto do feto anencéfalo, e discutiremos quais medidas o legislador poderia ainda vir a tomar para contribuir com uma solução razoavelmente satisfatória ao tema, revestindo a situação com uma carapaça protetora que visasse a garantir, ao máximo possível, a maior efetivação de todos direitos fundamentais em jogo, procurando encontrar, assim, o máximo denominador comum desses direitos para a sempre trágica e difícil situação do feto acometido de anencefalia.

PARTE I – PROTEÇÃO DA VIDA E O ABORTO

1 DIREITO À VIDA E SEUS DIVERSOS SENTIDOS

Para Nietzsche “o valor da vida não pode ser estimado”¹, e, ademais, “juízos de valor acerca da vida, contra ou a favor, nunca podem ser verdadeiros”². Mas qual o significado de vida? Qual o objeto daquilo que é pressuposto de todos direitos³ e tem causado inúmeros debates? É possível atribuir à vida humana um valor intrínseco que a garanta plenamente? Ou sobre a vida se constrói apenas um juízo de valor?

Muitos são os significados atribuídos à vida. Vida ordinariamente é entendida como sendo o período compreendido entre o nascimento e a morte, caracterizando o que denominamos de existência⁴. Consiste em um “estado” – estar, de algum modo, vivo pressupõe não estar morto, pressupõe estar em determinada situação em que seja possível estar ativo. Mas nem a definição mais simples de vida está além de controvérsias – apenas a título de exemplo, as concepções acima, retiradas do dicionário, são claramente insuficientes, uma vez que, por exemplo, não faltará quem entenda que a vida tem início na concepção (em oposição ao nascimento), e não resta dúvidas de que um ser pode estar vivo, ainda que esteja em situação em que não lhe seja possível “estar ativo”.

Para José Afonso da Silva, o significado de vida trazido no artigo 5º da Constituição Federal não abarca apenas “seu sentido biológico”⁵:

(...) Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é algo de difícil apreensão, porque é

¹ NIETZSCHE, Friedrich. **O Crepúsculo dos Ídolos** – ou como se filosofa com um martelo. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 18.

² NIETZSCHE, Friedrich. **O Crepúsculo dos Ídolos** – ou como se filosofa com um martelo. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 18.

³ Por exemplo, DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

⁴ Vida: “1. Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas se mantêm em contínua atividade; existência. 2. A vida humana. 3. O espaço de tempo que vai do nascimento à morte; existência”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Eletrônico versão 5.12**. 6a. edição, revista e atualizada, do Minidicionário Aurélio, da Língua Portuguesa. Edição eletrônica autorizada à Positivo Informática Ltda.XXX: Editora Positivo, 2004.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 197.

algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

A vida, na visão de José Afonso da Silva, portanto, é dinâmica, está em constante atividade e, diante de suas características únicas, exige respeito. Esse existir dinâmico em constante processo, no entanto, não é atributo exclusivo do ser humano. Os animais e plantas também são considerados seres vivos. Então, o que diferencia e caracteriza a vida humana, tornando-a digna de ser protegida?

Sob um prisma subjetivo de vida, Marco Segre e Gabriela Guz definem que a essência da vida seria baseada na “percepção”⁶ de como cada indivíduo a entende e a define. Sugerem que esse conceito subjetivo de vida está ligado à capacidade do homem de atribuir à vida um sentido individual⁷. Tal concepção da essencialidade da vida, no entanto, não é científica.

A partir de concepções científicas da vida, várias são as teorias sobre seu significado. Renata da Rocha, por exemplo, trata a vida como “prefixo de ciência e tecnologia”⁸. Sob uma perspectiva mais moderna e tecnológica, a autora reduz o sentido atribuído à vida a duas categorias: a vida vista como um “código”⁹, e a vida vista como um “produto”¹⁰.

No primeiro caso, a vida é valorada dentro do contexto do código genético, em especial, porque a partir da descoberta do ácido desoxirribonucléico – DNA – foi possível desenvolver pesquisas e tecnologias de engenharia genética¹¹ com o objetivo de “identificar e isolar os genes responsáveis por milhares de doenças genéticas que acometem os seres humanos”¹².

Com relação à segunda situação, Renata da Rocha examina a vida sob o ponto de vista do Projeto Genoma Humano, que parte da decodificação do genoma, sequenciando “as bases de DNA da espécie humana”¹³, e destacando a corrida pelo patenteamento do genoma

⁶ “A essência da vida está na subjetividade, na forma como cada um a percebe e, portanto, ela é indefinível, e sua experiência, inefável. Se nos louvamos nas religiões, a vida precede a concepção e o nascimento e ultrapassa a morte - todos fenômenos biológicos percebidos ‘de fora’”. SEGRE, Marco; GUZ, Gabriela. **Início da vida e células-tronco embrionárias**. Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=29790>>. Acesso em: 04 mai. 2011.

⁷ SEGRE, Marco; GUZ, Gabriela. **Início da vida e células-tronco embrionárias**. Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=29790>>. Acesso em: 04 mai. 2011.

⁸ ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 5.

⁹ ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 21-26.

¹⁰ ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 26-34.

¹¹ ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 24.

¹² ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 25.

¹³ ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 26.

humano¹⁴. Para a autora, tais situações, em especial o que diz respeito à patente, consagram “a associação definitiva entre vida, ciência e técnica”¹⁵.

Certamente essa “redução” do significado de vida somente foi possível por causa da descoberta de novas técnicas capazes de verificar situações até então inimagináveis para o homem, como, por exemplo, constatar a viabilidade do feto e tratar doenças ainda dentro do útero¹⁶. Essas novas perspectivas tornam ainda mais relevante o debate sobre o direito à vida, especialmente em vista do risco de que tal “redução” nos leve a categorizar a vida como um objeto¹⁷, um produto, um código.

Além disso, velhos valores são questionados e novos valores são agregados ao debate, exigindo reflexões mais acuradas sobre os sentidos atribuídos à própria vida e sobre os limites do direito à vida:

O Direito, como mecanismo regulador de condutas, e por encontrar-se indissolavelmente atrelado às transformações que experimentam os diferentes comportamentos humanos, transformações essas que podem ter como origem significativas modificações da ideologia dominante em uma determinada sociedade, ou, como no caso em questão, espetaculares avanços científicos, que ameaçam conceitos que se revestiam, até bem pouco tempo, da qualidade de certezas incontestes, não pode se furtar a atender o chamado de sua vocação genuína, qual seja, assegurar o pleno desenvolvimento da vida humana¹⁸.

Independentemente dos avanços tecnológicos, muitos estudiosos, entre eles filósofos e juristas, afirmam que a vida deve ser entendida como um valor, e é em razão disso que ela se encontraria protegida, como veremos ao longo deste trabalho.

Habermas destaca o valor intrínseco da vida quando debate o direito à vida nos casos de interrupção de gravidez. Afirma o filósofo que, no debate sobre o aborto, por décadas “fracassa toda tentativa de alcançar uma descrição ideologicamente neutra, e, portanto, sem

¹⁴ ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 27.

¹⁵ ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 29.

¹⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 12.

¹⁷ Por outro lado, vale lembrar que Kant defende a não-coisificação do ser humano, no sentido de que o ser humano não é uma coisa (*res*) e não pode ser usado como se fosse mero objeto. Ele é um *fim em si*, investido, portanto, de uma dignidade que lhe é própria. KANT, Immanuel. *Foundation of the Metaphysics of Morals*. In: **Ethical Theories**. New York: Prentice Hall; 1950, p. 231.

¹⁸ ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 72.

prejulgamentos, do *status* moral da vida humana prematura, que seja aceitável, para todos os cidadãos de uma sociedade secular”¹⁹.

Para Habermas, tem-se uma perspectiva de que o embrião “no estágio prematuro de desenvolvimento”²⁰ constitui um “amontoado de células”²¹, em contraposição à pessoa do recém-nascido, “a quem compete primeiramente a dignidade humana no sentido estritamente moral”²².

Além disso, Habermas afirma que, embora não se dê ao feto o “status de um sujeito de direitos”, é possível considerar que “todo exemplar biologicamente determinável da espécie” é uma pessoa em potencial e, em razão disso, é “portador de direitos fundamentais inalienáveis”²³.

Para o autor, algo pode ser tido como indisponível sem que seja necessário atribuir-se ao indivíduo beneficiado por esse direito fundamental *status* de sujeito de direitos²⁴. Todavia, qualquer tentativa de estabelecer um limite específico e “moralmente relevante em algum ponto entre a fecundação ou a junção de gametas, de um lado, e o nascimento, de outro”²⁵ seria arbitrária²⁶.

Assim, na concepção de Habermas, é difícil estabelecer um início absoluto e definitivo da vida, e, no entanto, “ninguém duvida do valor intrínseco da vida humana antes do

¹⁹ Ao debater sobre a dignidade humana v. dignidade da vida humana, Habermas traça uma diferença entre aborto devido à rejeição de células-tronco de um aborto decorrente da interrupção da gravidez. HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 44. Vide também Fernando Rey Martínez, que afirma que o problema da eutanásia tem sido debatido de modo mais agudo onde há meios técnicos melhores e uma concepção social da vida mais secularizada. Para ele, em sociedades mais tecnologicamente limitadas, ou mais profundamente religiosas, o debate não chega a se desenvolver. REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 38.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 44.

²¹ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 44.

²² HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 44.

²³ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 44.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 44. Pois, para o autor, é possível limitar direitos por motivos morais, sem por isso ser “intangível no sentido dos direitos fundamentais em vigor de forma irrestrita e absoluta”. HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 44.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 45.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 45.

nascimento”²⁷. Vale dizer que o ser no útero não é uma “pessoa pronta” e também não age no contexto de interação com outras pessoas²⁸. Esse ser, porém, é considerado um de nós, e já goza de proteção legal. Para o autor, a vida humana evoca a “dignidade humana” e, por isso, exige respeito²⁹. Assim, o embrião precisa ser protegido, e é digno dessa proteção³⁰.

Em uma linha semelhante, Dworkin afirma que “a vida humana tem um valor intrínseco e inviolável”³¹. Ele avalia³² a vida atribuindo-lhe três sentidos para evidenciar a sua “sacralidade”³³ – os sentidos instrumental, intrínseco e subjetivo³⁴.

A instrumentalidade nos remete à ideia de se avaliar a vida observando como “serviu aos interesses dos outros”³⁵.

A subjetividade, por sua vez, é medida levando-se em conta o valor que a pessoa atribui à própria vida³⁶. O quanto significaria a alguém estar vivo? Trata-se de um “valor pessoal”³⁷. Para Dworkin, é esse valor pessoal que “o governo tenta proteger, como fundamentalmente importante, quando reconhece e faz vigorar o direito das pessoas à vida”³⁸.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. Habermas, p. 49. O autor admite a forma de “socialização por integração”, em que haveria uma interação entre o feto e o pai da criança. HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 50-51.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 52.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 54.

³¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 37.

³² Defende Ronald Dworkin que no debate sobre o aborto o que se discute são os valores intrínsecos e não os direitos ou interesses do feto. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 48.

³³ Nesse sentido, o autor elucida que se entende sagrado como sinônimo de inviolável e não no sentido teísta, como comumente é empregado. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 33.

³⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 99.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 101. Dworkin afirma que o dinheiro, por exemplo, tem um valor essencialmente instrumental porque não tem outro valor além de comprar coisas que as pessoas desejam ou precisam. Vide DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 99.

³⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 99.

³⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 101.

³⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 101. Vale dizer que daí decorre a importância, para o autor de se verificar se o feto tem direitos e interesses próprios. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução

Já o caráter intrínseco da vida diz respeito à ideia de que algo deve ser respeitado e protegido “por sua qualidade inerente”³⁹, independentemente do valor atribuído a ela por alguém, ou de se ter atendido aos interesses dos outros; simplesmente, “por ser maravilhosa em si mesmo”⁴⁰, de modo que, porque existe, é inviolável⁴¹; pelo que “representa ou incorpora”⁴², é inviolável. Assim, também para Dworkin, a vida deve ser protegida por sua qualidade inerente e intrínseca.

Fernando Rey Martínez defende que a vida é um bem jurídico indisponível⁴³, expondo sua dimensão objetiva, já que independe da vontade de seu titular – se dependesse, transformar-se-ia a vida em um direito subjetivo. Afirma Rey Martínez que a perspectiva jurídica tradicional considerou a vida como “um bem claramente indisponível”, consagrando um verdadeiro dever de viver⁴⁴.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 5º, *caput*⁴⁵, a inviolabilidade do direito à vida, posicionando-o dentre os direitos individuais e coletivos, constituindo-o como um direito fundamental a todos.

Destacamos dois sentidos que podem, em princípio, ser inferidos do texto constitucional que são interessantes para o trabalho em tela: o direito à vida como direito à

Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 101. Ainda para Dworkin, “Ninguém pode afirmar, com coerência, que um feto tem o direito de não ser morto e, ao mesmo tempo, sustentar que é errado que o governo proteja esse direito através das leis penais. Afinal, a responsabilidade fundamental do governo consiste em proteger os interesses de todos os membros da comunidade, particularmente os interesses daqueles que não podem proteger-se por conta própria”. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 18 e “Não é importante que existam mais pessoas, mas, uma vez que uma vida humana tenha começado, é muito importante que floresça e não se perca”. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 102.

³⁹Ronald Dworkin se refere à obra de arte que deve ser protegida e respeitada independentemente de se as pessoas a apreciem ou querem vê-la. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 100.

⁴⁰DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 102.

⁴¹DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 102.

⁴²DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 102.

⁴³Fernando Rey Martínez entende que o direito à vida é indisponível em razão de sua íntima relação com a conservação do núcleo social, mas não acredita que seja um bem jurídico exclusivo da comunidade, nem exclusivamente individual. REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 155.

⁴⁴REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 135.

⁴⁵BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

própria existência, e o direito à vida sob o prisma do mínimo existencial ou vida digna, como defende Alexandre de Moraes⁴⁶.

O direito à vida no sentido de direito à própria existência estaria ligado à não interrupção dos processos humanos vitais⁴⁷, seja por terceiros, seja pelo Estado. É o direito de estar e continuar vivo⁴⁸ até que o processo vital se encerre espontaneamente⁴⁹.

Esse sentido atribuído ao direito à vida nos remete ao estudo sobre a classificação das gerações de direitos humanos⁵⁰, podendo ser o direito à vida inserido nos direitos de primeira geração. Os direitos de primeira geração⁵¹ ou dimensão estariam ligados aos direitos de

⁴⁶ Afirma o autor que a Constituição Federal assegura o direito à vida em sua dupla acepção: “sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”. MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80.

⁴⁷ Para Dimitri Dimoulis, a inviolabilidade do direito à vida de que trata o artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988 diz respeito ao “direito de permanecer vivo, proibindo-se interferências nos processos vitais que possam resultar em morte”. DIMOULIS, Dimitri. Vida (Direito à). In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 397.

⁴⁸ Vide MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80. Ainda nessa linha, afirma José Afonso da Silva que é em razão disso “que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida de outrem em estado de necessidade da salvação da própria”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 198.

⁴⁹ “Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 198.

⁵⁰ Karel Vasak classificou o conteúdo dos direitos humanos em três gerações: os direitos humanos de primeira geração corresponderiam aos direitos de liberdade; os de segunda geração, aos direitos de igualdade e os de terceira geração, direitos de solidariedade, abrangendo o direito ao desenvolvimento e à autodeterminação. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 82. Alguns autores mencionam, ainda, os direitos de quarta geração ou dimensão abrangendo direitos resultantes da globalização dos direitos humanos. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 86. Sobre o desenvolvimento das fases dos direitos dos homens, interessante a leitura da obra clássica de Norberto Bobbio. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32-33.

⁵¹ [N.R.] Há autores que criticam esse conceito, entendendo que seu uso sugeriria a substituição de uma geração por outra, quando na verdade somar-se-iam. Os direitos fundamentais representam a historicidade dos direitos que foram conquistados com o tempo. Nesse sentido, Antonio Cançado Trindade, ao exemplificar alguns dogmas do passado que devem ser questionados, afirma que “o quarto exemplo diz respeito à fantasia das chamadas ‘gerações de direitos’, à qual corresponde uma visão atomizada ou fragmentada destes últimos no tempo. A noção simplista das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do direito internacional dos direitos humanos. Distintamente do que a infeliz invocação da imagem antológica da ‘sucessão generacional’ pareceria supor, os direitos humanos não se ‘sucodem’ ou ‘substituem’ uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais (tendo esses últimos inclusive precedidos os primeiros no plano internacional, a exemplo das primeiras convenções internacionais do trabalho). O que testemunhamos é o fenômeno não de uma sucessão, mas antes da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, a revelar a natureza complementar de todos os direitos humanos”. CANÇADO TRINDADE, Antonio. In: PIOVESAN FLÁVIA. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XXXVII.

liberdade, isto é, garantindo uma atuação individual⁵² dentro de uma esfera de liberdade, contra os abusos e arbitrariedades cometidos pelos Estados.

Por outro lado, poderíamos verificar que a incolumidade do direito à vida de que trata a lei constitucional brasileira não é absoluta e possui exceções, a exemplo da pena de morte⁵³, que também é prevista na Constituição Federal, artigo 5º, XLVII, *a*⁵⁴. André Ramos Tavares, no mesmo sentido, nos lembra de que em vista de uma “necessidade de coerência, de unidade [...] a interpretação constitucional haverá de ser consciente de que nenhum direito, nenhuma garantia, nenhuma liberdade poderá ser tomada como absoluta”⁵⁵. Como veremos em maiores detalhes mais a frente, se entendido como um mandamento de otimização⁵⁶, o direito à vida está sujeito a restrições⁵⁷.

Além disso, a legislação também exige que se estabeleça um momento a partir do qual a vida deve estar protegida. Em geral, a vida estaria protegida desde a concepção⁵⁸ e se encerraria observando o conceito de morte encefálica^{59,60}.

Quanto a isso, vale lembrar que, ao estabelecer o momento em que a vida termina através do critério legal de morte encefálica, inadvertidamente, o legislador acabou criando o potencial de se importar este critério à discussão do aborto, especialmente, à discussão do aborto do anencéfalo, pois, analogamente, é possível entender-se que o início da vida dar-se-

⁵² São denominados de direitos individuais, pois correspondem aos direitos dos indivíduos. A doutrina os denomina também de liberdades públicas e corresponderiam a “direitos subjetivos”, “reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 28.

⁵³ Há quem entenda o aborto como pena de morte do nascituro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito do ser humano à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A Questão do Aborto: Aspectos Jurídicos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 108.

⁵⁴ *In verbis*: “Não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX.”. ⁵⁴ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁵⁵ TAVARES, André Ramos. Interpretação Constitucional. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 195.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁵⁸ Nos termos do art. 4º, I, CADH *in verbis*: “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 10 out. 2010.

⁵⁹ Vide artigo 3º da Lei 9434/97 que substituiu as regulamentações anteriores (lei 8.489/92 e o Decreto 879/93) e a Lei 10.211/2001 que alterou seu texto. A lei estabelece que para a retirada de órgãos e tecidos para transplante é necessário o diagnóstico de morte encefálica.

⁶⁰ “Uma vez que entramos nesse mundo simbólico, apenas a morte cerebral pode fazer-nos sair dele”. SUPLOT, Alain. **Homus juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 5.

ia apenas a partir do funcionamento cerebral regular, já que o inverso determina o fim da vida⁶¹.

Ademais, no que tange a eventuais restrições, também é importante refletir se o direito à própria existência poderia ser limitado por conta da relação entre particulares. O indivíduo poderia dispor de sua própria vida? No que se refere ao direito à vida como direito à existência, lembrando os conceitos filosóficos de Dworkin, se entendermos o direito à existência como um “valor intrínseco”, em princípio não seria possível dispor da vida ou sequer restringi-la, uma vez que o que se protege é a vida em si mesma. Mais uma vez, vale lembrar a lição de Rey Martínez de que, tradicionalmente, considera-se a vida um bem indisponível⁶².

Já com relação ao mínimo existencial ou vida digna, Alexandre de Moraes afirma que o direito à vida “deve ser entendido como *direito a um nível de vida adequado com a condição humana*, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais”⁶³, criando uma dupla obrigação ao Estado: uma de cuidado⁶⁴ e outra de concretização⁶⁵.

No entanto, esse sentido de direito à vida poderia ser inserido no contexto da segunda dimensão (ou geração) de direitos⁶⁶. Nesse contexto, os direitos humanos protegidos surgem de um cenário de lutas sociais em prol da igualdade, garantindo a todos os chamados direitos

⁶¹ [N.R.] O tema será abordado cuidadosamente adiante.

⁶² REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 135.

⁶³ Cf. MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80-81. Nesse sentido, considera Dimoulis que “além da proteção da existência física, o direito à vida abrange a pretensão a certa qualidade de vida, excluindo ações e omissões do Estado que agredam a dignidade humana e privem a pessoa do acesso aos meios de subsistência, isto é, da reprodução adequada da própria vida (alimentação, vestuário, moradia, atendimento médico etc)”. DIMOULIS, Dimitri. Vida (Direito à). In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 397.

⁶⁴ No primeiro caso, cuidar para que todos aqueles que não possam obter recursos suficientes e que não os tenham, ainda assim, possam ter seus direitos garantidos. MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80.

⁶⁵ DIMOULIS, Dimitri. Vida (Direito à). In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 397.

⁶⁶ Como vimos, essa situação demonstra a evolução da proteção dos direitos humanos, de modo que uma geração não substitui a outra, mas se complementam. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 84-85. Vide também notas 50-51.

sociais que englobam o direito à saúde e à habitação, entre outros⁶⁷. Sob essa perspectiva, o direito à vida está relacionado a um conceito de vida digna⁶⁸: não basta estar vivo - é preciso um mínimo existencial para que a vida do indivíduo possa ser considerada digna de existir.

Vale dizer que a interação entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana será um dos principais pontos de tensão do debate sobre o aborto do feto anencéfalo. No entanto, é importante ressaltar que nosso objetivo é analisar o âmbito de proteção do direito à vida e as restrições a esse direito que poderiam justificar concretamente a legitimidade do aborto de feto anencéfalo, já que admiti-lo meramente com fundamento na dignidade da pessoa humana esvaziaria o debate, na medida em que seria possível defender tanto uma autorização quanto uma proibição do aborto sustentando, em ambos os casos, a dignidade da pessoa humana⁶⁹ (o que, inclusive, ocorre com frequência).

José Afonso da Silva, por outro lado, critica e não acolhe o conceito de existência digna⁷⁰, pois, para ele, o termo – que “consubstancia aspectos generosos de natureza material e moral”⁷¹ – poderia justificar o desligamento de equipamentos médico-hospitalares de alguém que estivesse vivendo artificialmente, a prática da eutanásia, e, até mesmo, poderia vir a justificar a eliminação de um portador de deficiência “se viesse a concluir que não teria uma existência humana digna”⁷². Por fim, mais adiante analisaremos com detalhes os dois sentidos jurídicos atribuídos ao direito à vida, e também o desenvolvimento da proteção do direito à vida, observando que tanto o direito à própria existência, quanto o direito a uma vida digna, serão protegidos, ainda que as violações ocorram no âmbito das relações particulares.

⁶⁷ Os direitos econômicos e sociais foram especialmente consagrados pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição Alemã de Weimar de 1919.

⁶⁸ Para Fernando Rey Martínez, talvez seja mais correto falar em qualidade de vida do que vida digna. REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 28.

⁶⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 163.

⁷⁰ Em sentido contrário, Paulo Hamilton e Miguel Oliveira defendem que “o valor fundamental do texto constitucional é a *vida digna*. Esse fato dota a vida humana de um valor fundamental e superior: dignidade da pessoa humana”. SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 220.

⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 198-199.

⁷² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 198-199. Nessa linha, Fernando Rey Martínez ao tratar da eutanásia afirma que, por existirem diferentes concepções de dignidade em uma sociedade multicultural, a descriminalização da eutanásia é a maneira de autorizar todas as opções sem obrigar ninguém a reconhecer que todos têm o direito de levar a cabo as decisões mais íntimas e pessoais relacionadas a sua noção de dignidade e autonomia pessoal. REY, Fernando Martínez. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 4.

2 DIMENSÕES VERTICAL E HORIZONTAL DO DIREITO À VIDA E SUA PROTEÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

Quando falamos de direito à vida, percebemos que possui “diversas facetas”⁷³ que alcançam, essencialmente, as diversas discussões sobre o começo e o fim da vida, abrangendo temas como eutanásia, ortotanásia, eugenia, suicídio assistido, aborto, pesquisas com células-tronco, e clonagem⁷⁴ reprodutiva e terapêutica, cada qual estimulando importantes debates.

Diante disso, André de Carvalho Ramos constata a necessidade de se dividir a proteção da vida em uma dimensão vertical e uma dimensão horizontal⁷⁵.

A dimensão vertical da proteção à vida versa sobre a proteção da vida nas “diferentes fases do desenvolvimento humano”⁷⁶, e a dimensão horizontal da proteção à vida envolve os debates sobre a vida digna, realçando “qualidade de vida, mínimo existencial e facetas sociais”⁷⁷. Essas dimensões ficam mais evidentes porque os diplomas normativos de direito internacional (e muitas vezes, de direito interno) não estabelecem marcos temporais claros da vida, mas apenas, marcos protetivos⁷⁸.

Especialmente nos diplomas internacionais, podemos facilmente constatar que a proteção do direito à vida alcança a dimensão vertical e horizontal.

⁷³ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 223.

⁷⁴ Vale notar que Alain Supiot critica ferozmente a clonagem humana, para tanto, utilizando vocabulário fortemente influenciado por valores religiosos: “A clonagem humana não é, porém, um projeto técnico como um outro. Não visa deslocar os limites que cerceiam a ação do homem sobre a natureza, mas apagar os limites constitutivos do ser humano. Se fosse pensar em um antecedente histórico, é mais na eugenia do que na aviação que cumpriria pensar [...]. Sob a égide das “leis da Ciência”, a humanidade se divide então entre produtores de homens e homens produzidos. Produzindo o homem à sua imagem, o homem realizaria enfim seu mais louco sonho: ocupar o lugar de Deus Pai, do Pai absoluto que não é filho nem esposo de ninguém, e escapar assim a todos os limites que definem a condição humana”. SUPIOT, Alain. **Homus juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 11-12.

⁷⁵ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 223.

⁷⁶ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 223.

⁷⁷ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 223.

⁷⁸ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 224.

Destacamos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁷⁹ que, em 1948, já dispunha em seu artigo III sobre a proteção do direito à vida, garantindo esse direito a todos os seres humanos⁸⁰, abrangendo, inclusive, a proteção ao mínimo existencial para uma vida digna⁸¹.

Posteriormente, em 1966, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁸² e o Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁸³ também versaram sobre o direito à vida. No primeiro, a privação arbitrária da vida é proibida e regulada⁸⁴, e, no segundo, há uma preocupação maior com a qualidade e condições de vida do indivíduo, o que corrobora o texto da Declaração Universal de Direitos Humanos, visando ainda a uma

⁷⁹ Aprovado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). Resolução 217, A, III, de 10 de dezembro de 1948.

⁸⁰ Vide o artigo III da DUDH *in verbis*: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 10 out. 2010. Vale dizer que a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem também abarca a proteção da vida. Artigo I “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa”. A Declaração Americana foi aprovada na IX Conferência Internacional Americana em Bogotá, em 1948. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso: 10 out. 2010. CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 224.

⁸¹ Vide o artigo XXV da DUDH: “1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 10 out. 2010.

⁸² O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução N.º 2200-A (XXI), de 16 de Dezembro de 1966. Entrou em vigor em 1976. O Decreto-Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, depositando a Carta de Adesão na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor em 24 de abril do mesmo ano. Vide também Decreto 592 de 06 jul. 1992.

⁸³ O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução N.º 2200-A (XXI), de 16 de dezembro de 1966.

⁸⁴ Vide especialmente o artigo 6º *in verbis*: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito está protegido por lei. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida. 1. Nos países que não tenham abolido a pena capital, só pode ser imposta a pena de morte para os crimes mais graves, em conformidade com a legislação em vigor no momento em que se cometeu o crime, e que não seja contrária às disposições do presente Pacto nem da Convenção para a prevenção e punição do crime de genocídio. Esta pena só poderá ser aplicada em cumprimento de sentença definitiva de um tribunal competente. 2. Quando a privação da vida constituir crime de genocídio entende-se que nada do disposto neste artigo eximirá os Estados-Signatários do cumprimento de qualquer das obrigações assumidas em virtude das disposições da Convenção para a prevenção e punição do crime de genocídio. 3. Toda a pessoa condenada à morte terá direito a solicitar o indulto ou a comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena capital poderão ser concedidos em todos os casos. 4. A pena de morte não poderá ser imposta por crimes cometidos por pessoas com menos de 18 anos de idade, nem se aplicará a mulheres grávidas. 5. Nenhuma disposição deste artigo poderá ser invocada por um Estado-Signatário no presente Pacto para retardar ou impedir a abolição da pena capital. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>>. Acesso em: 10 out. 2010.

“melhoria contínua” da vida humana em geral⁸⁵, tendo em vista o reconhecimento de que tais direitos “derivam da dignidade inerente à pessoa humana”⁸⁶.

A proteção da vida é reafirmada, também, em âmbitos regionais internacionais pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)⁸⁷, e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)⁸⁸.

A Convenção Europeia, em seu artigo 11⁸⁹, buscou proteger a vida trazendo, no entanto, algumas ressalvas a esse direito⁹⁰.

O artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos⁹¹, por sua vez, garante o respeito à vida, inclusive proibindo os Estados de reinstituírem a pena de morte se já a aboliram, e incentivando os demais Estados a não a instituírem⁹².

⁸⁵ Vide o artigo 11º *in verbis* - “1. Os Estados-Signatários no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário e habitação adequados e a uma melhoria contínua das suas condições de vida. Os Estados-Signatários tomarão medidas apropriadas para assegurar a efetividade deste direito, reconhecendo para esse feito, a importância essencial da cooperação internacional baseada no livre consentimento”. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>>. Acesso em: 10 out. 2010.

⁸⁶ Vide o preâmbulo do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais “(...) *Reconhecendo* que estes direitos derivam da dignidade inerente à pessoa humana”. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>>. Acesso em: 10 out. 2010.

⁸⁷ Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais aprovada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, e entrou em vigor em 1953.

⁸⁸ Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Entrou em vigor em entrou vigor em 18 de julho de 1978.

⁸⁹ Artigo 11 da CEDH *in verbis*: “1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei. 2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário: a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; b) Para efetuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente; c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição”. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>.

Acesso em: 10 out. 2010.

⁹⁰ Vide texto da Convenção na nota de rodapé acima.

⁹¹ Artigo 4 da CADH *in verbis*: “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente; 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente; 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido; 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos; 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez; 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente”. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 10 out. 2010.

⁹² Vide texto da Convenção na nota de rodapé acima.

Em seguida, estudaremos a possibilidade de restrições ou limites ao direito à vida em razão da existência de conflitos com outros direitos que também devem ser considerados na análise sobre o âmbito de proteção conferido à vida.

3 RESTRIÇÕES OU LIMITES À VIDA EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE OUTROS DIREITOS

3.1 INTERPRETAÇÕES OBSERVADAS QUANTO AO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA

A doutrina afirma que a pré-existência do direito à vida é essencial para que outros direitos fundamentais possam existir⁹³. Nessa linha, Maria Helena Diniz afirma que o direito à vida “condiciona” outros direitos da personalidade⁹⁴, e que “deve ser protegido contra tudo e contra todos”⁹⁵, constituindo um verdadeiro “direito absoluto *erga omnes*”⁹⁶.

Alguns autores entendem que, ao afirmar que o direito à vida constitui um direito supremo, ou o mais básico e fundamental de todos, se sugere implicitamente uma hierarquia entre direitos fundamentais⁹⁷.

André de Carvalho Ramos apresenta outros dois aspectos que devem ser considerados para se estabelecer o âmbito de proteção do direito à vida: Para o autor, o caráter irreversível⁹⁸ e irreparável da violação do direito à vida, bem como o “desconforto” de se estabelecer o início e o fim da vida, configuram seu caráter diferenciado em relação aos demais direitos fundamentais⁹⁹.

Com base nisso, vale dizer que a vida não pode ser considerada uma “concessão jurídico-estatal”¹⁰⁰, pois é indisponível, não cabendo ao titular, e tampouco ao estado,

⁹³ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

⁹⁵ Para a autora, a vida deve prevalecer sobre qualquer outro direito, como por exemplo, a liberdade religiosa, constituindo autêntico “princípio do primado do mais relevante”. DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

⁹⁷ KRATOCHVIL, Jan. **The Right to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>>, p. 1. Acesso em: 10 jun. 2010.

⁹⁸ Nesse sentido, Fernando Rey Martínez trata das singularidades do direito à vida como pressuposto lógico e ontológico dos demais direitos e seu caráter de irreversibilidade, pois a morte implica o desaparecimento de seu titular. REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 71.

⁹⁹ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 221.

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

restringir o direito ou impedi-lo de ser exercido¹⁰¹, de modo que o estado deve proteger o direito à vida, além de garanti-lo.

Nesse sentido, também ensina Daniel Sarmento que essas obrigações do estado decorrem da ideia do “*wellfare state*”¹⁰², isto é, de uma concepção político-social do estado, que adota uma previsão de restrições às atividades estatais, ao lado da prestação de atividades, que sejam garantidoras de direitos fundamentais¹⁰³. Nessa esteira, “o Estado Democrático de Direito é o modelo de organização que objetiva concretizar a justiça social”¹⁰⁴.

Para demonstrar o desenvolvimento da proteção do direito à vida, André de Carvalho Ramos elenca quatro fases que marcaram a evolução do âmbito de proteção do direito à vida na esfera internacional¹⁰⁵. Para ele, a primeira fase buscou proteger a vida contra sua violação arbitrária¹⁰⁶, em especial no que diz respeito à imposição de pena de morte. A segunda fase estabeleceu obrigações aos estados, no sentido de zelar pela vida de seus jurisdicionados¹⁰⁷, dando destaque a casos de desaparecimentos forçados, torturas e uso desproporcionado da força cometido pelo estado por meio de seus agentes públicos¹⁰⁸. Nas relações entre particulares ou relações privadas¹⁰⁹, quando referidos desaparecimentos ou torturas fossem cometidos por grupos armados, por exemplo, surge a terceira fase do desenvolvimento do

¹⁰¹ Para Maria Helena Diniz “a vida não é domínio da vontade livre”. DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25

¹⁰² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 129.

¹⁰³ [N.R.] Trata-se do que se denomina dimensão objetiva dos direitos humanos que será estudado mais adiante.

¹⁰⁴ FRANCISCO, José Carlos. Estado Democrático de Direito. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 149.

¹⁰⁵ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 226.

¹⁰⁶ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 226.

¹⁰⁷ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 226.

¹⁰⁸ André de Carvalho Ramos destaca que nessa fase buscou-se combater: “a) uso desproporcionado da força por parte dos agentes públicos; b) os desaparecimentos forçados e ataques clandestinos à vida por parte dos agentes públicos; c) torturas e mortes nas prisões e dependências policiais”. CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 226. Carvalho Ramos menciona a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos Velásquez Rodríguez e Godínez Cruz e para maiores detalhes sugiro a leitura complementar de mesma autoria em que analisa minuciosamente os dois casos: CARVALHO RAMOS, André de. **Direitos Humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 118-162.

¹⁰⁹ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 226.

âmbito de proteção ao direito à vida¹¹⁰. A quarta e última fase abrangeria um espectro maior daquilo que podemos entender como direito à vida – abarcaria também condições mínimas de existência digna¹¹¹.

Para atestarmos a incidência e relevância desses estágios de desenvolvimento de proteção do direito à vida, vale lembrar que o Brasil ainda enfrenta muitos temas que estão inseridos em diversas fases de desenvolvimento do âmbito de proteção da vida. Podemos destacar, por exemplo, as recentes discussões sobre o direito à vida no caso de células-tronco embrionárias na decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510¹¹², bem como a recente responsabilização do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹¹³ em relação a desaparecimentos e torturas cometidos por agentes estatais no período de ditadura militar, e até mesmo a manifestação do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sobre a descriminalização do aborto de feto anencéfalo 54¹¹⁴, objeto deste trabalho.

Diante de tais discussões, restam, pois, claras a atualidade e a relevância do tema, bem como a certeza de que não há uma superação do tema ao longo do tempo, mas, como afirma André de Carvalho Ramos, um “maior ou menor foco sobre tais âmbitos de proteção”¹¹⁵.

Ante o exposto, vamos tratar da dimensão objetiva do direito à vida, e, individualmente, das obrigações positivas e negativas que dela decorrem, para que possamos,

¹¹⁰ O autor menciona as hipóteses de “combate aos esquadrões da morte e execuções extrajudiciais por parte de agentes privados”, de modo que esse âmbito de proteção abarcaria “grupos vulneráveis” como ocorre, por exemplo, na “violência de gênero, contra crianças e por discriminação odiosa”. Vide CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 226.

¹¹¹ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 226. Sugere-se a leitura dos comentários feitos por André de Carvalho Ramos sobre a interpretação extensiva atribuída ao direito à vida pelos tribunais internacionais e a valoração do conteúdo social desse direito. CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 310-312.

¹¹² Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510-0, na qual se analisa a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança nº 11.105/2005, declarado constitucional pelo Supremo. Acórdão disponível no *website* do Supremo Tribunal Federal <http://www.stf.jus.br>.

¹¹³ Corte IDH. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219. Vide ainda artigo que analisa os votos da ADPF 153 julgada em 28 abr. 2010 pelo Supremo Tribunal Federal e o Caso Gomes Lund. CARVALHO RAMOS, André de. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). **Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direito Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguais**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011, p. 174-225.

¹¹⁴ ADPF 54. Vide em: <http://www.stf.jus.br>

¹¹⁵ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 227.

assim, entender melhor o âmbito de proteção do direito à vida no campo do Direito Internacional.

3.2 DIMENSÃO OBJETIVA DO DIREITO À VIDA

A proteção jurídica da vida foi intensificando-se a partir da crescente necessidade de o estado não violar o direito à vida, bem como o dever de o estado proteger o direito à vida em relação a terceiros¹¹⁶, estabelecendo o que se denomina *dimensão objetiva* dos direitos humanos¹¹⁷.

Assim, a dimensão objetiva¹¹⁸ do direito à vida não é apenas conferida ao titular desse direito, mas deve ser entendida como “um conjunto de regras impositivas de comportamento voltadas à proteção e satisfação do direito à vida dos indivíduos”¹¹⁹, acarretando as obrigações positivas e negativas de proteção ao direito à vida, em geral, atribuídas ao estado¹²⁰, que, em caso de descumprimento, poderá ser responsabilizado internacionalmente.

¹¹⁶ Para Sarlet, “[...] todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente - mas não exclusivamente - dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados)”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 113.

¹¹⁷ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 223. Nessa linha, Daniel Sarmiento ensina que “A teoria contemporânea dos direitos fundamentais afirma que o Estado deve não apenas abster-se de violar tais direitos, tendo também de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças provenientes de terceiros”. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 129.

¹¹⁸ Para André de Carvalho Ramos tem caráter “complementar à visão dos direitos humanos subjetivos públicos ou sob uma ótica de direito individual”. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 238.

¹¹⁹ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 223. Vide também CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 237.

¹²⁰ Conforme André de Carvalho Ramos, em geral, ao Estado são atribuídas “regras de imposição de deveres” a fim de garantir a “implementação e desenvolvimento dos direitos individuais”. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 237.

Para Daniel Sarmento, a dimensão objetiva¹²¹ dos direitos fundamentais está vinculada ao fato de que tais direitos consagram “os valores mais importantes em uma comunidade”¹²², pois constituem os “valores nucleares de uma ordem jurídica democrática”¹²³. Seus efeitos não podem depender de sua positivação por parte do estado em seu ordenamento e estão, em razão disso, sujeitos à “limitação jurídica do poder estatal”¹²⁴. Esses direitos se irradiam para “todos os campos do ordenamento jurídico”¹²⁵, exigindo a atuação de todos os órgãos do estado. É o reconhecimento da relevância do conteúdo desses valores aliado à exigência de prestações por parte dos estados que comprovam sua dimensão objetiva¹²⁶.

Assim, é possível afirmar que os direitos fundamentais têm uma dupla dimensão: constituem, ao mesmo tempo, fonte de direitos subjetivos¹²⁷ e objetivos¹²⁸.

Por outro lado, os direitos fundamentais ou individuais correspondem às “prestações negativas”, ou seja, pressupõem uma não-intervenção do estado¹²⁹ na medida em que este

¹²¹ O autor explica que na teoria liberal os direitos fundamentais eram tidos como limitadores do poder do Estado que tinha o “dever jurídico da abstenção” trazendo ao Direito Constitucional “a categoria de direito subjetivo”, observando as pretensões do indivíduo em face do Estado em razão de “um direito positivado na sua ordem jurídica”. Porém, com o Estado Social pós-guerra, mais os direitos fundamentais foram positivados internamente, exigindo uma “nova leitura”. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 105.

¹²² Conforme o autor, determinam prestações aos Estados. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª. Ed., 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 105.

¹²³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 106.

¹²⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 106.

¹²⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 106.

¹²⁶ Além disso, correspondem aos valores essenciais de certa comunidade política, de modo que não é só dever do Estado, mas de toda a sociedade garanti-lo. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 106.

¹²⁷ Para Daniel Sarmento, a dimensão subjetiva justifica que tais direitos “podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo”. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p.107. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que a dimensão subjetiva corresponde à visão clássica de que o “conteúdo normativo refere-se ao direito de seu titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual”, aparecendo também no caso em que o indivíduo adquire um *status* de liberdade positiva, pressupondo ação estatal. DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 110-111. Vide também ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180-193.

¹²⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 107. Vide também. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 237-238.

¹²⁹ Vale esclarecer que após a Revolução Industrial e o movimento do iluminismo, teorizava-se a busca de uma mínima interferência do Estado nas relações sociais, garantindo ao máximo a liberdade dos indivíduos. DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. **Aspectos Jurídicos da Clonagem Reprodutiva de Seres Humanos**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 52.

deve proteger e garantir a “esfera de autonomia do indivíduo”¹³⁰, correspondendo aos direitos de defesa¹³¹ (também denominados de direitos civis e políticos¹³²).

Ademais, Fernando Rey Martínez menciona que, além dessa proibição, que vincula o estado de modo negativo, proibindo a ele causar a morte de um indivíduo por meio de agentes estatais, a importância do direito à vida faz com que os estados estejam também obrigados a proteger esse direito em seus ordenamentos internos, ficando assim vinculados também de modo positivo¹³³. É nesse sentido que seria possível avaliar a conduta estatal e sua omissão¹³⁴.

Isso quer dizer que, em suma, o estado deve abster-se de violar o direito à vida, e também garantir que tais direitos sejam protegidos¹³⁵, já que o homem seria detentor desse direito e poderia exercê-lo livremente.

Daniel Sarmento acrescenta ainda que o estado deverá assegurar “condições mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais”¹³⁶, devendo “formatar seus órgãos e os respectivos procedimentos”¹³⁷ para proteger e garantir os direitos fundamentais.

É interessante pensar na proteção do direito à vida nesse contexto de dimensão objetiva. Isso porque, quando admitimos que o direito fundamental à vida está inserido neste cenário, a sua garantia não corresponde mais a apenas uma obrigação estatal. Toda a sociedade deve “agir em sua defesa”¹³⁸. Daniel Sarmento afirma que a dimensão objetiva se

¹³⁰ CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 82.

¹³¹ REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 71.

¹³² CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 82.

¹³³ REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 71.

¹³⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 71.

¹³⁵ CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 84.

¹³⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 107.

¹³⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 107.

¹³⁸ Daniel Sarmento afirma ainda que “não só através dos instrumentos pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, da atuação em ONG’s e outras entidades, do exercício responsável do direito de voto”. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 106-107.

espalha, inclusive, no “âmbito das relações privadas”¹³⁹, dificultando a plena autonomia do indivíduo, mas garantindo a máxima¹⁴⁰ proteção do direito fundamental da pessoa humana¹⁴¹, no caso, o direito à vida.

A que correspondem essas obrigações positivas e negativas?

3.2.1 Obrigações de Respeito e de Garantia e a Responsabilização Internacional do Estado em Caso de Violação do Direito à Vida

Como vimos, a obrigação de proteger a vida, em geral, é atribuída aos estados, que podem ser responsabilizados internacionalmente, caso violem os compromissos assumidos em defesa dos direitos humanos.

Explica André de Carvalho Ramos que a responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos está ligada diretamente à ideia de proteção internacional desses direitos, já que a “negação dessa responsabilidade acarreta a negação do caráter jurídico da norma internacional”¹⁴². Significa dizer que medidas que buscam prevenir futuras violações ou medidas que visem a responsabilizar o estado infrator garantiriam uma maior proteção dos direitos humanos, consolidando a “juridicidade das normas internacionais”¹⁴³ e “o desenvolvimento das relações entre os Estados”¹⁴⁴.

Os estados, neste contexto internacional, aderem a diversos diplomas jurídicos de proteção (convenções, declarações e tratados internacionais de proteção de direitos humanos,

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 108.

¹⁴⁰ Vale dizer que Daniel Sarmiento alerta para o fato de que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem sido usada para justificar a limitação desses direitos em relação aos interesses da coletividade. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 108.

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p.107.

¹⁴² CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos**. In: Revista do CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr/jun 2005, p. 55. Para Casella a responsabilidade constituiria o verdadeiro princípio fundamental da justiça. ACCIOLY, Hildebrando; G. E. do Nascimento e Silva e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 18 ed., de acordo com o Decreto 7030, de 14-12-2009, e a Lei 12.134, 18-12-2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 364-365.

¹⁴³ CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos**. In: Revista do CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr/jun 2005, p. 55.

¹⁴⁴ **Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos**. In: Revista do CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr/jun 2005, p. 55.

por exemplo), que estabelecem “mecanismos de supervisão e controle do respeito, pelo Estado, desses mesmos direitos protegidos”¹⁴⁵.

Especificamente no Sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), ao qual está submetido o Brasil¹⁴⁶, o artigo 1.1¹⁴⁷ obriga o estado a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção e a garantir o livre e pleno exercício desses direitos¹⁴⁸.

Surgem as obrigações de respeito e obrigações de garantia¹⁴⁹: a obrigação de respeito corresponderia a uma obrigação de não-fazer, enquanto que a obrigação de garantia corresponderia a uma obrigação de fazer¹⁵⁰.

É simples: no primeiro caso, o Estado não deve cometer atos que violem os direitos humanos¹⁵¹, sendo, deste modo, um dever negativo por parte do Estado¹⁵²; no segundo caso, diferentemente, o Estado tem o dever positivo de criar mecanismos para “prevenir, investigar

¹⁴⁵ CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 34.

¹⁴⁶ A Convenção foi aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 22 nov. 1969, mas o Brasil somente aderiu à Convenção em 1992, por meio do Decreto 678 de 6 nov. 1992.

¹⁴⁷ Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos, *in verbis*: 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a **respeitar** os direitos e liberdades nela reconhecidos e a **garantir** seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (negrito nosso) Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 10 out. 2010.

¹⁴⁸ A Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu, na Opinião Consultiva 14/94, que os artigos 1 e 2 da Convenção estabelecem um compromisso com os Estados de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos por ela, garantindo seu livre e pleno exercício, devendo ser adotadas medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para efetivar esses direitos e garantias. Assim, para a Corte, se o Estado contraiu uma obrigação de adotar as medidas necessárias para efetivar esses direitos, com maior razão, o Estado não deve adotar medidas que contrariem o objeto e a finalidade da Convenção. Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). **Opinión Consultiva OC-14/94** del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, p. 11-12. Tradução nossa.

¹⁴⁹ Sarlet afirma que o “princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 113.

¹⁵⁰ CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 41. Vide também CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 224-225. CARVALHO RAMOS, André. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 239.

¹⁵¹ CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 41. CARVALHO RAMOS, André. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 239.

¹⁵² CARVALHO RAMOS, André. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 240.

e mesmo punir toda violação, pública ou privada, dos direitos fundamentais da pessoa humana, mostrando a *faceta objetiva*¹⁵³ desses mesmos direitos”¹⁵⁴.

Para Fernando Rey Martínez, essa dimensão positiva obrigaria os estados a estabelecer “um sistema de proteção (inclusive penal) que sancionasse qualquer agressão à vida independentemente de sua origem pública ou privada”¹⁵⁵. Ainda para o autor, “diante de certos tipos de riscos contra a vida de terceiros”, exige-se dos estados o estabelecimento de um sistema de normas que efetivamente protejam a vida ou permitam uma reparação suficiente”¹⁵⁶ à vítima. Seria nessa dimensão positiva de uma obrigação do estado de se proteger a vida que se discute a questão da tutela estatal da eutanásia e do aborto.

A obrigação de não-fazer surge da obrigação de o estado respeitar os direitos humanos, que se “traduz na limitação do poder público”¹⁵⁷ em decorrência dos “atributos inerentes à dignidade humana e em consequência, superiores ao poder do Estado”¹⁵⁸. Isto significa dizer que o estado, por meio de seus agentes, não deve agir no sentido de privar indivíduos de seu

¹⁵³ A interpretação no regime objetivo das normas internacionais de direitos humanos deve ser feita em favor dos indivíduos e não dos estados que contraem as obrigações por tratados internacionais, não sendo exigida uma contraprestação. Sobre o tema ler mais as obras de CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 36-40, **Processo Internacional de Direitos Humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 25-38 e **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 237-242. Ler também SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 129-138.

¹⁵⁴ CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 41.

¹⁵⁵ REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 74 (tradução nossa).

¹⁵⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 74 (tradução nossa).

¹⁵⁷ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 227 e CARVALHO RAMOS, André. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 239.

¹⁵⁸ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 227 e CARVALHO RAMOS, André. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 239.

direito à vida arbitrariamente ou com o uso excessivo de força¹⁵⁹, mesmo em caso de “ruptura” da ordem pública¹⁶⁰.

Se o estado agir em dissonância com o dever de respeitar, responderá, portanto, por sua conduta comissiva. As jurisprudências das Cortes Internacionais de Direitos Humanos Europeia e Interamericana seguem nesse sentido, responsabilizando o estado quando este age excessivamente ou arbitrariamente contra a vida, ainda que seja para garantir a ordem interna do país ou nos casos da “guerra contra o terror”¹⁶¹.

Além da obrigação de respeito, existem as obrigações de garantia que correspondem às obrigações de fazer. Nesse caso, cabe aos estados criar mecanismos e instrumentos¹⁶², a fim de prevenir, investigar e punir toda violação de direito humanos.

A Corte tem entendido tal obrigação como um verdadeiro “dever preventivo” a ser realizado pelo estado¹⁶³, exigindo não só a defesa dos direitos humanos, mas também, uma vez que tais direitos sejam violados, que o estado garanta a indenização das vítimas e a punição dos culpados. Assim, o estado também responderá se for omissivo no sentido de prevenir e reparar a violação dos direitos garantidos, em especial, o direito à vida¹⁶⁴.

Podemos afirmar ainda que as obrigações de garantia alcançam um patamar bem mais extenso porque exigem do estado uma estrutura coerente com a prevenção do direito à vida e reparação no caso desse direito ser violado. É necessário, portanto, que essa estrutura tenha a participação do estado no âmbito administrativo, legislativo e jurídico¹⁶⁵, o que, na visão de André de Carvalho Ramos, abarcaria “todas aquelas medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural”¹⁶⁶.

¹⁵⁹ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 227.

¹⁶⁰ Nesse sentido, ensina André de Carvalho Ramos. CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 227.

¹⁶¹ Explicam Andrew Clapham e Susan Marks que atualmente existe um grave perigo relacionado ao terrorismo e ao contra-terrorismo já que nesse último caso, muitos abusos se têm feito aos direitos humanos em nome da luta contra o terror, até mesmo em decorrência da subjetividade do conceito de terrorismo. Ler mais em: CLAPHAM, Andrew e MARKS, Susan. **International Human Rights Lexicon**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 345-346.

¹⁶² Para André de Carvalho Ramos essa obrigação invoca a “criação de procedimentos e estruturas que previnam a ocorrência de violações de direitos protegidos”. CARVALHO RAMOS, André. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 240.

¹⁶³ Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n° 4.

¹⁶⁴ Vide [N.R.] 151 a 154.

¹⁶⁵ Nesse sentido. CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos**. In: Revista do CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr/jun 2005, p. 55.

¹⁶⁶ CARVALHO RAMOS, André. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 241.

Observando, assim, as obrigações de fazer e de não-fazer às quais estão submetidos os estados, nota-se que esses poderiam ser responsabilizados por sua conduta comissiva ou por sua conduta omissiva no que tange ao direito à vida. Significa afirmar que o estado pode ser responsabilizado internacionalmente, quer por ter cometido atos que violem o direito à vida, quer por ter deixado de prevenir ou punir tais atos¹⁶⁷.

Todavia, é importante ressaltar que nem todo ato ensejará a responsabilidade do estado¹⁶⁸, mesmo quando o direito em questão versar sobre a vida. Um argumento bastante utilizado no campo do Direito Internacional Público aponta que a responsabilidade do estado decorre do descumprimento de um compromisso ou norma internacional ao qual o estado se vinculou voluntariamente por meio de tratados ou costumes internacionais¹⁶⁹.

Nesse sentido, Paulo Borba Casella explica que a responsabilidade do estado decorre de “todo ato ou omissão que lhe seja imputável e do qual resulte a violação de uma norma jurídica internacional ou de suas obrigações internacionais”¹⁷⁰, de modo que somente a conduta comissiva ou omissiva que efetivamente viole um compromisso internacional firmado pelo estado pode ensejar a sua responsabilidade no âmbito internacional¹⁷¹.

Ademais, como ensina André de Carvalho Ramos, a responsabilidade internacional do estado possui três elementos¹⁷²: existência de um fato internacionalmente ilícito, o resultado lesivo, e o nexo causal¹⁷³. Dessa forma, o primeiro elemento, para o autor, decorre de uma conduta comissiva ou omissiva de uma prévia obrigação internacional estabelecida pela ordem jurídica¹⁷⁴, porém “a imputabilidade é o elemento que vincula a conduta do agente do Estado responsável”¹⁷⁵. Assim, não basta ter-se violado o direito à vida: é necessário que o ato

¹⁶⁷ Vide [N.R.] 151 a 154.

¹⁶⁸ Vide CASSESE, Antonio. **International Law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 243.

¹⁶⁹ CASSESE, Antonio. **International Law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 242.

¹⁷⁰ ACCIOLY, Hildebrando; G. E. do Nascimento e Silva e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 18 ed., de acordo com o Decreto 7030, de 14 dez. 2009, e a Lei 12.134, 18 dez. 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 365.

¹⁷¹ No caso “A Última tentação de Cristo” a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que o descumprimento de uma norma obrigatória assumida pelo Estado gera a responsabilidade, ainda que não houve a culpa do agente ou que ocorra um dano. Corte IDH. Caso “**La Última Tentación de Cristo**” (Olmedo Bustos y otros) v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, § 72.

¹⁷² As pré-condições da responsabilidade do estado para Cassese seriam: 1) elementos subjetivos: a) imputabilidade da conduta omissiva ou comissiva ao estado de um indivíduo contrária à uma obrigação internacional e em alguns casos a culpa de um agente estatal executando o ato ilícito; 2) elementos objetivos: a) inconsistência de uma conduta particular em relação à uma obrigação internacional, b) danos morais ou materiais causados à outro sujeito internacional, c) ausência de qualquer uma das várias circunstâncias excludentes de ilicitude. CASSESE, Antonio. **International Law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 245-246.

¹⁷³ CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 107-111, em especial, p. 107.

¹⁷⁴ **International Law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 108.

¹⁷⁵ **International Law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 111.

seja considerado ilícito, resulte em lesão, e que haja nexo causal entre o ato lesivo e o mal provocado.

Além disso, a conduta omissiva ou comissiva em questão não precisa ser “cometida” exclusivamente por agentes do estado. Um particular também poderia gerar responsabilidade do estado em decorrência do caráter objetivo do direito à vida. Daí porque, em se tratando de respeito e prevenção do direito à vida, o tema ganha amplitude, exigindo uma postura mais atuante do estado, inclusive nas relações privadas. O estado, por exemplo, poderia ser responsabilizado na hipótese de um particular matar alguém¹⁷⁶. São claras as possíveis implicações disso com relação até mesmo ao aborto.

3.3 O DIREITO À VIDA NAS CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Há diversos diplomas internacionais que cuidam da proteção do direito à vida, como já dito anteriormente. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), que garante a todo ser humano o direito à vida em seu artigo III¹⁷⁷, como vimos, estende a proteção desse direito à luz de um significado mais amplo de vida, entendido como a garantia do mínimo existencial para uma vida digna, garantindo saúde, bem-estar, alimentação e habitação, entre outros¹⁷⁸.

Além da DUDH, os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos¹⁷⁹ e o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais^{180,181} garantem ainda mais a possibilidade de se

¹⁷⁶ CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos:** seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 107-111, em especial, p. 107.

¹⁷⁷ Estabelece o artigo III da DUDH *in verbis*: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 10 out. 2010.

¹⁷⁸ Vide o artigo XXV da DUDH *in verbis*: “1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 10 out. 2010.

¹⁷⁹ O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução N.º 2200-A (XXI), de 16 de Dezembro de 1966.

¹⁸⁰ O Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução N.º 2200-A (XXI), de 16 de Dezembro de 1966. Guilherme Assis de Almeida ensina que “a *Carta da ONU*, de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (foi adotado em 1966 e entrou em vigor em 1976; atualmente tem 137 ratificações), e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (foi adotada em 1966 e entrou em vigor em 1976; atualmente conta com 140 ratificações)

proteger a vida humana, não só regulando e coibindo uma conduta que arbitrariamente prive um indivíduo de sua vida¹⁸², como, nos casos de pena de morte¹⁸³, destacando sua proibição em caso de menores de 18 anos e grávidas. Garantem, ainda, uma “melhoria contínua”¹⁸⁴ na qualidade de vida do ser humano¹⁸⁵, tendo em vista que o reconhecimento de tais direitos “derivam da dignidade inerente à pessoa humana”¹⁸⁶.

No âmbito regional, tanto na Convenção Europeia de Direitos Humanos – CEDH¹⁸⁷ quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH¹⁸⁸, o indivíduo não pode ser

formam em conjunto, a Carta da ONU de Direitos Humanos, documento básico do DIDH”. ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos humanos e não-violência**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 61

¹⁸¹ Ensinam Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano que “a diferença básica entre os dois pactos está no fato de que, enquanto o Pacto de Direitos Civis e Políticos criou predominantemente direitos para os indivíduos, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabeleceu obrigações coletivas para os Estados-partes, tais como garantir trabalho, qualidade de vida, educação, moradia, saúde e previdência, entre outros. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158.

¹⁸² Vide especialmente o artigo 6.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, *in verbis*: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito está protegido por lei. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida. 1. Nos países que não tenham abolido a pena capital, só pode ser imposta a pena de morte para os crimes mais graves, em conformidade com a legislação em vigor no momento em que se cometeu o crime, e que não seja contrária às disposições do presente Pacto nem da Convenção para a prevenção e punição do crime de genocídio. Esta pena só poderá ser aplicada em cumprimento de sentença definitiva de um tribunal competente. 2. Quando a privação da vida constituir crime de genocídio entende-se que nada do disposto neste artigo eximirá os Estados-Signatários do cumprimento de qualquer das obrigações assumidas em virtude das disposições da Convenção para a prevenção e punição do crime de genocídio. 3. Toda a pessoa condenada à morte terá direito a solicitar o indulto ou a comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena capital poderão ser concedidos em todos os casos. 4. A pena de morte não poderá ser imposta por crimes cometidos por pessoas com menos de 18 anos de idade, nem se aplicará a mulheres grávidas. 5. Nenhuma disposição deste artigo poderá ser invocada por um Estado-Signatário no presente Pacto para retardar ou impedir a abolição da pena capital”. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>>. Acesso em: 10 out. 2010.

¹⁸³ CLAPHAM, Andrew e MARKS, Susan. **International Human Rights Lexicon**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 50-52.

¹⁸⁴ Vide o artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais *in verbis*: “1 - Os Estados-Signatários no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário e habitação adequados e a uma melhoria contínua das suas condições de vida. Os Estados-Signatários tomarão medidas apropriadas para assegurar a efetividade deste direito, reconhecendo para esse feito, a importância essencial da cooperação internacional baseada no livre consentimento”. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>>. Acesso em: 10 out. 2010.

¹⁸⁵ Nos lembra Cláudia Perrone-Moisés que o Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “reconhece o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para a sua família, incluindo-se a alimentação, vestimenta e moradia, assim como a melhoria contínua de suas condições de vida, e determina que o Estados Partes devem tomar medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito”. PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direitos Humanos e Desenvolvimento: A Contribuição das Nações Unidas**. PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (Org.); AMARAL JUNIOR, A. (Org.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 180.

¹⁸⁶ Vide o preâmbulo do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais “[...] *Reconhecendo* que estes direitos derivam da dignidade inerente à pessoa humana”. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>>. Acesso em: 10 out. 2010.

¹⁸⁷ Artigo 2º da CEDH *in verbis*: “1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei. 2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário: a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; b) Para efetuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida

privado arbitrariamente de sua vida. Assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos, e a Corte Interamericana têm trazido parâmetros para estabelecer o alcance do âmbito de proteção do direito à vida¹⁸⁹.

Com relação à obrigação negativa do estado, ou seja, obrigação de abster-se de violar direitos humanos, em especial, o direito à vida, trazemos à baila o caso da pena de morte, cuja atualidade e relevância persistem até hoje. A interpretação versa sobre o que se entende por “arbitrariamente”.

O artigo 2º da Convenção Europeia¹⁹⁰ estabelece que o direito à vida de toda pessoa está protegido por lei, não podendo qualquer indivíduo ser privado de sua vida arbitrariamente, exceto em caso de pena de morte imposta por um tribunal, e em situações em que o uso da força será permitido, desde que absolutamente necessário¹⁹¹.

A privação da vida por agentes estatais¹⁹² é, particularmente, uma grave violação do direito à vida¹⁹³. A Convenção Europeia de Direitos Humanos não enumera situações em que

legalmente;c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição”. Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf.

Acesso em: 10 out. 2010.

¹⁸⁸ Artigo 4 da CADH *in verbis*: “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente; 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente; 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido; 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos; 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez; 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente”. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 10 out. 2010.

¹⁸⁹ Fernando Rey Martínez extrai do artigo 2º da Convenção Europeia três situações que exigirão uma análise da interpretação dada pela Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o tema. A primeira estaria ligada à privação da vida devido ao uso da força por agentes estatais; a segunda, sobre o término e início da vida; e, a terceira, sobre a proteção estatal para determinados tipos de riscos à vida. REY MARTÍNEZ, Fernando. *La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho en Transformación Y Expansión* (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 75.

¹⁹⁰ 1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei. 2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário: a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente; c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição. Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf.

Acesso em: 10 out. 2010.

¹⁹¹ Nota-se que, apesar de o *Human Right Committee* afirmar que o direito à vida é um direito supremo, ao mesmo tempo, admite possíveis exceções. Ler mais a respeito: KRATOCHVIL, Jan. **The Right to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=951225>, p. 2>. Acesso em: 10 jun. 2010.

¹⁹² André de Carvalho Ramos, ao tratar da responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos, afirma que o estado é responsável por atos ou omissões cometidos pela conduta do Poder Executivo,

privar o indivíduo de sua vida é permitida, mas proíbe qualquer forma “arbitrária” de privação da vida¹⁹⁴.

No entanto, Jan Kratochvil aponta uma dificuldade para aplicar o dispositivo: A necessidade de se analisar a interpretação que se pretende atribuir ao termo “arbitrariamente”¹⁹⁵.

Kratochvil explica que a força usada pelo agente estatal que viola o direito à vida deve ser desproporcional e ilegítima para que possa implicar alguma responsabilidade ao estado. Para ele, tem-se entendido que o termo “arbitrariamente” está ligado ao exercício desproporcional a uma situação legítima¹⁹⁶, o que exige uma análise pontual, verificando-se as peculiaridades de cada caso.

Nesse sentido, André de Carvalho Ramos afirma que há responsabilidade internacional do estado quando o agente estatal atua de modo *ultra vires*, ou seja, quando o agente estatal, embora imbuído da necessidade de agir, age de forma abusiva e arbitrária¹⁹⁷, violando o direito à vida do indivíduo. Assim, a conduta do estado deve restar limitada diante dos direitos dos indivíduos¹⁹⁸.

Além disso, mesmo em circunstâncias em que o uso da força está autorizado, tem-se entendido que ele deve ser realizado somente se estritamente necessário¹⁹⁹, a fim de não se colocar em risco o efetivo exercício do direito à vida²⁰⁰.

Legislativo e Judiciário. CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos**. In: R.CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr/jun 2005, p. 55.

¹⁹³ KRATOCHVIL, Jan. **The Righth to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 3>. Acesso em: 10 jun. 2010.

¹⁹⁴ KRATOCHVIL, Jan. **The Righth to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 3>. Acesso em: 10 jun. 2010.

¹⁹⁵ KRATOCHVIL, Jan. **The Righth to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 3>. Acesso em: 10 jun. 2010.

¹⁹⁶ KRATOCHVIL, Jan. **The Righth to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 4>. Acesso em: 10 jun. 2010.

¹⁹⁷ CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos**. In: R.CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr/jun 2005, p. 55.

¹⁹⁸ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 227.

¹⁹⁹ KRATOCHVIL, Jan. **The Righth to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 4>. Acesso em: 10 jun. 2010.

²⁰⁰ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 227-228

Fernando Rey Martínez, por sua vez, critica esse dispositivo e explica que esse artigo foi perdendo a força, pois, em 1983, com o surgimento do Protocolo nº 6²⁰¹, foram estabelecidas algumas circunstâncias em que seria possível aplicar a pena de morte, como em caso de guerra, por exemplo²⁰².

Para Rey Martínez, o Protocolo nº 6 constitui um diferenciado diploma internacional, pois obriga os estados a abolirem a pena de morte, aproximando-se mais de uma norma interna que uma norma internacional²⁰³. Além disso, o autor afirma que tal dispositivo “outorga um direito subjetivo aos particulares de não serem condenados a tal pena e, muito menos, a serem executados”²⁰⁴, e, por fim, ao tentar estabelecer regras sobre a “legalidade penal e certas garantias processuais”²⁰⁵, o Protocolo nº 6 acabou evoluindo e originando o Protocolo 13 da Convenção Europeia, a partir do qual seria possível até mesmo impedir que as circunstâncias anteriores, que previam e permitiam a pena de morte, fossem sustentadas, devendo, a partir de então, também estas, ser abolidas²⁰⁶.

Já com relação ao sistema regional interamericano, extraímos do artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos alguns pontos relevantes e semelhantes às críticas avençadas. Seria possível afirmar que o que se protege igualmente é a impossibilidade de privação da vida do indivíduo de modo arbitrário. No entanto, a Convenção também é

²⁰¹ Protocolo adicional à **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Relativo à Abolição** da pena de morte. Disponível em: <http://www.hrea.org/erc/Library/hrdocs/coe/echr_pt.pdf>. Acesso em: 10 out. 2010.

²⁰² Visa à abolição da pena de morte, sem excluir casos de ameaça de guerra ou em caso de atos cometidos em tempo de guerra. Disponível em: <http://www.hrea.org/erc/Library/hrdocs/coe/echr_pt.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2011. Vide também REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 68.

²⁰³ REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 68.

²⁰⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 68 (tradução nossa).

²⁰⁵ REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 69 (tradução nossa).

²⁰⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 69 (tradução nossa).

omissa no que tange ao rol de exceções ao direito à vida, deixando, ainda, a critério dos estados e de seus intérpretes estabelecerem as restrições do direito à vida²⁰⁷.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no entanto, tem estabelecido parâmetros de interpretação do significado de “arbitrário”, observando o contexto do artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos, como no caso *Suarez de Guerrero v. Colombia*, por exemplo²⁰⁸.

Conforme ensina Renata Cenedesi Rodrigues²⁰⁹, no Caso *Hilarie, Constantine e Benjamin e outros*, julgado pela Corte Interamericana, *Trinidad & Tobago*²¹⁰ foi responsabilizado internacionalmente, pois o estado tinha previsão para pena de morte em caso de homicídio doloso, e a Corte entendeu que este dispositivo interno violava o direito à vida, previsto no artigo 4º da CADH.

A pena de morte, portanto, é vista para alguns como exceção do direito à vida, mas, como bem salienta André de Carvalho Ramos, avança em direção a seu “completo banimento no globo”²¹¹. E, no entanto, ela tem sido aplicada ao longo da história²¹². Algumas garantias e salva-guardas foram estabelecidas contra a pena de morte, como, por exemplo, a restrição à

²⁰⁷ Vide [N.R.] 188, com o texto integral do artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

²⁰⁸ André de Carvalho Ramos relembra também o caso da Penitenciária El Frontón em que o Peru foi condenado pelo uso da força de modo excessivo. CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 227-228.

²⁰⁹ RODRIGUES, Renata Cenedesi Bom Costa. **El Nuevo Concepto del Derecho a la vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. p. 91. Disponível em: <<http://www.idpc.es/archivo/1213281758FCI9RCB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2010.

²¹⁰ Corte IDH. **Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94

²¹¹ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 248.

²¹² Ainda com relação à pena de morte em face dos direitos humanos internacionais, vale lembrar que André de Carvalho Ramos aponta três fases do tratamento recebido pela pena de morte: i) convivência tolerada, em que há permissão da pena de morte, mas sujeita aos limites estabelecidos pelo artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sendo que, nesta fase, os Estados signatários não poderiam aplicar a pena de morte em casos não previstos quando da ratificação desses tratados internacionais, exigindo-se uma decisão judicial e a possibilidade de previsão de indulto, anistia ou comutação de pena, além de ser vedada a sua aplicação às grávidas, menores e maiores de 70 anos; ii) banimento com exceções, fase em que somente é possível aplicar a pena de morte para crimes militares, nos termos do 2º Protocolo Facultativo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos relativo à Pena de Morte; e, finalmente, iii) banimento da pena de morte em qualquer circunstância nos termos do Protocolo 13 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, que taxativamente veda a aplicação da pena de morte e não aceita reserva de seu texto. CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 248-250. Vide também Andrew Clapham e Susan Marks que explicam que a Comissão Interamericana entendeu tratar-se de violação de normas de *ius cogens* a imposição de pena de morte à menores. CLAPHAM, Andrew e MARKS, Susan. **International Human Rights Lexicon**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 53-54.

possibilidade de se aplicar a pena de morte somente nos casos em que há previsão na lei e uma decisão condenatória proferida por um tribunal²¹³.

Protocolos adicionais e a Convenção Americana de Direitos Humanos²¹⁴ foram agregando mais rigor à aplicação da pena, em alguns casos, possível somente para crimes mais graves ou crimes de natureza militar²¹⁵. Tais diplomas internacionais de direitos humanos têm também estimulado os estados a abolir a pena de morte, impedindo aqueles que a tenham abolido de voltar a instituí-la, ou, ainda, proibindo estados que já não a prescrevem de criar novas hipóteses de aplicação²¹⁶.

Além disso, outro aspecto interessante envolvendo a pena de morte é o fenômeno do corredor da morte²¹⁷, que tem sido amplamente comentado pela doutrina. Tem-se entendido que a espera no corredor da morte viola a dignidade humana, constituindo um tratamento cruel e degradante, como, por exemplo, também já foi decidido no caso *Söering v. Reino Unido*²¹⁸.

Vale lembrar que André de Carvalho Ramos salienta que “o termo ‘arbitrariamente’ possibilitaria *a contrario sensu*, a existência de justificativas legais para o término da vida, como, por exemplo, a legítima defesa, o estado de necessidade, a eutanásia, entre outros”²¹⁹, podendo ser reconhecida uma legitimidade de se tirar a vida de outra pessoa na defesa de sua própria²²⁰.

Outra interpretação importante frequentemente utilizada é a de que existe uma responsabilidade do estado pela proteção do direito à vida, ainda que a ação que tenha violado

²¹³ Vale lembrar também, como o faz André de Carvalho Ramos, que mesmo a pena máxima prevista no Estatuto de Roma, atualmente aplicada pelo Tribunal Penal Internacional – que pune crimes contra a humanidade, como o genocídio, por exemplo – é a prisão perpétua, e não a pena de morte. CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 249-250.

²¹⁴ Vide artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos e Opinião Consultiva 3/83 emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²¹⁵ Cf. KRATOCHVIL, Jan. **The Right to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 11>. Acesso em: 10 jun. 2010.

²¹⁶ Vide Opinião Consultiva 14/94 emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

²¹⁷ KRATOCHVIL, Jan. **The Right to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 14-16>. Acesso em: 10 jun. 2010. Vide também CLAPHAM, Andrew e MARKS, Susan. **International Human Rights Lexicon**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 55-56.

²¹⁸ *Soëring v. The United Kingdom (Application no. 14038/88)*. Julgamento em 07 jul. 1989. Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=soering&sessionid=72256788&skin=hudoc-en>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

²¹⁹ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 226.

²²⁰ Nesse sentido, SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 198.

esse direito tenha sido cometida por particulares. Em outras palavras, a proteção do direito à vida se estende não somente à mortes causadas por agentes públicos; o estado responde por atos praticados por seus agentes²²¹ e por particulares²²², desde que possa ser imputável a ele²²³ tal conduta. Neste caso, a responsabilidade do estado seria indireta²²⁴. Em outras palavras, a responsabilidade nasceria da inércia do estado em garantir as obrigações assumidas internacionalmente por ele²²⁵.

Ademais, o estado poderá ser responsabilizado não só na ação, mas também na omissão do agente na proteção do direito à vida²²⁶. Como vimos, trata-se da obrigação de respeito e da obrigação de garantia. O estado não deve tirar a vida arbitrariamente do indivíduo (obrigação de não fazer), e deve garantir que o direito à vida seja plenamente exercido, devendo o estado também tomar todas as medidas cabíveis para que isso aconteça²²⁷.

A situação de responsabilização do estado é mais fácil de ser visualizada quando a conduta violadora for praticada por agentes do próprio estado²²⁸, ocupantes de cargos oficiais.

²²¹ Nesse sentido, o autor traz alguns casos em que Estados foram responsabilizados por atos de seus agentes, tais como Mallén, Youmans e Caire. CASSESE, Antonio. **International Law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 246-247.

²²² No entanto, vale lembrar que Luísa Neto, abordando um assunto correlato, explica que “[...] quanto aos que por contrato dispõem do próprio corpo, em termos de renúncia genérica e não especificamente abrangida por casos de legítima defesa ou estado de necessidade, nem o direito internacional nem o direito nacional obriga a evitar que estranhos percam a vida”. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 448.

²²³ Imputável ao governo para ACCIOLY, Hildebrando; G. E. do Nascimento e Silva e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 18 ed., de acordo com o Decreto 7030, de 14-12-2009, e a Lei 12.134, 18-12-2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 365.

²²⁴ ACCIOLY, Hildebrando; G. E. do Nascimento e Silva e; CASELLA, Paulo Borba explicam que “Em rigor, contudo, poderia dizer-se que a responsabilidade do estado será sempre **indireta**, porque somente pode praticar atos por meio de seus agentes, e quando responde por atos de particulares não é por tê-los praticado” (negrito dos autores). **Manual de Direito Internacional Público**. 18 ed., de acordo com o Decreto 7030, de 14-12-2009, e a Lei 12.134, 18-12-2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 365.

²²⁵ **Manual de Direito Internacional Público**. 18 ed., de acordo com o Decreto 7030, de 14-12-2009, e a Lei 12.134, 18-12-2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 374.

²²⁶ Vide [N.R.] 151 a 154.

²²⁷ Vide [N.R.] 151 a 154.

²²⁸ [N.R.] O Sistema de proteção da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) abrange somente países signatários ou que aderiram à Convenção, determinando os mecanismos de controle e supervisão internacionais de direitos humanos. A Convenção foi aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 22 nov. 1969, mas o Brasil somente aderiu à Convenção em 1992, através do Decreto 678 de 6 nov. 1992. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou nesse sentido na Opinião Consultiva 14 de 1994. A consulta realizada pela Comissão Interamericana considerou que a incorporação do artigo 140 da nova constituição do Peru, mediante a qual se ampliavam os casos de aplicação da pena de morte (isto é, além do delito de traição à pátria em caso de guerra já previsto no artigo 235 da anterior Constituição Peruana de 1979, a nova Constituição pretendia estabelecer a pena de morte também no caso de terrorismo), contrariava o disposto no artigo 4, parágrafos 2º e 3º, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Embora a Opinião consultiva tenha representado um marco no que tange à relação de direito interno e direito internacional, uma das perguntas formuladas à Corte foi destinada à análise das responsabilidades e obrigações de agentes ou funcionários do estado que ao cumprir a lei editada por esse estado poderia violar o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos. Apesar da curiosa manifestação do estado brasileiro, com relação à pergunta formulada pela

Neste caso, tanto na conduta comissiva quanto na omissiva que viole o direito à vida, o estado responde. No entanto, fica mais difícil compreender como o estado poderia ser responsabilizado se o particular viola direito à vida já que, nesse caso, os indivíduos não agem em nome do estado e nem estão vinculados diretamente a ele²²⁹.

Em princípio, poderíamos afirmar que o estado não poderia ser responsabilizado por atos de particulares que violam direitos humanos, até mesmo porque o estado não poderia, da mesma maneira, fiscalizar os atos de particulares como o pode fazer com relação aos atos de seus agentes²³⁰. No entanto, ensina André de Carvalho Ramos que “a responsabilização internacional do estado por ato de particulares é observado tanto no caso de conduta de agentes estatais agindo a título privado (ou seja, como particulares) quanto no caso de conduta de agentes estatais no momento do ato de particulares”²³¹.

O estado não responde pelo ato do particular em si. Na verdade, o resultado lesivo decorre da inércia de o estado promover ações que *normalmente*²³² deveriam ter sido praticadas a fim de proteger os direitos humanos, seja corrigindo violações já ocorridas, seja antecipando atos de modo a evitar que eles ocorram.

Assim, para garantir a efetividade do direito à vida, por exemplo, o estado não deve apenas agir de forma a não violar esse direito, mas também deve tomar medidas de prevenção, de proteção, e garantir que referidas condutas violatórias não se repitam.

Comissão concluindo pela submissão dos funcionários dos estados aos ditames constitucionais, não podendo sequer invocar convenções internacionais para descumpri-los, a Corte entendeu que o estado é responsável por atos de seus agentes ou funcionários que apliquem leis violadoras da Convenção, já que a Comissão e a Corte analisam a conduta dos estados. (Isso não exclui a possibilidade de um indivíduo ser julgado, entretanto, pelo Tribunal Penal Internacional, na hipótese de delito internacional previsto, tais como crimes contra a paz, contra a humanidade, genocídio etc.). Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). **Opinión Consultiva OC-14/94** del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14. Sobre a atuação *ultra vires* ler CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 157-161, especialmente, p. 159-161. A respeito ler também interessantes casos da Corte Internacional de Justiça indicados por SHAW, Malcom N. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 700.

²²⁹ Nesse diapasão, CASSESE também explica que é “*very difficult to prove that a State is responsible for acts performed by individuals not having the status of State officials. Indeed, it becomes necessary to prove that every single action contrary to International Law has been the subject of specific instructions by the State*”. CASSESE, Antonio. **International Law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 250.

²³⁰ ACCIOLY, Hildebrando; G. E. do Nascimento e Silva e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 18 ed., de acordo com o Decreto 7030, de 14-12-2009, e a Lei 12.134, 18-12-2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 374.

²³¹ Para o autor, é preciso ser cauteloso para estabelecer a responsabilidade do Estado. CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 162-163.

²³² ACCIOLY, Hildebrando; G. E. do Nascimento e Silva e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 18 ed., de acordo com o Decreto 7030, de 14 dez. 2009, e a Lei 12.134, 18 dez. 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 375.

No entanto, é importante analisar quais parâmetros poderiam ser estabelecidos a fim de constatarmos a omissão do estado na ocasião do *non-state actors*²³³ e sua consequente responsabilidade, especialmente no tocante ao direito à vida: como determinar quais ações poderiam ser consideradas normais ou razoáveis, e como determinar quais ações deveriam ter sido praticadas para impedir a violação de direitos humanos ou para corrigir conduta lesiva aos direitos humanos?

Podemos extrair dois exemplos muito citados pela doutrina em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos²³⁴ responsabilizou o estado por violação de direito à vida por atos de particulares: Velásquez Rodríguez²³⁵ e Godínez Cruz²³⁶, ambos envolvendo a responsabilidade do estado de Honduras. Nestes casos, houve a responsabilização por ato de particulares em decorrência de o estado “falhar em prevenir ou adequadamente responder pelo desaparecimento”²³⁷ de pessoas e assassinatos de testemunhas.

²³³ Susan Marks e Andrew Clapham afirmam que embora, via de regra, o ato cometido por particulares no Direito Internacional não enseja a responsabilidade do estado, no caso de uso de armas individualmente, por exemplo, acaba tornando-se armas de destruição em massa e, nesse caso, apesar de não ser atribuída responsabilidade diretamente ao Estado, este poderia ser responsabilizado por não regular a conduta individual do uso de armas. MARKS, Susan e CLAPHAM, Andrew. **International Human Rights Lexicon**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 8-9.

²³⁴ A Corte Interamericana é o órgão judicial autônomo cabendo a ela aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos, com competência para reconhecer qualquer caso que lhe seja submetido, desde que os Estados Membros envolvidos no caso tenham reconhecido sua jurisdição. Vide artigos 1º e 2º do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos e artigos 33 e 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

²³⁵ Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n° 4. O caso foi encaminhado à Comissão em 1981, que, após analisá-lo, encaminhou-o para a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 24 abr. 86. Angel Manfredo Velásquez Rodríguez, sob a acusação de ter praticado crimes políticos, foi detido para interrogatório sem ordem judicial pela DNI e pelas Forças Armadas de Honduras, e, conforme declarou a Comissão Interamericana, foi submetido à sessões de tortura e restou desaparecido. Não bastasse a atuação *ultra vires* de policiais e militares hondurenhos durante o processo, algumas testemunhas foram ameaçadas e mortas (antes e depois de terem prestado depoimento). Em certo ponto, a morte de uma das testemunhas, que veio a ocorrer, no entanto, foi atribuída a um grupo de guerrilheiros hondurenhos chamado “Cinchonero”. A falta de prevenção na morte da testemunha por parte do Estado, acabou culminando na condenação de Honduras em janeiro de 1989, especialmente, a violação do direito à vida por ato de particulares. Vide importantes comentários feitos ao caso por CARVALHO RAMOS, André de. **Direitos Humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 118-145.

²³⁶ Corte IDH. **Caso Godínez Cruz v. Honduras**. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5. No caso do professor escolar Saul Godínez Cruz, que desapareceu em 22 jul. 1982 após ter sido capturado por três homens, dentre os quais, um vestindo um uniforme militar. Durante o processo, algumas testemunhas também foram assassinadas. Nesse caso, a omissão sem justificativa do Estado ensejou na sua responsabilização. Vide CARVALHO RAMOS, André de. **Direitos Humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 145-162.

²³⁷ MARKS, Susan e CLAPHAM, Andrew. **International Human Rights Lexicon**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 9, 126-128.

Também em relação à responsabilização por atos de particulares, vale ressaltar ainda a atuação da Comissão Interamericana²³⁸ em um caso envolvendo a responsabilização do Brasil: o Caso José Pereira²³⁹.

Dentre as acusações, o estado brasileiro teria violado direito à vida, à liberdade, à segurança, e à integridade pessoal, o direito ao trabalho e a uma justa remuneração, e o direito à proteção contra a detenção arbitrária, entre outros, especialmente porque deixou de tomar medidas de proteção e de garantia, permitindo a ocorrência de reiterados casos semelhantes na região, demonstrando ineficácia nas investigações e punições, bem como nos processos referentes aos assassinos e os responsáveis pela exploração do trabalho que, por muitos anos, arrastaram-se sem qualquer resposta²⁴⁰.

Outra interpretação relevante diz respeito à ampliação do conceito de vida. A ampliação do conceito de vida tem sido aplicada frequentemente pela Corte Interamericana nos casos de desaparecimento forçado, por exemplo, que tem sido entendido como uma vulnerabilidade do direito à vida em que o estado viola de forma continuada diversos direitos reconhecidos por tratados internacionais²⁴¹. Na América do Sul, a prática ocorreu principalmente nos anos setentas, época de muitas ditaduras nos países latino-americanos.

²³⁸ [N.R.] A Comissão atua com atribuições diferentes, ora como órgão da OEA e ora como órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos, verificando a existência de violação de direitos humanos que uma vez confirmada poderá ou não encaminhar o caso diretamente à Corte; pode, ainda, apresentar recomendações aos estados no sentido de que estes adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos, a elaboração de relatórios, solicitação de informações dos estados sobre as medidas adotadas em matéria de direitos humanos, e visitas aos estados com sua anuência ou mediante seu convite. Vide artigo 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos e artigo 18 do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

²³⁹ CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos** in Revista do CEJ, Brasília, n. 29, p. 56. Vide também o **RELATÓRIO Nº 95/03 - CASO 11.289 - SOLUÇÃO AMISTOSA - JOSÉ PEREIRA x BRASIL**. 24 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2010.

²⁴⁰ Nesse caso, a denúncia apresentada pelas organizações não-governamentais, América Watch e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), foi recebida pela Comissão em 22 de fevereiro de 1994, e relatava que José Pereira, à época com 17 anos de idade, e outros 60 trabalhadores, trabalhavam em condições análogas à de escravo, sendo forçados a laborar sem remuneração e em condições desumanas e ilegais. Em 1989, ao tentarem escapar da Fazenda “Espírito Santo”, a vítima e outro trabalhador foram perseguidos por pistoleiros da fazenda. José Pereira foi alvejado por tiros de fuzil; sobreviveu, mas sofreu lesões permanentes no olho e na mão direitos. **RELATÓRIO Nº 95/03 - CASO 11.289 - SOLUÇÃO AMISTOSA - JOSÉ PEREIRA x BRASIL**. 24 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2010.

²⁴¹ RODRIGUES, Renata Cenedesi Bom Costa. **El Nuevo Concepto del Derecho a la vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. p. 93. Disponível em: <<http://www.idpc.es/archivo/1213281758FCI9RCB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2010. Como prefere Jan Kratochvil, “uma dificuldade vis-à-vis do direito à vida”. KRATOCHVIL, Jan. **The Right to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=951225>, p. 16>. Acesso em: 10 jun. 2010.

Nesses casos, o que gera especial desconforto, é a incerteza quanto a se as vítimas foram ou não privadas de suas vidas²⁴².

No plano internacional, foi consagrada nesses casos a responsabilidade do estado no descumprimento de investigar os crimes e punir os culpados²⁴³. A Corte Interamericana tem decidido a respeito desses desaparecimentos neste sentido desde o caso Velásques Rodrigues²⁴⁴, que foi a primeira decisão da Corte sobre o assunto. A propósito, vale ainda mencionar que a Corte também tem entendido que o estado não pode criar e aplicar leis de anistia, a fim de evitar sua obrigação de responsabilizar os culpados por violações de direitos humanos²⁴⁵.

Nessa linha, recente decisão contra o Brasil foi proferida pela Corte Interamericana, em que o estado brasileiro foi responsabilizado²⁴⁶. A Corte pretende, com isso, evitar que as leis de anistia gerem uma situação de impunidade²⁴⁷, evitando a persecução penal dos acusados e impedindo a investigação, a identificação e o julgamento dos culpados²⁴⁸, além da reparação das vítimas.

²⁴² KRATOCHVIL, Jan. **The Right to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 16>. Acesso em: 10 jun. 2010.

²⁴³ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 235-238.

²⁴⁴ Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

²⁴⁵ Vide também Corte IDH. **Caso Godínez Cruz Vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5 e Corte IDH. **Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam**. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11

²⁴⁶ Corte IDH. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219. A respeito ler importante trabalho. CARVALHO RAMOS, André de. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). **Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direito Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguais**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011, p. 174-225.

²⁴⁷ André de Carvalho Ramos entende que “o afastamento da tutela penal” é um verdadeiro filtro que viola “o tratamento isonômico”, privilegiando uns em detrimento de outros. Além disso, para o autor, a impunidade configura um “câncer” na proteção de direitos humanos, pois incentiva a repetição dos mesmos atos violatórios. CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 241-242.

²⁴⁸ RODRIGUES, Renata Cenedesi Bom Costa. **El Nuevo Concepto del Derecho a la vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. p. 97-98. Disponível em: <http://www.idpc.es/archivo/1213281758FCI9RCB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2010. André de Carvalho Ramos lembra do Caso Suarez Rosero em que a Corte determinou que o Estado do Equador investigasse e punisse os violadores de direitos humanos, ato denominado pelo autor de obrigações processuais. CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 238/239.

Como esclarece Jan Kratochvil²⁴⁹, os casos de desaparecimentos forçados envolvem a violação da obrigação positiva de proteção do direito à vida, de modo que, nesses casos, a morte presumida é o principal elemento para determinar a violação do artigo que protege o direito à vida da Convenção Americana.

Conforme ensina André de Carvalho Ramos, o direito à vida alcança também as “condições materiais mínimas de existência”²⁵⁰.

Nesta linha, explica Renata Cenesi, o Caso Villagrán Morales²⁵¹, mais conhecido como *Niños de la Calle*²⁵². Neste caso, a Corte entendeu que o direito à vida é um direito fundamental, e que este é um pré-requisito para os demais, de modo que o Estado (a Guatemala, no caso) deveria garantir uma existência digna, e não deveria impedir ou dificultar o acesso dos indivíduos a essas condições mínimas. Neste caso, os meninos de rua tinham sido vítimas de uma agressão dupla: i) violação de sua vida e de sua integridade física, psíquica e moral; e ii) o estado não impediu que as crianças fossem lançadas à miséria e, em razão disso, foram privadas de condições mínimas para uma vida digna e pleno desenvolvimento de sua personalidade²⁵³.

André de Carvalho Ramos afirma que o direito à vida realça a ideia de vida com dignidade, tendo a Corte, no Caso Villagrán Morales, efetuado “o reconhecimento de que havia risco à vida pelo Estado de abandono social”²⁵⁴ em face da situação em que estavam os meninos de rua, de modo que a violação do direito à vida se deu no caso em razão não só dos homicídios a que estavam sujeitos, mas também “da negação do direito de viver com dignidade”²⁵⁵ decorrente de sua situação de marginalização social.

²⁴⁹KRATOCHVIL, Jan. **The Right to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <http://ssm.com/abstract=951225>, p. 17>. Acesso em: 10 jun. 2010.

²⁵⁰CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 244.

²⁵¹Para André de Carvalho Ramos esse caso é “o giro copernicano na proteção do direito à vida”. CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 244.

²⁵²RODRIGUES, Renata Cenedesi Bom Costa. **El Nuevo Concepto del Derecho a la vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. p. 100. Disponível em: <<http://www.idpc.es/archivo/1213281758FCI9RCB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2010.

²⁵³RODRIGUES, Renata Cenedesi Bom Costa. **El Nuevo Concepto del Derecho a la vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. p. 100. Disponível em: <<http://www.idpc.es/archivo/1213281758FCI9RCB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2010.

²⁵⁴CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 245.

²⁵⁵CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 245.

Além desse conceito de mínimo existencial, a Corte reconheceu outro sentido ao direito à vida: a destruição do projeto de vida também viola o direito à vida²⁵⁶.

No caso *Loyaza Tamayo*²⁵⁷, a Sra. Tamayo foi presa, torturada e obrigada a confessar sua participação no grupo Sendero Luminoso, atuante no Peru. Foi condenada a vinte anos de prisão. Nesse caso, a Sra. Tamayo teve seu projeto de vida frustrado, ou seja, sua realização pessoal, suas aspirações e expectativas foram anuladas. A Sra. Tamayo não teve opção de conduzir sua vida e desenvolver-se plenamente²⁵⁸.

Situação semelhante ocorreu no caso *Cantoral Benavides*²⁵⁹ v. Peru em que a Corte Interamericana condenou o estado por não ter garantido os estudos universitários de Benavides e, com isso, ter impedido-o de se realizar integralmente, já que foi torturado e encarcerado por quatro anos, na época em que cursava a universidade.

Poderíamos mencionar, ainda, que a dignidade da vida também tem sido entendida como “direito à vida sustentável”²⁶⁰, de modo a se considerar também que a proteção do meio ambiente garante a sobrevivência da espécie humana e do planeta²⁶¹. Esse conceito ganha relevância especialmente diante dos acidentes atômicos e petrolíferos que colocam em risco o meio ambiente e destroem a natureza²⁶².

Além disso, também é importante mencionar que se tem argumentado que até mesmo o direito a morrer deveria ser considerado parte do direito à vida²⁶³. Explica Fernando Rey Martínez que o estado deve proteger a vida e que este direito está assegurado pelas obrigações

²⁵⁶ RODRIGUES, Renata Cenedesi Bom Costa. **El Nuevo Concepto del Derecho a la vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. p. 101. Disponível em: <<http://www.idpc.es/archivo/1213281758FCI9RCB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2010.

²⁵⁷ Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33

²⁵⁸ RODRIGUES, Renata Cenedesi Bom Costa. **El Nuevo Concepto del Derecho a la vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. p. 101. Disponível em: <<http://www.idpc.es/archivo/1213281758FCI9RCB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2010. CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual práctico de derechos humanos internacionales**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 245.

²⁵⁹ Corte IDH. **Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C No. 38.

²⁶⁰ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual práctico de derechos humanos internacionales**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 247.

²⁶¹ CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual práctico de derechos humanos internacionales**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 248.

²⁶² Vide Casos L. C. B. V. Reino Unido e Caso Oneryldiz v. Turquia. REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 90.

²⁶³ REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 84.

positivas e negativas que o estado deve cumprir²⁶⁴. Mas será que o direito à vida incluiria um “direito à morte”?

No caso *Pretty v. Reino Unido*, uma mulher com enfermidade neurológica grave e degenerativa, sem cura e com expectativa de menos de um ano de vida, pediu à Corte Europeia a autorização para realizar um suicídio assistido²⁶⁵. Rey Martínez destaca, em linhas gerais, que o argumento mais importante usado pela Sra. Pretty foi o de que o direito à vida previsto no artigo 2º da Convenção Europeia protegeria também o direito de escolher continuar ou não vivendo e não somente a vida em si²⁶⁶. No entanto, o Tribunal Europeu entendeu que o direito à vida é pressuposto para a existência de todos os demais direitos, e que afirmar que o artigo 2º garantiria também o direito a morrer seria uma distorção da linguagem, valorizando mais a morte do que o próprio direito a viver²⁶⁷.

3.4. DIREITO À VIDA EM CONFLITO COM OUTROS DIREITOS

É mister lembrar que a análise do âmbito de proteção do direito à vida deve ser considerado levando-se em conta princípios, regras e outros direitos. Por essa razão, vamos estudar a relação do direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Vamos buscar entender se é possível pensar em um direito à vida relativizado e se o direito à vida é entendido como um princípio, uma regra ou um valor, observando, no caso do aborto – especialmente do feto anencéfalo – o próprio princípio da dignidade da pessoa humana e a existência de outros direitos fundamentais que podem – e entram – em conflito quando falamos em proteção à vida ou proteção do direito à vida.

²⁶⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 84.

²⁶⁵ REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 83.

²⁶⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 84.

²⁶⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 85.

3.4.1 Dignidade e direitos fundamentais

Depois de termos estudado os principais aspectos sobre o âmbito de proteção à vida e sobre as principais interpretações que lhe tem sido conferidas pelos tribunais internacionais de direitos humanos, não poderíamos admitir que um feto tenha o direito de não ser morto e, ao mesmo tempo, entender que o estado não deva proteger esse direito juridicamente, já que é seu dever proteger o interesse de todos, especialmente daqueles que não podem defender-se sozinhos²⁶⁸.

Ingo Wolfgang Sarlet busca aproximar a dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais²⁶⁹. Porém, para o autor, o conceito de dignidade humana é aberto, o que dificulta encontrar-lhe uma definição mais específica. Sarlet defende que a dignidade decorre de uma “qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano”²⁷⁰, e que vem sendo tratada como “‘o valor próprio’ que o identifica, o caracteriza”²⁷¹. Essa qualidade deve ser respeitada e protegida e sua existência não depende de ser reconhecida pelo direito²⁷².

Sarlet explica ainda que a noção de dignidade funda-se, por outro lado, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa²⁷³, mas que a liberdade (autonomia) é considerada em abstrato²⁷⁴, na medida em que o indivíduo pode autodeterminar sua conduta²⁷⁵. Para o autor, o nascituro também está protegido e o indivíduo sofre os reflexos desta dignidade

²⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 18.

²⁶⁹ Para Luísa Neto, a dignidade da pessoa impõe ao Estado o reconhecimento da personalidade jurídica. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 496.

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 40. Nesse mesmo sentido, REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 164.

²⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 40.

²⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 43.

²⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 46.

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 46.

²⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 46.

mesmo depois da morte²⁷⁶, embora haja entendimentos de que a dignidade não seja diretamente inerente à natureza humana²⁷⁷.

Afirma ainda Sarlet que a dignidade possui função dúplice²⁷⁸, como “condição limite e tarefa dos poderes estatais”²⁷⁹, e como “paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade”²⁸⁰. No primeiro caso, a dignidade é de cada um, e deixando de existir não existiria mais qualquer limite a ser respeitado²⁸¹. No segundo caso, como tarefa prestacional, o indivíduo exigiria do estado a preservação e promoção de sua dignidade²⁸². Para Sarlet, os direitos fundamentais não possuem o encargo de assegurar a dignidade, mas sim trazer condições para a realização da prestação²⁸³. Assim, para o autor, a dimensão dúplice da dignidade é considerar ao mesmo tempo a “expressão da autonomia da pessoa humana” – aqui entendida com base na autodeterminação individual²⁸⁴, e a “necessidade de sua proteção”, tanto pelo estado²⁸⁵ quanto pela sociedade²⁸⁶.

De maneira muito singela, Fernando Rey Martínez assevera que a construção jurídica do conceito de dignidade encontra três barreiras: i) quanto ao conteúdo ambíguo do termo e a

²⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 46.

²⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 47.

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 50. Vide também Luísa Neto. “O respeito e a protecção da dignidade da pessoa implicam que seja respeitada. Mas não têm só obrigação de respeitar a dignidade. Devem também protegê-la inclusive face à própria pessoa”. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 496-497.

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 50.

²⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 50.

²⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 48.

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 48.

²⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 49.

²⁸⁴ Luísa Neto afirma que “o princípio da dignidade da pessoa, que prescreve que os homens devem ser tratados segundo as suas decisões, intenções ou manifestações de consentimento, parece ser tão básico que resulta quase vago como directiva de moralidade social”. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 497.

²⁸⁵ Para Luísa Neto é dever do Estado garantir a dignidade da pessoa e esse “não pode ser neutral antes os actos – por libérrimos que sejam – de degradação da pessoa”. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 497.

²⁸⁶ “Fechado o parêntese e na perspectiva já sinalizada (dignidade como limite e tarefa), sustenta-se que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 50.

necessidade de harmonização com outros valores e com o pluralismo das sociedades democráticas; ii) quanto a temporalidade do termo que está em constante evolução; e iii) quanto à ligação do termo com a qualidade inerente ao ser humano, com aquilo que o identifica²⁸⁷. Essa última barreira caracteriza a impossibilidade de utilizar o conceito de dignidade de modo taxativo, já que poderia ser empregado “a favor de qualquer das partes em detrimento das demais”²⁸⁸.

Diante disso, é possível afirmar que o conceito de dignidade não é absoluto²⁸⁹, admite relativização, e, é óbvio, encontrará pontos de colisão com outros valores.

Para verificar se houve violação da dignidade da pessoa humana, Sarlet parte de uma fórmula alemã da instrumentalização do indivíduo: isto é, toda vez que a pessoa for tratada como um objeto, que “venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos”²⁹⁰, haveria violação. Todavia, este método não elimina a dificuldade de se estabelecer o limite para saber se, em cada caso concreto, o indivíduo teria ou não sido considerado mero instrumento²⁹¹.

Sob outra perspectiva, em uma tentativa de aproximar os direitos fundamentais do princípio da dignidade da pessoa humana, afirma Sarlet que o princípio da dignidade da pessoa humana é o alfa e ômega do sistema das liberdades constitucionais previstas no

²⁸⁷ “A construção jurídica do [conceito de dignidade] se vê rodeada de três dificuldades específicas. A primeira é que a ideia de dignidade é um ideia axiológica aberta que deve harmonizar-se com a diversidade de valores e o pluralismo que se manifestam nas complexas sociedades democráticas contemporâneas. De modo que se trata de uma cláusula afetada por uma ‘profunda ambiguidade’ em relação aos seus usos jurídicos concretos. [...] a dignidade pode ser simples ideologia camuflada sob um pseudônimo jurídico respeitável. A segunda dificuldade é que a ideia de dignidade também se encontra não só em seu conteúdo, mas também no tempo. Se trata de um conceito em permanente processo de desenvolvimento e construção. Outra dificuldade é que a dignidade diferente do que ocorre com outros bens como a liberdade, intimidade, integridade etc, não cuida de aspectos mais ou menos particulares da existência humana, mas de uma qualidade tida como inerente, de modo que é o valor próprio que identifica o ser humano como tal, daí que se trata de um conceito excessivamente radical ou taxativo para ser empregado em qualquer disputa jurídica sem fechá-la de imediato a favor de qualquer das partes em detrimento das demais”. REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 164, (tradução nossa).

²⁸⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 164, (tradução nossa).

²⁸⁹ Nesse sentido, André Ramos Tavares afirma que “Não se pode, equivocadamente, inferir do conteúdo da dignidade da pessoa humana que se trataria de um direito ou princípio *absoluto*”. TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 130. O autor propõe como “compreensão do alcance da dignidade como princípio a tese da consubstancialidade”, isto é, se a dignidade da pessoa humana poderia ser entendida como um “substratum básico de todo e qualquer direito fundamental”. TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 131.

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 59.

²⁹¹ [N.R.] No caso de uma gestação de feto com anencefalia, a mãe poderia ser considerada um instrumento para preservar a vida – no sentido abstrato – do feto.

ordenamento jurídico brasileiro²⁹², de modo que tais direitos fundamentais encontram “fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações”²⁹³. Para o autor, a relação não é subsidiária, mas de “substancial fundamentalidade”²⁹⁴, de forma que é exigido o reconhecimento e a proteção de todos os direitos fundamentais, pois, ao negar aos seres humanos direitos que lhes são inerentes, nega-se também a própria dignidade²⁹⁵.

Nessa esteira, ensina Ingo Sarlet que a dignidade está relacionada a “um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, mas também aos direitos de personalidade em geral”²⁹⁶.

No que tange ao direito à vida, que está estreitamente relacionado com a dignidade da pessoa, sua relação tem sido entendida “no sentido de que onde há vida há dignidade, e a violação de um, por via de consequência, implica a violação do outro bem jurídico constitucionalmente tutelado”²⁹⁷.

Ao lado dessa aproximação da dignidade e do direito à vida, Sarlet afirma que a dignidade humana também está assentada na autonomia pessoal²⁹⁸, ou seja, na liberdade, uma vez que, se essa não for reconhecida e assegurada, não há que se falar em dignidade²⁹⁹.

Além disso, é possível encontrar conexão da dignidade humana com o reconhecimento e proteção da identidade pessoal, destacando, como faz Sarlet, o respeito à privacidade, à intimidade, etc³⁰⁰. Ademais, a dignidade humana também encontra conexão com o direito geral de igualdade e com o respeito e proteção da integridade física e psíquica³⁰¹.

²⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 79.

²⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 81.

²⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 87.

²⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 87.

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 88-89.

²⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 88-89.

²⁹⁸ Para Luísa Neto a relação entre dignidade da pessoa e o princípio da autonomia não é muito claro, seguindo a linha de que o princípio da dignidade prevaleceria sobre o da autonomia. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 498.

²⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 87.

³⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 87.

³⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 88-90.

A crítica mais contundente ao uso da noção de dignidade na argumentação em geral é a formulada por Fernando Rey Martínez, que alerta para o fato de que, sob o pretexto da “dignidade individual”, é possível chegar aos mais diversos resultados interpretativos, não apenas distintos, mas até “diametralmente opostos”. Para o autor, isso invalidaria quase por completo o uso desse argumento no debate. O argumento da dignidade, portanto, se reduziria a mera retórica³⁰².

Ensina ainda Ingo Sarlet que, se não existir o respeito à vida, à integridade física³⁰³, e à limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade. É preciso que os direitos fundamentais sejam “reconhecidos e minimamente assegurados”³⁰⁴.

Esta concepção de dignidade está intimamente relacionada a de direitos fundamentais clássicos³⁰⁵, que surgiram da necessidade de se limitar o poder do estado, estabelecendo para tanto princípios e direitos essenciais para o funcionamento de um estado democrático de direito³⁰⁶. Referidos direitos seriam, conforme Alexandre de Moraes

³⁰² REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 163. Nessa linha, Ingo Sarlet ensina que o alto grau de indeterminação da dignidade humana pode constituir como caminho mais fácil para a arbitrariedade do intérprete “Isto, contudo, não significa que uma eventual ofensa a determinado direito fundamental não possa constituir também, simultaneamente, violação do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, de modo que esta poderá sempre servir de fundamento autônomo para o reconhecimento de um direito subjetivo, neste caso de cunho defensivo”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 106-107. André Ramos Tavares traz um exemplo desse conflito na seara econômica: “no campo econômico, poder-se-á cogitar do conflito entre categorias ou pessoas distintas, mas envolvendo, para ambos os lados, a mesma ideia de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é a discussão orçamentária atual sobre a prestação de saúde, especificamente de certos tratamentos de alto custo, para poucas pessoas, deixando ao desabrigo (insuficiência de recursos para todas as necessidades) um grande contingente de pessoas que necessitam de tratamentos mais simples e de custo reduzidíssimo. É, mais do que um dilema econômico, um dilema moral para o estado e uma dificuldade operacional grande, especialmente em razão da fragmentação judicial das decisões adotadas em benefício exclusivo dos que procuram o Poder Judiciário”. TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 131.

³⁰³ Para Luísa Neto, o direito à integridade física também não é absoluto, vez tratar-se de direito parcialmente disponível. Exemplifica com o artigo 143 do Código Penal Português que considera o crime de ofensas corporais simples excusável com o consentimento do ofendido, respeitado os limites determinados pelo direito à vida, bons costumes, ordem pública etc. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 576-577.

³⁰⁴ “onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 61.

³⁰⁵ A doutrina traz diversas definições e diferenças ao termo, vide [N.R.] 52.

³⁰⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3. Para José Carlos Francisco, o Estado Democrático de Direito é uma “modalidade do Estado de Direito, representando a evolução do Estado Liberal e do Estado Social sendo aparelhado por instrumentos constitucionais para concretizar a justiça social”. FRANCISCO, José Carlos. Estado Democrático de Direito. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI,

o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana³⁰⁷.

É, pois, incontestável a relevância, o valor e a estatura da dignidade da pessoa humana na arena jurídica de nossos dias. Mais adiante, analisaremos como a dignidade e o direito à vida podem colidir em várias circunstâncias, inclusive no caso do aborto do feto anencefálico.

3.4.2 O Direito à vida relativizado

Há quem afirme que o direito à vida é o mais relevante dos direitos, pois é considerado pré-requisito para a existência e exercício de todos demais direitos³⁰⁸. Por outro lado, como ensina Sarlet, até mesmo a vida deve ser vivida com dignidade, destacando o caráter hierárquico da dignidade da pessoa humana³⁰⁹.

Fernando Rey Martínez não nega que exista um interesse da sociedade em proteger a vida, pois, apesar de ela ser um bem individual, englobaria também um componente coletivo, em virtude da importância que tem a vida de cada indivíduo em relação ao tecido social³¹⁰. Portanto, em razão da importância que tem para a sociedade, não nega tampouco o autor que a vida deva ser protegida independentemente da vontade de seu titular, em razão do que, o direito à vida não poderia ser entendido como meramente um direito subjetivo³¹¹. O direito à

Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 148.

³⁰⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 20-21.

³⁰⁸ Neste sentido, Paulo Hamilton Siqueira Júnior e Miguel Augusto Machado de Oliveira, “a vida é o valor fundamental do ser humano, pois todos os outros direitos e características da personalidade surgem do bem vida”. SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 218.

³⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 85.

³¹⁰ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 136.

³¹¹ Afirma o autor que no caso *Pretty v. Reino Unido*, a Corte entendeu que o direito à vida é um bem jurídico indisponível e que deverá ser protegida com independência da vontade de seu titular. Para o autor, o direito à vida está além do direito subjetivo. REY MARTÍNEZ, Fernando. *La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión* (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e

vida, assim, pertence para Rey Martínez ao núcleo duro dos direitos fundamentais³¹². Deste modo, o direito à vida deve ser protegido pelo estado, embora não seja absoluto³¹³, podendo ser relativizado, assim como a própria dignidade da pessoa humana³¹⁴.

Como ensina Rey Martínez, não seria legítimo que um estado tivesse interesse de preservar a vida de seus cidadãos todo o tempo e sob todas as circunstâncias³¹⁵. Seria uma proteção de um valor meramente abstrato³¹⁶.

Vale ainda lembrar que, sob uma perspectiva jurídica tradicional, como bem esclarece Rey Martínez, a vida é considerada “um bem claramente indisponível para o direito positivo”, constituindo verdadeiro dever de viver³¹⁷. No entanto, outros direitos fundamentais devem também ser levados em conta quando conflitam com o direito à vida, especialmente quando falamos de dignidade de vida, ou, como preferem alguns, qualidade de vida³¹⁸.

Ensina Rey Martínez que a ideia de santidade da vida ou intangibilidade decorre de uma visão idealista de que a vida humana seria um bem jurídico absoluto, pois “não consiste nem se esgota nas suas manifestações biológicas”³¹⁹, uma vez que possui um “sentido único e é constitutivamente intangível”³²⁰. Ao contrário, o postulado da “qualidade da vida”, de caráter empirista, não opera *a priori*, mas *a posteriori* em relação à experiência. O critério religioso da santidade da vida é metafísico e cientificamente indemonstrável, como assevera Rey Martínez³²¹. A realidade e a ciência, por outro lado, descobrem na vida humana

SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 72.

³¹² O autor afirma que o direito à vida das pessoas está protegido por lei, de modo que não se pode assegurar a vida sem a proteção jurídica da vida. REY MARTÍNEZ, Fernando. *La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión* (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 72-73.

³¹³ [N.R.] Interessante as observações feitas no capítulo 3 da parte deste trabalho sobre as interpretações dadas pelos tribunais internacionais de direitos humanos com relação ao âmbito de proteção à vida, os termos “geralmente”, vida digna, a legítima defesa e outros argumentos demonstram que o direito à vida não é absoluto, ou não tem sido interpretado dessa maneira.

³¹⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 124.

³¹⁵ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 124.

³¹⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 40-41.

³¹⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 135.

³¹⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 136.

³¹⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 136.

³²⁰ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 136, (tradução nossa).

³²¹ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 136.

“processos biológicos, fases diferenciais, segmentos existenciais”³²², com “peculiaridades biológicas divergentes suscetíveis de considerações éticas e jurídicas diferenciadas”³²³.

No Brasil, podemos tomar como exemplo de como a vida humana pode não ser absoluta, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as células-tronco (ADI³²⁴ 3510-0), e também a exceção legal do aborto em decorrência de estupro, prevista no artigo 128, II, do Código Penal Brasileiro. Nestes casos, fica patente que, diante do direito à saúde ou da incolumidade física e moral da mulher, e, ainda, da liberdade sexual da mulher, o direito à vida nem sempre prevalece em nosso ordenamento jurídico.

Nesse mesmo sentido, destacamos o caso *Roe v. Wade*³²⁵, decidido pela Suprema Corte Americana. Neste caso, foi reconhecido o direito da mulher ao aborto nos Estados Unidos, sendo que a Suprema Corte, neste caso, assegurou às mulheres o direito de dispor do próprio corpo, o direito à privacidade e à liberdade individual, além do direito de reprodução.

3.4.3 Valores, princípios, regras e o direito à vida

Vimos que o direito à vida, apesar de fundamental, normalmente não é tratado como absoluto. No entanto, em se tratando da colisão de direitos fundamentais, sempre será necessária uma análise do caso concreto, de modo que as peculiaridades de cada caso possam ser avaliadas e ponderadas pelo intérprete da lei, buscando-se evitar abusos e arbitrariedades.

Daniel Sarmento defende que, no caso específico de conflitos envolvendo o direito à vida intrauterina, seria possível conceber tal direito como um princípio, e não como uma regra³²⁶. Seria o direito à vida considerado, então, um valor, um princípio, ou uma regra?

³²² REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 136.

³²³ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 136, (tradução nossa).

³²⁴ Conforme André Ramos Tavares a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é a “denominação da técnica constitucional brasileira pós-1988 para identificar o instrumento do processo objetivo tendente a realizar o controle abstrato-concentrado da constitucionalidade dos atos normativos”. TAVARES, André Ramos. Ação Direta de Inconstitucionalidade. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

³²⁵ Este caso será estudado cuidadosamente na segunda parte do trabalho.

³²⁶ O autor afirma que a proteção do nascituro constitui um mandado de otimização, sujeito à outros princípios constitucionais e que pode ser relativizado em determinadas circunstâncias. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 35.

O primeiro ponto a ser tratado refere-se à diferença entre valores e princípios formulada por Robert Alexy. Alexy ensina que, nesse quadro de colisões, existe uma relação muito próxima entre valores e direitos fundamentais, e que a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores³²⁷. O autor admite a colisão e o sopesamento entre princípios, bem como a colisão e sopesamento entre valores, e afirma que a diferença entre princípios e valores decorre de características estruturais gerais e elementares dos valores³²⁸.

De forma sucinta, Alexy afirma que, apesar dessa proximidade entre valores e princípios, eles possuem natureza diversa. Enquanto que os princípios são mandamentos de otimização e pertencem ao âmbito deontico, isto é, do dever-ser, os valores pertencem ao âmbito axiológico, ou seja, ligados ao conceito de bom³²⁹. Assim, para o autor, “aquilo que no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor; é, no modelo de princípios, definitivamente devido”³³⁰. Embora, para o autor, ambos os conceitos sejam importantes, assegura que no direito o que interessa é o dever-ser, e que o conceito de princípios traz “menos interpretações equivocadas” que o conceito de valores³³¹.

Em vista do que nos explica Alexy, fica claro que o direito à vida deve ser entendido como princípio, e não, valor. O direito à vida pertence ao âmbito do dever-ser; não está ligado *per se* ao que se possa ser axiologicamente entendido como bom.

Tendo em vista a sutil diferença entre princípio e valor, de outro lado, é importante mencionar, agora, as diferenças entre princípios e regras.

Segundo ensina Virgílio Afonso da Silva, o principal aspecto que diferencia regras e princípios é a estrutura de direitos que essas regras podem garantir – elementos da teoria dos princípios também proposta por Robert Alexy. No caso das regras, garantem-se direitos definitivos; e, no caso de princípios, garantem-se direitos *prima facie*³³². Significa dizer que o

³²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 144.

³²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 147.

³²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 144.

³³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

³³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

³³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103-104. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

direito garantido pela regra deve ser cumprido integralmente³³³, enquanto que no direito assegurado pelo princípio nem sempre haverá a realização integral como dispõe a norma. Há uma diferença, portanto, entre o que é garantido definitivamente e o que é garantido *prima facie*.

Como vimos, Robert Alexy afirma que os princípios correspondem a mandamentos de otimização, isto é, normas que devem ser aplicadas na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes³³⁴, e que podem ser cumpridas em “diversos graus”³³⁵.

O problema surge quando se tem mais de um mandamento de otimização ou mais de uma regra presentes no mesmo caso concreto. E, nessa situação, é preciso estabelecer qual mandamento de otimização – ou qual regra – deve prevalecer em relação ao outro.

Para Dworkin, os princípios teriam sempre uma dimensão de peso, de importância, que as regras não possuem na medida em que podem ou não exercer função importante³³⁶.

Quando há conflitos entre regras, é preciso estabelecer que uma dessas regras é válida total ou parcialmente, pois, caso contrário, será violado o caráter de definitividade contida na regra³³⁷.

É possível, ainda, que tenhamos conflitos entre princípios, e, nesse caso, não é possível declarar a invalidade de um ou de outro, mas é preciso verificar se, no caso concreto, haverá a prevalência de um sobre o outro³³⁸. Em outras palavras, se há conflito entre princípios, poderá um princípio prevalecer sobre os demais – sem que se invalidem os princípios restringidos.

Mas há ainda outra possibilidade de conflitos: o conflito entre regras e princípios. Virgílio Afonso da Silva assevera que esse ponto é muito complexo e pouco discutido na teoria dos princípios, e que seria possível duas respostas distintas³³⁹: i) a solução se dá por

³³³ Embora possa ter exceções. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

³³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

³³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46.

³³⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (justiça e direito), p. 42.

³³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46-47. Nesse sentido, Dworkin, afirma que o sistema jurídico é capaz de determinar qual regra deve prevalecer, como, por exemplo, regra mais nova, hierarquicamente superior etc. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (justiça e direito), p. 43.

³³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50-51.

³³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51.

meio do sopesamento para saber se a regra ou o princípio irá prevalecer – porém, isso pode afastar a aplicação de um direito definitivo (regra), e somente poderia ser realizado um sopesamento entre normas com a mesma “dimensão de peso” – fato que não se observa nas regras³⁴⁰; ou ii) a solução é verificada pelo plano de validade – neste caso, o princípio que der lugar a uma outra norma deve ser excluído do ordenamento jurídico, violando o conceito de que um princípio continua válido no ordenamento jurídico, ainda que, em certo caso concreto, seja restringido. Enfim, Virgílio conclui que não há conflitos entre regras e princípios, mas um produto de sopesamento que resultará em uma relação de restrição, e não de colisão³⁴¹.

Já havíamos concluído, à luz dos ensinamentos de Alexy, que a natureza do direito à vida é de princípio, em oposição a de valor. Agora, em vista dos esclarecimentos minuciosos de Virgílio Afonso da Silva, resta patente que o direito à vida, de fato, é princípio, e não regra, pois o direito à vida é claramente *prima facie*, relativizável, ainda que sempre importante; e não goza do grau de definição exigido por uma regra. Ao refletir sobre esta questão, não pudemos evitar pensar que, talvez, o único modo de se entender o direito à vida como regra fosse atribuindo-lhe um valor absoluto – que já vimos que não tem – o que, mais uma vez, reforçou nossa conclusão a respeito de sua natureza de princípio.

3.4.4 Outros direitos em conflito

Cançado Trindade, ao tratar de limitações, restrições ou derrogações permissíveis ao exercício dos direitos humanos consagrados, como, por exemplo, o direito à vida, afirma que estas restrições devem ser interpretadas restritivamente, devem ser previstas em lei, e somente devem ser usadas em situações absolutamente necessárias³⁴². Além disso, para o autor, as limitações deverão ser realizadas em nome do interesse geral da coletividade, atentando-se aos “requisitos de uma sociedade democrática e, respeitando o princípio da proporcionalidade”³⁴³.

³⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51.

³⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52.

³⁴² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 16.

³⁴³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 16.

Nessa linha, Alexandre de Moraes ensina que os direitos humanos fundamentais, no Brasil, não podem ser arguidos na defesa de atividades ilícitas³⁴⁴, e também não são ilimitados, pois encontram limites em outros direitos igualmente protegidos pela Constituição Federal.³⁴⁵ É o que o autor denomina de princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas³⁴⁶.

Assim, para uma análise mais completa dos conflitos relativos ao aborto, é necessário analisar quais direitos podem ser suscitados neste debate³⁴⁷. Por exemplo, poderíamos considerar o direito à vida da mulher³⁴⁸, o direito à sua saúde – englobando o direito à saúde psíquica e física –, o direito à liberdade, à privacidade e à autonomia individual³⁴⁹, destacando também os direitos reprodutivos e sexuais da mulher.

3.4.4.1 Direito à saúde física e psíquica³⁵⁰

³⁴⁴ Para o autor “os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.” MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo:Atlas, 2005 (Coleção Temas Jurídicos:3), p. 27.

³⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo:Atlas, 2005 (Coleção Temas Jurídicos:3), p. 27.

³⁴⁶ Quanto a liberdades públicas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que “por muito tempo a elas se chamou no Brasil, os *direitos individuais*, [e] constituem o núcleo dos direitos fundamentais. A eles – é certo – se agregaram primeiro os direitos econômicos e sociais, depois os direitos de solidariedade, mas esses outros direitos não renegam essas liberdades, visam antes a completá-las”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 28. MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo:Atlas, 2005 (Coleção Temas Jurídicos:3), p. 27.

³⁴⁷ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 36.

³⁴⁸ NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 605.

³⁴⁹ Sugere-se a leitura do interessante texto sobre conflito dos direitos da mãe e do feto. Para Steinbock, os direitos da mãe e do feto devem ser considerados: “*In resolving mother-fetus conflicts, women’s rights to privacy, bodily integrity and autonomy must be considered along with the welfare of the fetus and surviving child*”. STEINBOCK, Bonnie. Mother-fetus conflict. In: **A Companion to Bioethics**. KUHSE, Helga. SINGER, Peter (Blackwell Companion to Philosophy). Massachusetts, EUA. Blackwell Publishing, 1998, p. 135-145.

³⁵⁰ Aponta a “enorme relevância deste direito fundamental para a garantia da vida humana digna”, tendo em vista que “a proteção à saúde é muitas vezes um imperativo necessário à manutenção do próprio direito à vida, bem como da integridade física e psíquica das pessoas humanas.” SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 37.

No caso do aborto, a proteção do direito à vida do feto, em alguns casos, poderia violar o direito à saúde física da mulher. Dessa forma, o aborto seria permitido se a continuidade da gravidez pudesse, de algum modo, colocar em risco a saúde da mãe. Esse argumento tem sido bastante utilizado e já tem sido admitido na legislação e jurisprudência internacionais³⁵¹.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) reconhece que “saúde é o estado de completo **bem-estar físico, mental** e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” (negrito nosso)³⁵². Assim, quando falamos em direito à saúde, tratamos do direito à saúde física, mental e social. Logo, não se trata apenas da saúde física.

Além disso, ensina Daniel Sarmiento que esse direito possui duas dimensões: defensiva e prestacional³⁵³. A primeira impediria que o estado ou terceiros violem esse direito; e a segunda determina obrigações de formular políticas públicas para a sua promoção³⁵⁴. Para Sarmiento, o direito à saúde é ao mesmo tempo um direito positivo e um direito negativo³⁵⁵.

Dessa forma, Daniel Sarmiento afirma que a criminalização do aborto³⁵⁶, especialmente como tipificada na legislação brasileira³⁵⁷, violaria “duplamente” o direito à saúde da mulher: na esfera individual porque não há previsão legal para o aborto no caso de risco à saúde da

³⁵¹ Vide casos e jurisprudência citados no capítulo 3 da primeira parte deste trabalho.

³⁵² 2o parágrafo preambular *in verbis*: “*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*”. Constitution of the World Health Organization de 22 jul. 1946 (tradução nossa). Disponível em: <http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2012.

³⁵³ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 38.

³⁵⁴ O Estado tem deveres comissivos devendo “formular e implementar políticas públicas visando à promoção da saúde das pessoas, bem como fornecer prestações materiais aos cidadãos correlacionadas à saúde, tais como atendimento médico e medicamentos.” SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 38. O autor esclarece, ainda, que há discussões sobre os limites das prestações positivas, especialmente, em razão do ônus financeiro e escassez de verbas destinadas à saúde, destacando o debate sobre reserva do possível e mínimo existencial. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 37-38. Vide comentários sobre o direito a tratamento médico e críticas sobre as condições da saúde no Brasil formuladas por Maria Helena Diniz. DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155-156.

³⁵⁵ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 39.

³⁵⁶ Piovesan também questiona a efetividade da legislação penal brasileira que dispõe sobre a criminalização do aborto. PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 66.

³⁵⁷ Os artigos 6º e 196 a 200 da Constituição Brasileira dispõem sobre o direito à saúde. Destacamos, porém, dois artigos *in verbis*: Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”; Art. 196 - “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

mulher, seja física ou psíquica³⁵⁸, e, na esfera coletiva³⁵⁹, porque, em decorrência da proibição do aborto, muitas mulheres realizam abortos “clandestinos”, sem higiene e segurança, estando sujeitas a riscos a sua saúde e sua vida³⁶⁰ como um verdadeiro “efeito colateral”³⁶¹ dessa criminalização.

Assim, para Sarmento, comprovado o risco à saúde da mulher, é preciso garantir que a mulher escolha ou não pelo aborto³⁶². Para o autor, a realidade do aborto clandestino expõe ainda mais a mulher a riscos à saúde e à vida, e a criminalização não impede essa prática³⁶³.

³⁵⁸ Para o autor, violaria a dimensão negativa, pois a norma penal que proíbe o aborto viola o direito à saúde da mulher nos casos em que a gravidez coloca em risco à sua saúde física e psíquica, sendo necessário diminuir o poder do Estado na ação contra as mulheres, médicos e enfermeiros. SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 39. A saúde psíquica têm sido abordada nos casos de aborto em razão de estupro ou no casos em que seja constatado a inviabilidade extrauterina do feto. Esse direito associado aos direitos reprodutivos da mulher são hoje considerados os mais relevantes para permitir a realização do aborto. Vide item 3.4.4.1 da primeira parte deste trabalho.

³⁵⁹ Para o autor, violaria a dimensão positiva já que não bastaria eliminar o dispositivo legal que proíbe o aborto, seria preciso garantir a realização do aborto no sistema público de saúde, caso contrário as mulheres de baixa renda manteriam-se sujeitas aos mesmos riscos do aborto clandestino. SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 39.

³⁶⁰ Para o autor, centenas de milhares de gestantes praticam o aborto por ano em razão do “principal efeito prático das normas repressivas em vigor”. SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 36-37, especialmente, p. 36.

³⁶¹ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 36.

³⁶² Já que a vida do nascituro não seria assegurada “com a mesma intensidade do que a assegurada pela Lei Maior aos indivíduos já nascidos”. SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 40. Nesse sentido, avaliando a capacidade de interesse do feto (teoria do *non-conscious, non-sentient*), o feto seria menos protegido porque incapaz de sentir. Ler a respeito: STEINBOCK, Bonnie. *Mother-fetus conflict*. In: **A Companion to Bioethics**. KUHSE, Helga. SINGER, Peter (Blackwell Companion to Philosophy). Massachusetts, EUA. Blackwell Publishing, 1998, p. 136.

³⁶³ O autor entende que medidas como “ampliação dos investimentos em planejamento familiar e educação sexual para redução do número de gestações indesejadas; a garantia do direito à creche e o combate ao preconceito contra a mulher grávida no ambiente de trabalho” e o “fortalecimento da rede de segurança social” são mais eficazes e trazem menos “efeitos colaterais” que a repressão criminal do aborto. SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 40-41. O autor ainda traz dados de pesquisa realizada entre 1999 e 2002 para demonstrar que são realizados entre 705.600 e 1.008.000 abortos anuais, com cerca de 518 óbitos ocorridos no mesmo período, decorrentes de abortos no Brasil. As vítimas são na grande maioria, mulheres de baixa renda e negras. O autor indica que o preço cobrado por clínicas de aborto nos centros das capitais brasileiras variam entre R\$ 1.500,00 a R\$ 3.500,00, de modo que o acesso a essas clínicas também não abrangeria todas as mulheres, pois não tendo condições de pagar pelo procedimento, sujeitam-se à métodos piores daqueles utilizados nas clínicas, com menos condições ainda de segurança e higiene. Ler mais a respeito. SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 41. Piovesan alerta para o fato de que a defesa da inviolabilidade do direito à vida acaba gerando a “morte seletiva de mulheres”, pois o aborto aparece como a “4ª causa de morte materna no Brasil” atingindo especialmente mulheres de baixa renda e que milhares de mulheres foram internadas após a realização de abortos clandestinos. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 67.

Uma recente Pesquisa Nacional de Aborto (PNA)³⁶⁴ revelou que uma em cada cinco mulheres entrevistadas (em torno de 22%) já fez um aborto até completar 40 (quarenta) anos, e 6% já o realizou com idade entre 18 e 19 anos, o que indica que o aborto é um “fenômeno comum na vida reprodutiva das mulheres”³⁶⁵, e que constitui, atualmente – pelos resultados que provoca – um problema de saúde pública no Brasil³⁶⁶. Ademais, revela ainda a pesquisa que em torno de 8% das mulheres já foram internadas em decorrência de um aborto³⁶⁷.

Nesse sentido, Daniel Sarmento defende que o aborto deveria ser tratado como um “problema de saúde pública”³⁶⁸, e que, para que o princípio constitucional do “atendimento integral”³⁶⁹ contido na Constituição Federal brasileira possa ser atendido, deveria ser garantida, inclusive, a realização do procedimento pelo sistema público de saúde³⁷⁰.

³⁶⁴ A pesquisa entrevistou 2002 mulheres nos centros urbanos em 2010. A pesquisa diz respeito ao número de mulheres que praticaram aborto e não sobre o número de abortos realizados por elas que, na prática, podem realizar mais de um aborto cada uma. DINIZ, Debora e MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva versão impressa** ISSN 1413-8123 **Ciência & saúde coletiva. Vol.15 supl.1. Rio de Janeiro jun. 2010.** Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Texto integral disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 jan. 2012.

³⁶⁵ DINIZ, Debora e MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Ciência, saúde coletiva. Vol.15 supl.1. Rio de Janeiro jun. 2010.** Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Texto integral disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 jan. 2012.

³⁶⁶ Para Debora Diniz e Marcelo Medeiros: “Os níveis de internação pós-aborto são elevados e colocam o aborto como um problema de saúde pública no Brasil. Cerca de metade das mulheres que fizeram aborto recorreram ao sistema de saúde e foram internadas por complicações relacionadas ao aborto, o que corresponde a 8% das mulheres entrevistadas. Boa parte dessa internação poderia ter sido evitada se o aborto não fosse tratado como atividade clandestina e o acesso aos medicamentos seguros para aborto fosse garantido”. DINIZ, Debora e MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Ciência, saúde coletiva. Vol.15 supl.1. Rio de Janeiro jun. 2010.** Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Texto integral disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 jan. 2012.

³⁶⁷ DINIZ, Debora e MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Ciência, saúde coletiva. Vol.15 supl.1. Rio de Janeiro jun. 2010.** Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Texto integral disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 jan. 2012.

³⁶⁸ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 42.

³⁶⁹ Art. 198, II, CF. Vide também art. 7, IV, Lei 8080/90. Para Daniel Sarmento, o Estado gasta muito para tratar das complicações resultantes de abortos clandestinos. Ler mais a respeito. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 42.

³⁷⁰ O autor conclui no sentido de reformar a legislação brasileira com a legalização do aborto e a interrupção da gravidez no seu início pelo sistema público de saúde (Sistema Único de Saúde – SUS). SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 42.

3.4.4.2 – Direitos reprodutivos e sexuais da mulher³⁷¹

3.4.4.2.1 – Liberdade, dignidade e autonomia individual; a disposição sobre o próprio corpo, igualdade de gêneros, e privacidade

Destacamos dentre os direitos que conflitam com o direito à vida, especialmente no caso de aborto, os direitos reprodutivos e sexuais da mulher.

Alguns defendem que o controle sobre o corpo e a sexualidade da mulher poderiam ser considerados uma forma de sexismo³⁷² ou de submissão, e que, uma vez regulados, violariam a privacidade e a liberdade de escolha da mulher³⁷³.

Como podemos perceber, há uma relação muito próxima da autonomia reprodutiva com a dignidade da pessoa humana³⁷⁴ e os direitos à liberdade e privacidade³⁷⁵.

³⁷¹ Explicam Piovesan e Gonçalves que as teorias feministas de gênero se aprofundaram na década de 90 com a publicação de Judith Butler da obra: “Gênero: feminismo e subversão da identidade”, com a reformulação de uma política não tradicional, orientada pela nova realidade social, refletindo na esfera do Direito. PIOVESAN, Flávia; GONÇALVES, Tamara Amoroso. Gênero no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (coords). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. p. 367-374. Daniel Sarmento lembra que os direitos reprodutivos também dizem respeito aos homens, mas “as questões de saúde reprodutiva são muito mais críticas para o gênero feminino”. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 39.

³⁷² Afirma Carl Sagan que “as proibições legislativas sobre o aborto despertam a suspeita de que sua real intenção é controlar a independência e a sexualidade das mulheres. Por que os legisladores teriam algum direito de dizer às mulheres o que fazer com os seus corpos? Ser privado da liberdade de reprodução é humilhante. As mulheres já estão fartas de receber ordens.” SAGAN, Carl. **Bilhões e bilhões: reflexões sobre vida e morte na virada do milênio**. Tradução Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 183. Daniel Sarmento critica o Código Penal brasileiro entendendo que no começo dos anos 40, a sociedade era machista e o “momento político autoritário”, daí o desrespeito pela liberdade. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 45.

³⁷³ Carl Sagan expõe que há dois aspectos nesse debate: pró-vida e pró-escolha. No primeiro caso, há um dever moral de proteção desde a concepção, pois há vida e o aborto equivaleria a um homicídio. No segundo, o Estado não tem o direito de intervir na decisão, que caberia somente à mulher. SAGAN, Carl. **Bilhões e bilhões: reflexões sobre vida e morte na virada do milênio**. Tradução Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 181. Ainda nessa esteira, Steinbock entende que existe uma diferença entre a obrigação moral para com o feto no caso de uma mulher que aborta e de outra que não aborta, de forma que nesse último, os efeitos de seu comportamento afetarão não apenas o feto, mas também a futura criança: “*In my view, this ignores an important difference between the behaviour of a pregnant woman who is going to term and the behaviour of a pregnant woman who aborts her pregnancy. If a woman does not abort, her conduct during pregnancy may have adverse effects not simply on the fetus, but on the future child. Whatever the status of the fetus, children have interests and rights, including the fundamental moral and legal right not to be injured*”. STEINBOCK, Bonnie. Mother-fetus conflict. In: **A Companion to Bioethics**. KUHSE, Helga. SINGER, Peter (Blackwell Companion to Philosophy). Massachusetts, EUA. Blackwell Publishing, 1998, p. 136-137, especialmente, p. 137.

³⁷⁴ Como vimos no capítulo 3 da primeira parte deste trabalho.

A respeito dessa aproximação, Daniel Sarmiento afirma que a decisão de engravidar, para a mulher, traz consequências durante e após a gestação³⁷⁶, razão pela qual, porque o feto é gerado dentro do corpo da mulher, recairíamos na esfera do direito à privacidade – capaz de “excluir intervenções heterônomas sobre o corpo do seu titular”³⁷⁷, uma vez que o “reconhecimento da dignidade da pessoa humana pressupõe que se respeite a esfera de autodeterminação de cada mulher ou homem”³⁷⁸, devendo cada um decidir sobre suas próprias vidas, sem a intervenção do Estado ou terceiros³⁷⁹. Assim, deveria existir um poder de a mulher decidir livremente sobre seu próprio corpo³⁸⁰ e, consequentemente, ter autonomia de decidir sobre sua própria vida³⁸¹.

Nesta linha, vemos que, para Luísa Neto, os direitos reprodutivos e sexuais da mulher estão na esfera da liberdade individual³⁸². A autora ainda ressalta a necessidade de se compreender o que seria “nosso próprio corpo”, trazendo como exemplo ilustrativo da importância o caso de Janel Daoud, preso na penitenciária de Avignon: Janel cortou a falange superior do seu dedo auricular direito para chamar atenção das autoridades para o seu caso, mas a polícia confiscou-a, entendendo tratar-se de “objecto susceptível de confisco pelas autoridades penitenciárias”³⁸³.

Também neste sentido, vale ainda mencionar um interessante argumento utilizado pelos defensores do aborto, introduzido por Judith Jarvis Thomson, e comentado por Peter Singer: Um dia, um cidadão acorda no hospital, ligado a um violinista famoso, com grave problema renal, inconsciente, e descobre que foi sequestrado por uma sociedade de amantes

³⁷⁵ Como ensina Daniel Sarmiento. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 43-44.

³⁷⁶ Nesse diapasão, Luísa Neto reconhece que a gestante tem uma “participação mais intensa no processo de filiação, o que lhe deve dar um direito prevalecente, em caso de conflito com a vontade do homem”. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 569.

³⁷⁷ Especialmente a de manter uma gestação até o final: “Se o direito à privacidade envolve o poder de excluir intervenções heterônomas sobre o corpo de alguém, como a imposição à gestante de que mantenha uma gravidez, por nove meses, contra a vontade”. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 44.

³⁷⁸ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 43.

³⁷⁹ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 43.

³⁸⁰ NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 461.

³⁸¹ Nesse mesmo sentido. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 44.

³⁸² NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 461.

³⁸³ NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 423.

da música porque é a única pessoa no mundo com o mesmo tipo sanguíneo do músico. Seria possível desligar-se do músico – mas ele morreria. Por outro lado, permanecendo ligado ao músico por apenas nove meses, o músico estaria recuperado e sobreviveria. Explica Singer que, neste exemplo, não se pretendeu negar a inocência do músico, e sequer que ele tenha um direito à vida, mas demonstrar que esse direito à vida do músico não implica o direito de usar o corpo de outrem. Por analogia, Thomson e Singer destacam que desligar-se do músico corresponderia a abortar um feto não viável, e que, se concordássemos com Thompson que não existe uma “obrigação moral” do cidadão de permanecer ligado ao músico por nove meses para que ele possa sobreviver, igualmente não haveria uma obrigação moral de se levar ao fim uma gravidez, independentemente de sua viabilidade ou não³⁸⁴.

Ainda no sentido de traçar uma aproximação entre os direitos, Flávia Piovesan afirma que o conceito de direitos sexuais e reprodutivos versam sobre dois aspectos³⁸⁵: i) liberdade e autodeterminação individual, e ii) a saúde sexual e reprodutiva garantida por políticas públicas. O primeiro corresponderia ao livre exercício da sexualidade e reprodução humana, respeitando a privacidade e intimidade do indivíduo, livre da intervenção do Estado³⁸⁶, e o segundo corresponderia ao direito do indivíduo de lhe ser assegurado o “acesso a informações, a meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis”³⁸⁷, com a necessária intervenção estatal³⁸⁸.

Neste sentido, Luísa Neto afirma ainda que o próprio corpo humano pode ser entendido como “enquadramento condicionante ao direito”, reconhecido como princípio inviolável³⁸⁹, observando a capacidade de o indivíduo se “autoregular”.³⁹⁰ Portanto, o

³⁸⁴ SINGER, Peter. **Ética Prática**; trad. Jefferson Luiz Camargo. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 156-159.

³⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 55.

³⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 55.

³⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 55.

³⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 55.

³⁸⁹ NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 421 e 445. A autora excetua os casos de doação de órgãos que não podem constituir objeto de direito patrimonial e casos de necessidade terapêutica. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 445.

³⁹⁰ NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 447.

indivíduo teria direito de dispor sobre³⁹¹ seu próprio corpo³⁹², desde que não violasse sua integridade física³⁹³ e não fosse contrário à lei ou aos bons costumes³⁹⁴. Explica Neto que o direito de dispor sobre o próprio corpo³⁹⁵ estaria vinculado à integridade física, que “vai além da existência”³⁹⁶, sendo capaz de atingir o bem da vida³⁹⁷. Assim, o corpo humano estaria protegido, pois se confundiria com a própria pessoa³⁹⁸.

Maria Helena Diniz, por sua vez, entende que somente o planejamento familiar responsável é um direito reprodutivo³⁹⁹. Mas, para a autora, não se trata de “uma liberdade procriadora exercida de qualquer maneira, mas de uma liberdade responsável”⁴⁰⁰. Para Diniz, os direitos reprodutivos não são absolutos⁴⁰¹ e, portanto, seria necessário conciliar a “liberdade para criar a vida, mas não para destruí-la”⁴⁰².

³⁹¹ E não direito de dispor **do** próprio corpo. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 423.

³⁹² Em tese, poderia recusar determinado tratamento médico ou poderia por fim à própria vida. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 454-455.

³⁹³ Luísa Neto apresenta possibilidade de proibir a disposição de um indivíduo ao próprio corpo. Para a autora, é necessário compreender o conceito dessa proibição a partir de dois aspectos: i) direito subjetivo – facultado ao indivíduo o exercício e defesa; ii) faculdade de dispor – limitado pelo poder de disposição sobre direitos alheios. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 455-456. [N.R.] Vale dizer que, no caso da manutenção de uma gravidez de feto anencéfalo, poderia se falar em violação do direito à integridade física e moral da mulher.

³⁹⁴ Para Luísa Neto, a ordem pública pode ser um limite ou fundamento para dispor sobre o próprio corpo. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 475. Ensina ainda a autora que a ordem pública e os bons costumes têm papéis similares, vez que há bens jurídicos irrenunciáveis. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 478.

³⁹⁵ Para Luísa Neto, poderiam ser extraídas da doutrina, ainda, duas facetas: o direito do indivíduo com relação ao seu corpo e o direito à proteção. No primeiro caso, o direito estaria ligado ao aspecto patrimonial e, no segundo, aplicado aos direitos de personalidade. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 439. Atualmente, busca-se esvaziar a ideia de que o corpo humano tenha um valor meramente patrimonial, apesar de a autora não o considerar um bem “individual, inalienável e intangível”. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 440.

³⁹⁶ O bem integridade física que, para a autora, consiste na incolumidade física, atinge o bem vida. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 422.

³⁹⁷ Nesse sentido, Daniel Sarmento. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júpiter, 2006, p. 37.

³⁹⁸ A autora expõe a visão de René Dekkers que entende que tudo é coisa, exceto o ser humano. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 426. Ler mais a respeito. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 421-432.

³⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

⁴⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

⁴⁰¹ Para a autora, os direitos dos filhos e o bem comum determinam os limites do direito reprodutivo. DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

⁴⁰² DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

Todavia, Flávia Piovesan e Wilson Pirotta ensinam que direitos reprodutivos “correspondem ao conjunto de direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana”⁴⁰³. Além da “liberdade” de procriar, conforme os autores, a igualdade “de fato” e “de direito” entre os gêneros só seria garantida com o “reconhecimento e o exercício”⁴⁰⁴, e que o conceito dos direitos reprodutivos abrangeria a reprodução e a sexualidade humanas, entendendo-os como direitos humanos⁴⁰⁵, incluindo também o direito à saúde sexual⁴⁰⁶. Assim, para Piovesan e Pirotta, os direitos reprodutivos abrangem o direito de decidir sobre a reprodução, sobre o número de filhos e intervalo entre as gestações, e o direito a ter acesso à informação e à saúde reprodutiva⁴⁰⁷, compreendendo o “direito a ter controle sobre seu próprio corpo”⁴⁰⁸, e o direito à privacidade, dentre outros⁴⁰⁹.

Desta forma, aproximar os direitos reprodutivos e sexuais da mulher da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da autonomia individual, possibilitando a ela a disposição sobre seu próprio corpo, também é uma afirmação pela igualdade de gênero.

Daniel Sarmento, insere neste cenário a necessidade ao respeito pela igualdade de gênero - especialmente dos grupos vulneráveis, dentre os quais, as mulheres - que, para ele, não se limita “à isonomia formal”⁴¹⁰. Daniel Sarmento admite que a criminalização do aborto gera um “impacto desproporcional sobre as mulheres”⁴¹¹, pois aos homens não se exige “sacrifício comparável”⁴¹².

⁴⁰³ PIOVESAN, Flávia e PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.

⁴⁰⁴ PIOVESAN, Flávia e PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.

⁴⁰⁵ PIOVESAN, Flávia e PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308-310. Conforme Conferência Internacional do Cairo sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994. Ler mais a respeito, PIOVESAN, Flávia e PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308-309. Vide também PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 201. Nesse sentido, DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139.

⁴⁰⁶ Conforme Declaração de Beijing resultante da 4ª. Conferência Mundial sobre a Mulher. Vide mais a respeito. PIOVESAN, Flávia e PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312-313. Destaca Maria Helena Diniz que a declaração de Beijing garante serviços médicos seguros e higiênicos no caso de aborto legal. DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139.

⁴⁰⁷ PIOVESAN, Flávia e PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313-314.

⁴⁰⁸ PIOVESAN, Flávia e PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 314.

⁴⁰⁹ Nesse sentido, Lei 9029 de 13 de abril de 1995. BRASIL. Lei n 9.029, de 13 de abril de 1995. Dispõe sobre a proibição da exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.

⁴¹⁰ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 47-48.

⁴¹¹ O autor explica que a jurisprudência adotou o *disparage impact*, isto é, o “reconhecimento da inconstitucionalidade de normas que, aparentemente regulares, causem um ônus desproporcional para determinados grupos em situação de inferioridade”, destacando o caso Griggs v. Duke Power de 1971.

Em razão desses conflitos, Flávia Piovesan e Wilson Pirotta destacam a importância de uma “mudança de paradigmas”⁴¹³ com urgência para que seja dada uma maior efetividade dos direitos conquistados no plano internacional⁴¹⁴ também no âmbito interno. Para os autores, o

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 46 e 48.

⁴¹² SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 48.

⁴¹³ PIOVESAN, Flávia e PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 301. A fim de ilustrar a necessidade de uma mudança de paradigma, segue o relatório de 2005 sobre o Brasil: “*HUMAN RIGHTS COMMITTEE CONSIDERATION OF REPORTS SUBMITTED BY STATES PARTIES UNDER ARTICLE 40 OF THE COVENANT Second periodic report BRAZIL* [15 November 2004] GENERAL CCPR/C/BRA/2004/2 11 April 2005 Original: ENGLISH* 42. Another issue that warrants consideration involves reproductive rights. The current government has committed itself to undertake a review of the repressive legislation governing abortion so that the principle of free choice in the exercise of individual sexuality is fully respected. It is not the purview of the State to interfere in this area of individual autonomy, although it does have a duty to offer all necessary information and assure access to the various methods of contraception in order to ensure people are provided with the ideal conditions to prevent unwanted pregnancies. The 1988 Federal Constitution recognized the universality of the right to healthcare and mandated CCPR/C/BRA/2004/2 Page 14 that the State provide services in this area at no charge. It also guarantees the right to family planning, thereby anticipating the recommendation of the World Conference on Population and Development held in Cairo. The right to family planning was officially ordered by Federal Law, in 1898, with the introduction of the principle of full healthcare for women in all stages of their lives, assuring, in this way access to reversible contraceptive methods and recognizing the right to tubal ligations and vasectomies. The same legislation set out guarantees against abuses and imposed or manipulative sterilization practices. 43. However, the autonomy assured by the Law with regard to a woman's decision to not bear children has yet to be fully implemented. Difficulties in access to contraception and the small number of services available to assist women who have been the victims of sexual violence play a role in the problem of unwanted pregnancies and back-alley abortions, which, in turn, predispose women to maternal death. Abortion is currently the fifth leading cause of maternal death in Brazil. 44. The Brazilian Penal Code dates to 1940. Despite the reforms that have been introduced in the Code, some discriminatory clauses persist, such as subsection VII of article 107, which provides for waiving punishment when the sexual aggressor is married to the victim. That same legislation, meanwhile, mandates stiff penalties for abortion, except in cases of imminent risk to the mother and pregnancy induced by rape. 45. Brazilian legislation has not yet been adjusted to conform to the recommendation of the Plan of Action of the 1995 World Conference on Women, held in Beijing, in which abortion was defined as a public health issue. The Brazilian government is hopeful that the National Congress will consider one of the draft bills now in Congress aimed at correcting the repressive manner in which abortion is today addressed. 46. Through the Special Secretariat for Women's Policies and the Ministry of Health, the Brazilian government has carried out several actions to reduce morbimortality caused by abortion. A specific protocol was introduced requiring notification in the event of maternal death; reviving the National Commission against Maternal Mortality (Comissão Nacional Contra a Mortalidade Materna); implementing prevention Committees in all state capitals and municipalities with more than 100,000 residents; establishing the “Dial Women's Health” hotline designed to provide access to information on existing services; and mobilizing the country for a debate on sexual and reproductive rights with an emphasis on family planning and conscious and involved paternity”. Disponível em:

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=43f2ff6a0&skip=0&query=abortion>. Acesso em: 10 nov. 2011.

⁴¹⁴ Interessante análise contida no World Report e Amnesty International Annual Report, ambos de 2011 referente ao direito reprodutivo no Brasil. “*Reproductive Health Rights. Raids on family planning clinics and aggressive prosecution of abortion limited women's access to reproductive health services in 2010. In May a bill to prioritize the human rights of a fertilized ovum over those of the pregnant woman carrying it was voted favorably out of the Family and Social Security Commission of the Brazilian House of Representatives. The bill is still pending at this writing*”. Disponível em: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=4d3e80171a&skip=0&query=abortion>.

Acesso em: 10 nov. 2011. “*Amnesty International Annual Report 2011 – Brazil. Head of state and government: Luiz Inácio Lula da Silva; Death penalty: abolitionist for ordinary crimes; Population: 195.4 million ;Life expectancy: 72.9 years; Under-5 mortality (m/f): 33/25 per 1,000; Adult literacy: 90 per cent; 13 May 2011; President Lula approved a modified version of the Third National Human Rights Plan in May, amid criticisms*

direito constitucional brasileiro protege o direito reprodutivo ao assegurar o princípio da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada⁴¹⁵, mas é o parágrafo 7º⁴¹⁶, do artigo 226 da Constituição Federal que lhe atribui caráter constitucional, garantindo o disposto nos instrumentos internacionais de direitos humanos⁴¹⁷.

Em seguida, vamos compreender como o aborto é tratado no Brasil, para depois, estudarmos a situação do aborto do feto anencéfalo, especificamente.

that references to the decriminalization of abortion, mediation in agrarian conflicts and sections relating to crimes committed during the military regime (1964-85) had been removed. Vale a pena comparar com o conteúdo dos relatórios em 2003: *Reproductive Rights In Brazil, abortion is legal only when performed by a medical doctor in order to save the life of the pregnant woman or when the pregnancy is the result of rape. Criminal investigations into women's health clinics in Mato Grosso do Sul, Sao Paulo, and Rio Grande do Sul have raised serious privacy concerns. In an ongoing 2007 criminal case from Mato Grosso do Sul, for months private medical records of thousands of women were reportedly made accessible to members of the public upon request to judicial authorities*". Disponível em: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=49705faa78&skip=0&query=abortion>>.

Acesso em: 10 nov. 2011. *"Transparency International ranked Ireland 23rd on its 2002 Corruption Perceptions Index, better than only France, Portugal, and Italy among EU-member states. Discrimination against women in the workplace is unlawful, but inequalities persist regarding pay and promotions in both the public and private sectors. Abortion is legal only when a woman's life is in danger; an estimated 6,500 women travel to Britain annually to obtain abortions. Distr. GENERAL E/C.12/1/Add.87 26 June 2003 COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS Thirtieth session 5-23 May 2003 27. The Committee notes with concern the high rate of maternal mortality from illegal abortions, particularly in the northern regions where women have insufficient access to health care facilities. The Committee is also concerned about the persistence of forced sterilization. 28. The Committee is concerned that some articles of the Penal Code discriminate against women. In particular, it is concerned that article 215 of the Code requires the victim of a m 51. The Committee requests the State party to undertake legislative and other measures, including a review of its present legislation, to protect women from the effects of clandestine and unsafe abortion and to ensure that women do not resort to such harmful procedures. The Committee requests the State party to provide in its next periodic report detailed information, based on comparative data, about maternal mortality and abortion in Brazil*". Disponível em: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=473c5431c&skip=0&query=abortion>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

⁴¹⁵ Nos termos dos artigos 5º, I e X, da CF. Os autores ainda ensinam que o título VIII da Constituição Federal de 1988 assegura os direitos reprodutivos ao garantir o direito à saúde e ao planejamento familiar, reconhecendo a igualdade de gêneros, nos termos dos artigo 226, parágrafo 5º. PIOVESAN, Flávia e PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 315. Alexandre de Moraes explica que o conceito de intimidade e de vida privada são diferentes, mas interligados. O primeiro estaria voltado às "relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade" e o segundo, "envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos". MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 138.

⁴¹⁶ *In verbis*: "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.[...]§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴¹⁷ PIOVESAN, Flávia e PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 317-318. Em sentido contrário, Diniz afirma que tal dispositivo constitucional não permite o aborto, mas "adotar medidas preventivas de gravidez" e que o planejamento familiar seria uma medida eficiente para diminuir os casos de aborto. DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142.

4 ANÁLISE DO ABORTO NO BRASIL

Depois do estudo sobre o âmbito de proteção da vida e suas interpretações, bem como dos limites ao direito à vida em razão de outros princípios e direitos, vamos analisar o direito à vida, no caso específico do aborto, observando como é tratado pela legislação brasileira, antes de adentrarmos as principais teorias que podem ser aplicadas ao caso de aborto em decorrência de anencefalia, começando com o estudo de algumas terminologias e conceitos importantes sobre o tema.

4.1 TERMINOLOGIAS, CONCEITOS E CLASSIFICAÇÕES

O aborto corresponderia à “interrupção da gravidez⁴¹⁸ antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não expulsão do feto destruído”⁴¹⁹.

Explica Maria Helena Diniz que o critério médico da cronologia⁴²⁰ comumente adotado para diferenciar o aborto de um parto prematuro, não se aplica na esfera jurídica, “pois bastará o aniquilamento do feto em qualquer momento anterior ao fim da gestação, sem que se leve em consideração a questão de sua viabilidade”⁴²¹ para caracterizá-lo. Significa dizer, então, que, juridicamente, o aborto é a interrupção da gravidez a qualquer tempo⁴²².

Maria Helena Diniz traz inúmeras classificações sobre o aborto. Quanto ao objeto, o aborto poderia ser ovular, embrionário ou fetal⁴²³. Ovular é o aborto ocorrido até a 8ª semana

⁴¹⁸ Para Celso Delmanto “o aborto é a interrupção do processo da gravidez, com a morte do feto”. DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 2ª ed. ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 239.

⁴¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

⁴²⁰ Na doutrina médica citada pela autora, o parto prematuro ocorreria após o sexto mês de gravidez, enquanto que o aborto ocorreria nos primeiros seis meses de gravidez. DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

⁴²¹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

⁴²² Vale dizer que é preciso fazer uma distinção entre o aborto e o infanticídio, neste último, o bem tutelado é a vida humana do filho durante ou logo após o parto sob influência do estado puerperal. O infanticídio não ocorre antes do parto, porque neste caso seria aborto; nem depois da ocisão logo após o parto, pois, nesse caso, seria verificado o crime de homicídio, como ensina Luis Regis Prado. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 76-77.

⁴²³ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

de gestação⁴²⁴. O aborto embrionário se dá se for praticado até a 15ª semana ou terceiro mês de gestação⁴²⁵. O aborto fetal é aquele que ocorre a partir do terceiro mês de gravidez⁴²⁶.

A autora ainda classifica o aborto quanto à causa, que pode ser natural⁴²⁷, em decorrência de doenças durante a gravidez, como diabetes entre outras, ou em razão de “defeitos estruturais do feto, embrião e ovo”⁴²⁸; o acidental, ocasional ou circunstancial⁴²⁹, provocado por “um agente externo”, como, por exemplo, uma queda; e, por fim, o aborto provocado, que ocorre com a interrupção “deliberada da gestação”, que, conforme ensina Maria Helena Diniz, “para atender a motivos terapêuticos, eugênicos, econômicos, morais, sociais, psicológicos etc”⁴³⁰.

O aborto provocado, que é o mais significativo para nosso estudo, subdivide-se em criminoso e legal. O primeiro tipo corresponde ao aborto ocorrido na forma vedada por lei, em qualquer fase da vida intrauterina, com ou sem a expulsão do “produto da concepção”⁴³¹. Já o segundo abarca as situações em que o aborto ocorre com a autorização legal.

Maria Helena Diniz ainda classifica o aborto quanto ao elemento subjetivo⁴³²: o aborto poderá ser “sofrido”, quando não há o consentimento da gestante⁴³³; “consentido”, quando há⁴³⁴; ou, ainda, “procurado”, quando for praticado pela própria gestante⁴³⁵.

E, por fim, classifica a autora o aborto também conforme a sua finalidade, que pode ser terapêutico, sentimental, eugênico, econômico, estético e *honoris causa*⁴³⁶.

No terapêutico⁴³⁷ há duas modalidades: o aborto necessário⁴³⁸ – autorizado por lei e imprescindível para salvar a vida da mãe⁴³⁹; e o aborto para evitar enfermidade grave – nesta

⁴²⁴ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

⁴²⁵ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

⁴²⁶ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

⁴²⁷ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

⁴²⁸ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

⁴²⁹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

⁴³⁰ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

⁴³¹ Explica ainda a autora que pode existir na forma culposa, dolosa e preterdolosa. A primeira ocorre se a interrupção não for intencional, mas houver negligência, imprudência ou imperícia do médico. Dolosa se houver intenção de destruir o feto ou, ainda, preterdolosa em que “o resultado culposo, advindo do aborto dolosamente provocado” resultar a morte ou lesão corporal de natureza grave ocasionados à gestante. DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33.

⁴³² DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

⁴³³ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

⁴³⁴ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

⁴³⁵ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

⁴³⁶ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

⁴³⁷ Guilherme de Souza Nucci explica que o aborto terapêutico é “uma hipótese específica do estado de necessidade. Entre dois bens que estão em conflito (vida da gestante e vida do feto ou embrião), o direito fez clara opção pela vida da mãe”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 633.

hipótese, Maria Helena Diniz afirma que o aborto visa a impedir grave e iminente perigo à saúde da mãe⁴⁴⁰.

O aborto sentimental⁴⁴¹ é aquele em que há autorização legal para abortar devido à gravidez ser decorrente de estupro⁴⁴².

O aborto eugênico corresponde à “suspeita de que, provavelmente, o nascituro apresenta doenças congênitas, anomalias físico-mentais graves, como microcefalia, retinite pigmentosa, sífilis, mongolismo, epilepsia genuína, demência precoce, idiotia amaurótica etc”⁴⁴³. Para Maria Helena Diniz, o aborto eugênico serve para “aperfeiçoar a raça humana”⁴⁴⁴.

⁴³⁸ Para Celso Delmanto, não deve haver outro meio de salvar a vida da gestante. DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 2ª ed. ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 241. Para Guilherme de Souza Nucci é o aborto terapêutico, cf. [N.R.] 436, acima.

⁴³⁹ Neste caso, o médico pode praticar o aborto sem ou com a autorização da gestante, independentemente de autorização judicial ou policial. DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

⁴⁴⁰ Porém, permanece o delito penal. DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

⁴⁴¹ Também denominado de ético ou humanitário. Para Celso Delmanto, não deve haver outro meio de salvar a vida da gestante. DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 2ª ed. ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 241. Para Guilherme de Souza Nucci é o aborto humanitário ou piedoso “são dois valores fundamentais, mas é melhor preservar aquele já existente”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.633.

⁴⁴² DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

⁴⁴³ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32. [N.R.] Vale dizer que o aborto eugênico pode ser considerado uma espécie, ou um exemplo, de eugenia. Explica Simon Hampton que originalmente o termo surge na metade do Século XX com o significado de “bem nascido”, usado para designar pessoas de “boa linhagem” com uma conotação de saúde; mais para frente, com conotações políticas, passou a representar a opinião de que a teoria da evolução poderia ser usada para deteminar e controlar quem poderia e deveria se reproduzir. Para o autor, o nazismo, apropriou-se da Eugenia como estudo e prática da melhoria da raça humana através da reprodução seletiva controlada e o resultado foi o holocausto e outros terríveis abusos cometidos pela Alemanha nazista. HAMPTON, Simon. **Essencial Evolutionary Psychology**. London: Sage, 2010, p. 20. Ruth Chadwick, no entanto nos lembra que “a alegação de que uma intervenção [genética] significaria eugenia de tempos em tempos é mencionada como se fosse um argumento definitivo contra a intervenção. Isso não pode ser adotado como premissa: o que exatamente é reprovável? Um aspecto é a implicação de que algumas vidas valem mais que outras. A tentativa de reduzir a incidência de problemas genéticos na população, é às vezes criticado sobre o fundamento de incorporar atitudes inapropriadas em relação às pessoas então vivas que sofrem de tais problemas. Outro é que eugenia representa interferência, aberta ou encoberta, com as liberdades individuais na área da reprodução [...] um outro aspecto problemático é o uso de técnicas de terapia genética para melhorias, ao invés de para curar doenças [...] as objeções às ‘melhorias’ ao invés de terapia não são claras, mas um ponto diz respeito à justiça social [...] o que é desejado e temido por alguns [...] é um livre mercado de genes [...] que poderia parecer abrir o caminho para reforçar diferenças entre os ricos e os pobres, permitindo aos ricos adquirirem genes melhores [...] alguns críticos adotam a perspectiva de que ao adotar a terapia germinativa nós perderíamos alguma coisa que é essencialmente humana. Não é sempre claro o que esta objeção significa. Ronald Dworkin em *Domínio da Vida* examina a questão do que é sagrado. Ele argumenta que a noção do valor intrínseco da vida humana é bem difundido, mas que há diferentes interpretações de seu significado”. CHADWICK, Ruth. In: **A Companion to Bioethics**. KUHSE, Helga; SINGER, Peter (Blackwell Companion to Philosophy). Massachusetts, EUA. Blackwell Publishing, 1998, p. 195-196, (tradução nossa).

⁴⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32. É vedada por lei, pois fere a dignidade humana especialmente porque coloca em risco a característica humana da heterogeneidade e porque, conforme Maria Helena Diniz, não há diagnóstico genético que garanta, com toda certeza, a

O aborto econômico ocorre sob a alegação de que inexistem recursos suficientes para a manutenção do sustento da criança. Já o estético e o *honoris causa* correspondem, respectivamente, ao aborto praticado para não modificar o corpo da gestante e para preservar sua honra perante a sociedade⁴⁴⁵.

A partir dessas classificações, como poderíamos tratar o aborto do feto com anencefalia? Poderia ser considerado como aborto eugênico? Ou será um aborto terapêutico? É o que estudaremos mais adiante.

4.2 LEGISLAÇÃO E DOCTRINA BRASILEIRA SOBRE ABORTO

Após a análise do conceito e da exposição de classificações de aborto, é mister verificar como o Brasil regula a matéria.

O direito à vida é protegido como direito fundamental, ou seja, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 tutela o direito à vida; mas outros dispositivos da Constituição Federal também o fazem – quando tutelam o direito à saúde (artigos 194 e 196), a proibição da pena de morte (artigo 5º, XLVII); e até mesmo quando garante o direito à vida da criança, do adolescente (artigo 227, caput, §1º, II) e do idoso (artigo 230). A Constituição Federal tutela ainda o direito de subsistência (artigo 7º) e a sadia qualidade de vida (artigo 225). A Constituição garante também a integridade física e psíquica do indivíduo ao vedar a prática de tortura e o tratamento degradante (artigo 5º, III).

No âmbito civil, o direito brasileiro protege o direito do nascituro desde a concepção (artigo 2º, Código Civil). A lei também estabelece parâmetros para a morte jurídica do indivíduo, considerada a partir da constatação de morte encefálica (Lei 9434 de 04 fev. 1997 alterada pela Lei 10211 de 23 mar. 2001).

Na esfera penal, a vida também é protegida, através do artigo 121 do Código Penal, que proíbe o homicídio. Destacamos, ainda, o artigo 123 do Código Penal, que trata do infanticídio; e os artigos 124 a 128, que tratam especificamente do aborto; além de tratados internacionais ratificados pelo Brasil e que ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro visando à proteção do direito à vida.

transmissibilidade de deficiências físico-mentais. DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33.

⁴⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

Dessa forma, por meio de normas constitucionais e infraconstitucionais, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre a tutela do direito à vida. A seguir, vamos, portanto, analisar as principais discussões no âmbito brasileiro acerca do tema.

4.2.1 O aborto e a Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 garante, nos termos do artigo 5º, *caput*, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, dentre outros direitos.

Para Alexandre de Moraes, o direito à vida seria “o mais fundamental de todos os direitos, pois seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”⁴⁴⁶, cabendo ao estado brasileiro “assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter a vida digna quanto à subsistência”⁴⁴⁷. Moraes afirma ainda que o direito à vida deve ser garantido levando-se em conta os princípios fundamentais elencados na Constituição Federal dentro de um “nível adequado com a condição humana”⁴⁴⁸.

Assim, admitindo-se a força normativa da Constituição Federal e o caráter vinculante dos princípios constitucionais, exige-se uma “releitura” de todos os institutos jurídicos à luz desses valores constitucionais, inclusive do direito à vida⁴⁴⁹.

Deste modo, Daniel Sarmento acredita que é na “constituição que deve ser buscado o norte para o equacionamento jurídico a ser conferido à questão da interrupção voluntária da gravidez no Brasil”⁴⁵⁰. Para tanto, o artigo 5º da Constituição não pode ser interpretado sem levar em conta outros dispositivos constitucionais e legais, principalmente quando tratamos do aborto do feto anencéfalo, até mesmo porque, como vimos, o direito à vida não é absoluto.

⁴⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo:Atlas, 2005 (Coleção Temas Jurídicos:3), p. 80.

⁴⁴⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo:Atlas, 2005 (Coleção Temas Jurídicos:3), p. 80.

⁴⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo:Atlas, 2005 (Coleção Temas Jurídicos:3), p. 80.

⁴⁴⁹ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 23.

⁴⁵⁰ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 25.

Então, além de a Constituição Federal garantir o direito à vida, também garante uma vida digna, de modo que, como vimos, em primeiro lugar, devemos aduzir que o direito à vida deve andar de mãos dadas com o preceito da dignidade⁴⁵¹.

Ademais, o texto constitucional também protege o direito à saúde – onde se insere o direito à saúde psíquica e física – e o direito à privacidade – o que, para muitos, englobaria a autonomia da vontade – todos regidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁵².

Assim, diante da problemática do aborto do feto anencéfalo, temos que analisar em conjunto o direito à vida e o direito à vida digna do feto *versus* o direito à saúde e à integridade psíquica e física, o direito à vida digna, o direito à liberdade, à privacidade e à autonomia da gestante; bem como direito à igualdade inclusive entre os gêneros, como ressaltado nos primeiros capítulos deste trabalho.

Todavia, o texto constitucional não dispõe sobre o início da vida, cabendo às ciências médicas e biológicas determinar seu início e término, sendo certo que à ciência jurídica cabe apenas fazer seu “enquadramento legal”⁴⁵³.

Além do mais, a Constituição não faz distinção da proteção da vida intra ou extrauterina, e nem mesmo distingue a fecundação natural da artificial, fases embrionárias ou se existe ou não vida em potencial⁴⁵⁴. Apenas garante o direito à vida, e é por causa desta simplicidade⁴⁵⁵ do texto constitucional que surgem inúmeros debates no mundo jurídico quanto ao âmbito de proteção do direito à vida, especialmente nos casos de aborto por inviabilidade extrauterina.

4.2.2 A incorporação e hierarquia das normas de direitos humanos no Brasil

⁴⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo:Atlas, 2005 (Coleção Temas Jurídicos:3), p. 80.

⁴⁵² Art. 1º, Cf/1988 *in verbis*: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo:Atlas, 2005 (Coleção Temas Jurídicos:3), p. 81.

⁴⁵⁴ Vide, LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1ª. ed. (ano 2008), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 25.

⁴⁵⁵ Daniel Sarmento afirma que o fato de a Constituição Federal não ter tratado do aborto voluntário não significa dizer que há um “indiferente constitucional”. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júrís, 2006, p. 23.

Ao lado do texto constitucional, o Brasil ainda é signatário de inúmeros tratados de direitos humanos que tutelam o direito à vida, de modo que tais dispositivos também integram o ordenamento jurídico brasileiro⁴⁵⁶.

Vale dizer que, para Celso Lafer, a Constituição Federal de 1988 dita um novo rumo à sociedade brasileira, e passa a garantir direitos e estabelecer princípios gerais, consubstanciando sua posição no artigo 4º do texto constitucional⁴⁵⁷, que permite uma abertura do Brasil ao mundo e a prevalência de direitos humanos com a redemocratização⁴⁵⁸, aderindo o Brasil a tais tratados de direitos humanos.

No entanto, a incorporação desses tratados no ordenamento interno brasileiro segue uma praxe, como ensina André de Carvalho Ramos, com a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, e, após, com a celebração do tratado pelo Presidente da República (denominada de fase do decreto legislativo) e, em seguida, com a promulgação pelo Poder Executivo (denominada a fase do decreto executivo)⁴⁵⁹.

Para Flávia Piovesan, o artigo 84, VIII⁴⁶⁰, estabelece a competência privativa do Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, devendo passar pelo referendo do Congresso Nacional. Já o artigo 49, I⁴⁶¹, dispõe sobre a competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver em definitivo sobre tratados, acordos ou atos internacionais. Para Piovesan, há uma integração entre Poder Executivo e Legislativo, de

⁴⁵⁶Vide o artigo 3 da Declaração Universal de Direitos Humanos, o artigo 4, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos; artigo 6, I, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança.

⁴⁵⁷ *In verbis*: Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴⁵⁸ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005, p. 13-14.

⁴⁵⁹ CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis – teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 118-119.

⁴⁶⁰ *In verbis*: Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴⁶¹ *In verbis*: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

modo que o processo de formação de tratados internacionais no Brasil constitui um ato complexo⁴⁶².

Para André de Carvalho Ramos, essa exigência aproxima a incorporação dos tratados internacionais pelo Brasil ao entendimento da corrente dualista, que primazia como o direito interno encara o direito internacional, de modo que a norma internacional somente pode ser invocada se transformada em direito interno⁴⁶³.

Ademais, Piovesan ensina que há uma lacuna nos dispositivos constitucionais citados acima, pois eles não tratam de um prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso o tratado assinado, bem como não estabelece prazo para o Congresso e o Presidente apreciar e promulgar o tratado, respectivamente⁴⁶⁴. Esse fato, para Piovesan, confere ampla discricionariedade ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, em detrimento dos compromissos assumidos pelo Brasil internacionalmente, ensejando, inclusive, responsabilização internacional do Estado⁴⁶⁵.

Flávia Piovesan reconhece que, embora não haja posição majoritária nesse sentido, os tratados de direitos humanos não precisariam passar pelo processo de incorporação legislativa, pois têm aplicação imediata por força do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, que garantiria a incorporação automática aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos⁴⁶⁶.

Apenas a título de exemplo de tratado em que o Brasil é parte, e que nos interessa para a temática do direito à vida, gostaríamos de mencionar como foi incorporada a nosso ordenamento a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), aprovada pelas nações em 22 de novembro de 1969: O Brasil somente aderiu à CADH pelo Decreto 668 de 6 de novembro de 1992, e, posteriormente, apenas reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte pelo Decreto Legislativo 89 de dezembro de 1998 e pelo Decreto 4463 de 11 de novembro de 2002.

Passado pelo aspecto da incorporação dos tratados, precisamos compreender qual a natureza das normas de direitos humanos no âmbito interno. Essas normas têm natureza

⁴⁶² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48-49.

⁴⁶³ CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis – teoria e prática do direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 117-118.

⁴⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

⁴⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50-51.

⁴⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 88-89.

constitucional? Qual seria a hierarquia desses tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte, até para podermos entender eventual conflito entre tais normas de direitos humanos e a Constituição Federal brasileira⁴⁶⁷?

Em 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, que inseriu o § 3º do artigo 5º na Constituição Federal⁴⁶⁸, encerrando aparentemente alguns debates sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, pois entendeu o legislador que, somente com a aprovação dos tratados de direitos humanos com o quórum diferenciado de 3/5 de todos os membros de cada Casa, seriam estes tratados equiparados às emendas constitucionais.

Todavia, como ensina André de Carvalho Ramos, quando da aprovação da Emenda Constitucional nº 45, havia duas posições sobre a hierarquia de tratados de Direitos Humanos: i) uma teoria afirmava que os tratados de direitos humanos que não passaram pelo rito diferenciado estabelecido no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal possuem natureza de lei ordinária federal, valendo inclusive para tratados anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 45⁴⁶⁹; ii) outra teoria afirmava que todos os tratados de direitos humanos teriam natureza materialmente constitucional⁴⁷⁰, nos termos do §2º do artigo 5º da Constituição Federal, e que, após a Emenda 45 de 2004, passando pelo quórum diferenciado da Emenda Constitucional, tais tratados de direitos humanos seriam, além de material, formalmente constitucionais⁴⁷¹, compondo o então denominado “bloco de constitucionalidade”⁴⁷².

⁴⁶⁷ Ler interessante estudo sobre o tema. CARVALHO RAMOS, André de. A Execução das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JÚNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs). **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 454-455; e CARVALHO RAMOS, André de. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: JUBILUT, Liliana Lyra; AMARAL JUNIOR, Alberto do (orgs). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 805-850.

⁴⁶⁸ Entende Carolina Lima que o §3º do artigo 5º da CF é inconstitucional, pois violaria o §4º, IV, artigo 60 da CF e faz um tratamento diferenciado no que tange às normas de direitos humanos. LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1ª. ed. (ano 2008), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 32-33. Celso Lafer considera referido parágrafo norma interpretativa “destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo §2º do art. 5º”, declarando o que já existe. LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005, p. 16.

⁴⁶⁹ CARVALHO RAMOS, André de. A Execução das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JÚNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs). **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 455.

⁴⁷⁰ Para Flávia Piovesan, as normas de direitos humanos que não passaram pelo quórum diferenciado introduzido pela Emenda 45, antes e depois dela, têm natureza materialmente constitucional e constituem cláusulas pétreas, não podendo sequer ser objeto de deliberação para abolição. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 78.

⁴⁷¹ Neste sentido, Paulo Hamilton Siqueira Júnior e Miguel Augusto Machado de Oliveira: “os tratados e convenções de direitos humanos ingressarão na categoria de norma constitucional, desde que respeitado o procedimento equivalente à emenda constitucional.” SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal buscou solucionar a questão atribuindo aos tratados de direitos humanos uma natureza diversa, a de supralegalidade⁴⁷³. Nesse sentido, o Supremo entendeu que os tratados de direitos humanos, em razão de sua natureza, não podem ser equiparados à lei infraconstitucional, e, ao mesmo tempo, não têm natureza constitucional⁴⁷⁴, exceto se respeitado o quórum diferenciado estabelecido pelo §3º do artigo 5º da Constituição Federal⁴⁷⁵. Deve então o Brasil cumprir internamente os compromissos assumidos internacionalmente, independentemente de se tais tratados integram o ordenamento jurídico brasileiro com *status* constitucional ou com natureza de supralegalidade⁴⁷⁶.

Por outro lado, ensina André de Carvalho Ramos que, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, as Cortes Internacionais de Direitos Humanos não têm reconhecido o “caráter jurídico” das normas de direito interno, pois o que se verifica é o cumprimento ou não dos compromissos assumidos pelos estados perante a comunidade internacional, além de o Direito Internacional possuir fontes normativas próprias⁴⁷⁷. Assim, para o autor, as normas de direito interno são consideradas “mero fato”, não podendo o estado

Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 166.

⁴⁷² CARVALHO RAMOS, André de. A Execução das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JÚNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs). **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 455. Vide, ainda, a respeito os votos dos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie no acórdão do Recurso Extraordinário (RE) no Supremo Tribunal Federal 466.343-SP. Celso Lafer reconhece o caráter constitucional material dos tratados internacionais de direitos humanos e que integram o bloco de constitucionalidade, definindo-o como a “somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nele consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além, de critério de preenchimento de eventuais lacunas”. LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005, p. 17.

⁴⁷³ Vide acórdão do Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário (RE) 466.393-1 sobre prisão civil no caso de depositário infiel. Vide também interessantes comentários sobre a evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal feitas por André de Carvalho Ramos. CARVALHO RAMOS, André de. A Execução das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JÚNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs). **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 455-456.

⁴⁷⁴ Vide RE 466.343-SP.

⁴⁷⁵ Vide Decreto Legislativo 186 de 09 jul. 2008 que aprovou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo pelo quórum diferenciado, ingressando no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional.

⁴⁷⁶ De modo que o Brasil deverá cumprir integralmente as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. CARVALHO RAMOS, André de. A Execução das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JÚNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs). **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 455-456

⁴⁷⁷ O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: JUBILUT, Liliana Lyra; AMARAL JUNIOR, Alberto do (orgs). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 817-818.

alegar o descumprimento de um compromisso internacional assumido anteriormente em razão de uma norma interna, ainda que constitucional⁴⁷⁸.

Esse entendimento já foi defendido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo. Destacamos a Opinião Consultiva 14/94 que representou um marco no que tange à relação de direito interno e direito internacional⁴⁷⁹. Tal interpretação da Corte versou essencialmente sobre a possibilidade de um Estado parte editar uma lei que viole a Convenção Americana de Direitos Humanos, em especial o artigo 4º, parágrafos 2º⁴⁸⁰ e 3º⁴⁸¹ da Convenção, ao inserir nova hipótese não prevista de pena de morte. O pano de fundo foi a incorporação do artigo 140 da nova Constituição do Peru⁴⁸², mediante o qual a pena de morte⁴⁸³ seria ampliada para ser aplicável também nos casos de terrorismo. A Corte entendeu que o estado deve agir de boa-fé ao cumprir seus compromissos internacionais, que não pode se valer da legislação doméstica para desrespeitar tais obrigações⁴⁸⁴, e que, se o estado promulgar uma lei manifestamente contrária à Convenção – ainda que constitucional, esta lei será violadora da Convenção, o que pode dar ensejo à responsabilidade internacional do Estado no caso de violação de direitos e liberdades individuais.

⁴⁷⁸ CARVALHO RAMOS, André de. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: JUBILUT, Liliانا Lyra; AMARAL JUNIOR, Alberto do (orgs). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 818-819. CARVALHO RAMOS, André de. A Execução das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JÚNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs). **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 456-457. CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis – teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 131.

⁴⁷⁹ Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, p. 2. Vide interessante trabalho de ARAUJO, Nadia de. A Influência das Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto, CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto e PEREIRA, Antonio Celso Alves (orgs). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Celso D. Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

⁴⁸⁰ *In verbis*: “nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, e cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente” **Opinión Consultiva OC-14/94** del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, p. 12 (tradução nossa).

⁴⁸¹ *In verbis*: “não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido” **Opinión Consultiva OC-14/94** del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, p. 12 (tradução nossa).

⁴⁸² <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>. Acesso em: 22 mai. 2009. Estabelecia o artigo 140 da nova constituição do Peru que “La pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Peru es parte obligada.”

⁴⁸³ É importante ressaltar que o artigo 235 da constituição peruana de 1979 previa a aplicação da pena de morte unicamente nos casos de traição à pátria. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>>. Acesso em: 22 mai. 2009.

⁴⁸⁴ **Opinión Consultiva OC-14/94** del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, p. 12 (tradução nossa).

Assim, no Brasil, o artigo 5º, *caput*, deve ser interpretado em conjunto com tratados de direitos humanos, em especial, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, já incorporada no nosso plano interno⁴⁸⁵, e que garante o direito à vida, em geral, desde a concepção, bem como outros tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte.

Deste modo, vemos que é necessário analisar o direito à vida do feto, inclusive daquele acometido por anencefalia, tenho em vista também a inviabilidade de vida extrauterina, levando-se em conta a interpretação dada ao direito à vida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴⁸⁶ da qual, igualmente, o Brasil reconheceu sua jurisdição obrigatória⁴⁸⁷ e que, como vimos nos primeiros capítulos deste trabalho, tem feito uma interpretação ampliativa desse direito, alcançando vários âmbitos de proteção, inclusive abarcando a proteção de uma vida digna⁴⁸⁸.

4.2.3 O Código Civil e o direito de personalidade

Ao lado dessas considerações sobre a proteção do direito à vida na esfera constitucional, para que possamos compreender a proteção do referido direito internamente e seu âmbito de proteção – para daí compreender a real proteção do direito à vida no caso no

⁴⁸⁵ Decreto 678 de 06 nov. 1992.

⁴⁸⁶ André de Carvalho Ramos propõe um diálogo entre as Cortes, a saber: Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de resguardar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais e uma convivência harmoniosa entre o direito internacional e o direito interno. CARVALHO RAMOS, André de. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: JUBILUT, Liliana Lyra; AMARAL JUNIOR, Alberto do (orgs). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 849. CARVALHO RAMOS, André de. **O impacto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos na relação do Direito Internacional e o Direito Interno**, p. 57-60. In: B. Cient. ESMPU, Brasília, a. I - nº 4, p. 51-71, jul/set.2002. Vide também RE 466343, RE 349703 e HC 87585 do STF.

⁴⁸⁷ Decreto Legislativo 89/98 de 03 nov. 1998 e posterior Decreto 4463 de 08 nov. 2002 que promulgou a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte.

⁴⁸⁸ Cançado Trindade ensina que “dada a possível interpretação concomitante de dispositivos correspondentes ou equivalentes (um servindo de orientação a outro) de distintos tratados sobre direitos humanos, tem havido espaço para a aplicação do critério da primazia da norma mais favorável às supostas vítimas, critério este que tem encontrado apoio expresso em determinados dispositivos de tratados de direitos humanos. A escolha ou primazia do dispositivo mais favorável às supostas vítimas tem relação direta com a questão da coexistência de procedimentos distintos de petições ou reclamações de proteção dos direitos humanos, pois significativamente pode reduzir ou minimizar as possibilidades de conflito normativo; encontra-se, com efeito, em clara consonância com a tendência hodierna a nível internacional de ampliar, ao invés de restringir, a proteção dos direitos humanos” (grifo nosso). CANÇADO TRINDADE, Antonio. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 50. Vide importante crítica de André Carvalho Ramos sobre a aplicação da norma mais favorável. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 106-110.

feto anencéfalo no plano interno – é importante remontar as teorias que buscam explicar a partir de qual momento o indivíduo passa a ser considerado pessoa detentora de direitos no plano jurídico. Para tanto, devemos recorrer ao Direito Civil.

4.2.3.1 Conceito de personalidade jurídica

Assim como ocorre no plano constitucional, na esfera infraconstitucional também não existem definições sobre o início da vida, cuja definição dependerá do auxílio de outras disciplinas, como a biomedicina, por exemplo.

Na esfera do direito civil, o artigo 2º do Código Civil estabelece que a personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro⁴⁸⁹.

O nascituro, conforme Silmara Chinelato, é o ser já concebido e implantado no ventre materno ou *in anima nobile*⁴⁹⁰, e que teria, portanto, tutela jurídica, uma vez que seria reconhecida a sua personalidade jurídica, passando a ser detentor de direitos.

A personalidade jurídica não se confunde com capacidade jurídica. Conforme Chinelato, existem dois conceitos: a personalidade jurídica e a capacidade jurídica, esta como elemento daquela e que “exprime poderes ou faculdades”⁴⁹¹. A personalidade, por seu turno, seria a “aptidão de um ente para ser titular de direitos e de obrigações”⁴⁹².

4.2.3.1.1 Teorias sobre a personalidade jurídica

⁴⁸⁹ Maria Helena Diniz afirma que existe tutela jurídica desde a fecundação, com base também na Lei 11.105/05, art. 6, III, 24, 25, 27, IV e artigos 124 a 128 do Código Penal. Defende, ainda, o direito ao nascer, de continuar vivo e o de subsistência, no caso de idoso, nascituro, criança, adolescente ou deficiente. DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22. Piovesan e Pirotta defendem que o direito à vida não é absoluto e que esse dispositivo garante apenas os direitos patrimoniais do nascituro no caso de sucessão ou doação, por exemplo, e alguns direitos não patrimoniais como ser sujeito passivo ou ativo em ação judicial. A eficácia de direitos, fica, no entanto condicionada ao nascimento com vida. PIOVESAN, Flávia e PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 322.

⁴⁹⁰ ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. [prefácio Carlos Alberto Bittar, Mario Emílio Bigotte Chorão]. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15.

⁴⁹¹ ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. [prefácio Carlos Alberto Bittar, Mario Emílio Bigotte Chorão]. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 131 e 134.

⁴⁹² ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. [prefácio Carlos Alberto Bittar, Mario Emílio Bigotte Chorão]. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 131 e 134.

No Brasil, destacam-se três teorias principais que tratam do início da personalidade jurídica: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional, e a teoria concepcionista⁴⁹³.

Silmara Chinelato ensina que a primeira teoria é, em princípio, entendida como sendo aquela que antigamente era abarcada pelo artigo 4º do Código Civil de 1816⁴⁹⁴, ou seja, a teoria de que o direito à personalidade surge com o nascimento com vida⁴⁹⁵ do feto, existindo, antes disso, a mera expectativa⁴⁹⁶ de que o feto venha a ser detentor de direitos, não gozando de direitos e obrigações, e não tendo, portanto, existência civil própria até que se separe do útero da mãe, conforme entendimento de alguns civilistas⁴⁹⁷.

Renata da Rocha atribui a existência da teoria natalista à incompreensão sobre a “autonomia biológica do conceito humano”⁴⁹⁸, atualmente comprovada em virtude dos avanços técnicos e científicos inexistentes à época da elaboração da teoria natalista, de modo que hoje não haveria mais razão de ser tal teoria.

Outra teoria é a da personalidade condicional, na qual se reconhece a personalidade jurídica do nascituro desde a concepção, mas a condiciona ao seu nascimento com vida⁴⁹⁹. Chinelato critica tal teoria, afirmando que as premissas que a sustentam não são coerentes. Para Chinelato, “se a personalidade é condicional, desde a concepção, a condição do nascimento – sem vida – é resolutiva, e, não suspensiva”⁵⁰⁰. Ensina, ainda, que reconhecer a

⁴⁹³ ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. [prefácio Carlos Alberto Bittar, Mario Emílio Bigotte Chorão]. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 135-175.

⁴⁹⁴ O texto original corresponde ao texto atual do artigo 2º do Código Civil.

⁴⁹⁵ Luísa Neto analisa o artigo 66 do Código Civil português que – semelhante ao Código Civil brasileiro – reconhece a personalidade jurídica – ou capacidade para aquisição de direitos – no momento do nascimento. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 448. Artigo 66 do Código Civil Português: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.” NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 448.

⁴⁹⁶ Embora o feto tenha vida, ainda não é pessoa. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 31.

⁴⁹⁷ Em posição contrária. ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. [prefácio Carlos Alberto Bittar, Mario Emílio Bigotte Chorão]. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 175. O feto é pessoa em potencial, mas mesmo como “projeto de pessoa” recebe proteção jurídica. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 32.

⁴⁹⁸ ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 90.

⁴⁹⁹ ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. [prefácio Carlos Alberto Bittar, Mario Emílio Bigotte Chorão]. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 148.

⁵⁰⁰ ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. [prefácio Carlos Alberto Bittar, Mario Emílio Bigotte Chorão]. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 155-156.

personalidade jurídica desde a concepção exigirá uma interpretação extensiva aos direitos em geral, e não somente àqueles conferidos pelo texto normativo civil⁵⁰¹.

Por fim, a terceira teoria garante a personalidade jurídica desde a concepção, entendendo que o produto da concepção é um ser vivo, detentor de direitos⁵⁰².

Renata da Rocha⁵⁰³ explica que a referida teoria protege a etapa inicial do desenvolvimento do embrião humano, isto é a partir da “fertilização”⁵⁰⁴ do ovócito secundário pelo espermatozóide⁵⁰⁵, possuindo, desde a união das células germinativas, o reconhecimento de um novo ser, com identidade própria, a partir de quando forma o embrião unicelular denominado zigoto⁵⁰⁶.

Expõe, ainda, Renata da Rocha, as teorias genético-desenvolvimentistas referentes à vida, que se subdividem em quatro: i) teoria da nidação; ii) teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso, iii) teoria do pré-embrião, e iv) teoria da pessoa humana em potencial⁵⁰⁷.

Na primeira teoria, leva-se em conta a fixação do ovo no útero da mulher denominado de nidação. Para os defensores dessa teoria, a vida começa no momento da fixação do ovo, já que não haveria possibilidade de o embrião desenvolver-se fora do útero da mulher⁵⁰⁸.

Na segunda teoria, considera-se o início da formação do córtex central, entre o 15º e o 40º dia do desenvolvimento embrionário, com a atividade elétrica a partir da 8ª semana, o

⁵⁰¹ ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. [prefácio Carlos Alberto Bittar, Mario Emílio Bigotte Chorão]. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 155-156.

⁵⁰² A autora explica que apesar de a personalidade jurídica existir desde a concepção, a capacidade jurídica é reduzida. ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. [prefácio Carlos Alberto Bittar, Mario Emílio Bigotte Chorão]. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168.

⁵⁰³ ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 75.

⁵⁰⁴ Habermas apontando duas correntes afirma que “um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um ‘amontoado de células’ e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete a dignidade humana no sentido estritamente moral”. O outro lado considera a fertilização do óvulo humano como início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio. Segundo esta concepção, todo exemplar biologicamente determinável da espécie deve ser considerado como uma pessoa em potencial e como um portador de direitos fundamentais. HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 43.

⁵⁰⁵ Renata da Rocha apresenta uma diferença entre fertilização e concepção. A primeira situação ocorre com a travessia do espermatozóide pela película do ovo, de modo que, somente 12 horas depois ocorreria a concepção, com a efetiva união dos ‘pronúcleos’ dos genitores, passando a ser uma única célula. Essa distinção gera duas correntes, portanto, que defendem a partir de qual momento a vida inicia-se: singamia e cariogamia. Na primeira corrente, o início da vida ocorre exatamente na fertilização, e, na segunda, ocorre com a concepção. ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 76-77.

⁵⁰⁶ Somente um dos 300 a 500 espermatozóides ultrapassa a zona pulúcida. SADLER, T. W.; LANGMAN, Jan. **Langman’s Medical Embriology**. 9th edition. Holanda: Lippincott Williams & Wilkins Publisher, 2003, p. 42.

⁵⁰⁷ ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 79-89.

⁵⁰⁸ ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 79.

grau de desenvolvimento que determinaria, na visão de seus adeptos, o início da vida humana⁵⁰⁹.

A terceira corrente – teoria do pré-embrião – sustenta que não existe um ser humano até o 14º dia da gravidez, somente uma potencialidade, a capacidade, de se gerar um⁵¹⁰.

Por fim, na teoria da pessoa humana em potencial entende-se que o embrião já possui direitos e não pode ser reconhecido como mero amontoado de células, pois as características humanas que atribuem consciência e inteligência existiriam desde a concepção⁵¹¹. Chinelato, por exemplo, entende que a vida inicia-se desde a concepção, com a nidação do ovo no útero da mulher, independentemente se há ou não viabilidade do feto⁵¹².

Essas teorias podem auxiliar o intérprete na análise sobre a possibilidade ou não de se abortar um feto, ou, ainda, estabelecer graus de proteção⁵¹³ do direito à vida. No entanto, tais teorias podem ajudar o intérprete, mas não trazem soluções diretas. Ademais, vale lembrar que, neste trabalho, não falamos simplesmente de uma hipótese de aborto em geral, mas de um caso específico de aborto em vista de uma particular inviabilidade extrauterina do feto devido à uma específica má-formação – a anencefalia.

4.2.4 A criminalização do aborto

No âmbito penal, a proteção do direito à vida do feto em geral se dá com a criminalização da prática do aborto.

⁵⁰⁹ Cf. Renata da Rocha, os defensores dessa tese entendem que o homem é um ser consciente e, somente a partir do surgimento do sistema nervoso central que possibilita isso, haveria vida. ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 80-81.

⁵¹⁰ Explica Renata da Rocha que esta teoria foi utilizada para justificar a experimentação com embriões humanos. ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 81-82.

⁵¹¹ ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 89.

⁵¹² ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. [prefácio Carlos Alberto Bittar, Mario Emílio Bigotte Chorão]. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 161.

⁵¹³ Vide críticas. ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 89. No voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0 que visava à declaração da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105 de 24 mar. 2005 (Lei de Biossegurança) ao analisar o termo “em geral”, afirma que a vida começa desde a concepção, mas “podendo a lei do Estado signatário da Convenção deixar, eventualmente, de protegê-la, em situações excepcionais, caso outros valores estejam em jogo”. Como exemplo, menciona a hipótese de exclusão de antijuridicidade do aborto necessário expresso no artigo 128, I, Código Penal. Já Daniel Sarmento defende que tal interpretação deve ser feita no Brasil. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 35.

Ensina Luis Regis Prado que o aborto não era considerado um delito na antiguidade clássica, pois o feto era tido como “parte integrante do organismo materno”⁵¹⁴, ficando a gestante assim autorizada a decidir sobre a continuidade ou não da gravidez. O autor explica que o aborto passou a ser entendido como uma violação ao direito de paternidade durante o reinado de Septimius Severus e, com o Cristianismo, foi equiparado ao homicídio, pois o feto passara a ser visto como um ser humano, teoria abandonada mais tarde com o iluminismo, a partir de quando passou-se a estabelecer penas mais brandas para os casos de aborto⁵¹⁵.

Prado ensina que, no Brasil, a proibição do aborto cometido pela gestante não tinha previsão legal no Código Criminal Imperial de 1830⁵¹⁶. Mais tarde, em 1890, o Código Penal passou a fazer distinção entre interrupção da gravidez com ou sem expulsão do feto, mas punia com penas mais leves o caso de auto-aborto em razão de ocultamento de honra própria⁵¹⁷.

Atualmente, o Decreto-lei 2848 de 7 de dezembro de 1940, que instituiu o Código Penal Brasileiro, protege o direito à vida através do artigo 121. O crime de aborto está previsto no artigo 124 do Código Penal, que proíbe que a conduta seja praticada pela própria gestante ou por terceiro⁵¹⁸, neste caso, inclusive, com ou sem a anuência da gestante. O bem jurídico protegido pelo tipo penal é a “vida do ser humano em formação”⁵¹⁹.

⁵¹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 81.

⁵¹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 103-104. Vide BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158.

⁵¹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 104.

⁵¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 104. Nesse sentido, consulte também BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158.

⁵¹⁸ O terceiro para Guilherme de Souza Nucci é o médico, não podendo ser aplicada a analogia à enfermeira ou parteira. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 633.

⁵¹⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249, 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 105. Para o autor, só há o crime de aborto, se a gravidez for normal, pois em se tratando de gravidez extrauteriana (aquela desenvolvida fora do útero, como por exemplo, a tubária) ou a molar (“formação neoplasmática” incapaz de produzir uma nova vida) não haveria o crime previsto no artigo 124 do Código Penal.

Em sentido contrário, Cezar Roberto Bitencourt ensina que “o bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente falando, não se trate de crime contra a pessoa. O produto da concepção – feto ou embrião – não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, como alguns doutrinadores sustentam, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159.

O aborto caracteriza-se, portanto, em eliminar a vida do feto⁵²⁰ durante a gestação. Diferentemente do que ocorre, pois, no infanticídio⁵²¹ e no homicídio. No primeiro caso, como ensina Luiz Regis Prado, a mãe mata o filho durante ou logo após o parto sob influência do estado puerperal, e o crime leva em conta o fator da “imediatividade”, devendo ocorrer logo após o parto, nos termos da lei⁵²². Se for antes do parto, trata-se de aborto; se for logo após o parto, sob influência do estado puerperal, é infanticídio; se ocorrer posteriormente, é homicídio⁵²³.

Por essa razão, para Guilherme de Souza Nucci, é essencial estabelecer o momento exato em que a “criança deixa de ser considerada *feto* para ser tratada como *nascente*”⁵²⁴, o que ocorreria a partir da “ruptura da bolsa – parte das membranas do ovo em correspondência com o orifício uterino”⁵²⁵. Lembra ainda o autor que tal ruptura deixa o feto vulnerável “às ações violentas – por instrumentos ou pela própria mão do agente”⁵²⁶.

O Código Penal elenca duas hipóteses nas quais o aborto não é penalizado: a) quando a interrupção da gravidez for imprescindível para salvar a vida da gestante, denominado de aborto necessário⁵²⁷; e b) quando a gravidez for resultado de estupro e o aborto for consentido pela gestante ou representante legal⁵²⁸. Essas exceções legais por si só já deixam claro que a proteção conferida por nosso ordenamento à vida do feto não é absoluta.

⁵²⁰ Para Luiz Regis Prado, o “termo inicial para a prática do delito em exame é, portanto, o começo da gravidez. Do ponto de vista biológico, o início da gravidez é marcado pela fecundação. Todavia, sob o prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero materno (nidação). Destarte, o aborto tem como limite mínimo necessário para sua existência a nidação, que ocorre cerca de quatorze dias após a concepção. O termo final é o início do parto, que, conforme examinado, é marcado pelas contrações da dilatação (parto normal) ou com o início dos procedimentos cirúrgicos (v.g., cesariana)”. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249, 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 107-108.

⁵²¹ Vide evolução histórica do infanticídio. Luis Regis Prado. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 71-72. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci ensina ainda que o infanticídio só passou a ser punido a partir de Constantino e Justiniano. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 626.

⁵²² Ensina o autor que o Código Penal Chileno estabelece o período de 48 horas para determinar o crime de infanticídio. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 634.

⁵²³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 76-77.

⁵²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 627.

⁵²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 627.

⁵²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 627.

⁵²⁷ *In verbis*: Artigo 128 do Código Penal: Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante. BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁵²⁸ *In verbis*: Artigo 128, II do Código Penal: se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal. BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei

No entanto, não há no Código Penal nenhuma exceção no que diz respeito ao aborto de feto anencéfalo, existindo no máximo, interpretações da doutrina e da jurisprudência autorizando sua prática. Muitos doutrinadores, no entanto, fazem uma interpretação literal do texto normativo, afirmando que o aborto de feto anencéfalo é proibido, pois a lei autoriza apenas duas exceções ao crime de aborto, o terapêutico e sentimental, comentados acima, e que qualquer situação que não se enquadre nessas duas modalidades seria considerada crime⁵²⁹.

Em linha contrária, isto é, em defesa da possibilidade do aborto legal de feto anencéfalo, é possível encontrar vários argumentos na literatura jurídica. Nucci, por exemplo, invoca alguns argumentos comumente utilizados para justificar a prática do aborto nesses casos: a) a avaliação sobre a inviabilidade do feto por meio de avanços tecnológicos “antes impossível” na medicina⁵³⁰; b) a existência de fetos ou embriões portadores de graves anomalias que inviabilizam sua vida futura⁵³¹; c) a tese da inexigibilidade de conduta diversa, tendo em vista que o Código Penal protegeria a “‘vida humana’ e não a falsa existência, pois o feto ou embrião só está ‘vivo’ por conta do organismo materno que o sustenta”⁵³²; d) a não aceitação da anencefalia por parte das gestantes, o que, para abreviar seu sofrimento, autorizaria o aborto⁵³³.

nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁵²⁹ Afirma Luiz Flávio Gomes que “Nos termos dos artigos 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, todo atentado abortivo contra o feto é crime. Apenas em duas situações é permitido o abortamento no nosso país: quando há risco para a gestante (CP, art. 128, I: aborto necessário) ou quando a gravidez resulta de estupro (CP, art. 128, II: aborto humanitário ou sentimental). Como se vê, o aborto anencefálico (aborto de feto com crânio mal formado ou no caso de hidroanencefalia) não está expressamente autorizado. Pela letra fria da lei, constitui (constituiria) delito. De cada 10.000 nascimentos no Brasil, oito são anencefálicos. Muitas gestantes e sua família, assim como alguns médicos, mesmo correndo risco de serem processados, praticam o aborto anencefálico. Literalmente há crime. Vive-se uma situação de insegurança jurídica muito aflitiva. A exceção somente acontece quando o Judiciário, em cada caso concreto, concede autorização para o ato do abortamento”. GOMES, Luiz Flávio. **Aborto Anencefálico: exclusão da tipicidade material**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8561/aborto-anencefalo>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

⁵³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 634.

⁵³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 634.

⁵³² Referida tese, para o autor, tem dois planos: “o da gestante, não suportando carregar no ventre uma criança de vida inviável; o do médico, julgando salvar a genitora do forte abalo psicológico que vem sofrendo”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 634.

⁵³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 634.

Acrescentaríamos, ainda, outro argumento usado: a tese de inexistência de vida do feto, considerando os parâmetros determinados pela Lei 9134 de 04 de fevereiro de 1997, art. 3º, *caput*, que considera morte a paralisação da atividade cerebral⁵³⁴.

Muitos doutrinadores entendem que a avaliação técnica para diagnosticar a anencefalia atualmente seria capaz de exigir do legislador – que à época da feitura de nosso Código Penal não se deparou com essa realidade – uma reformulação de postura⁵³⁵, admitindo nova hipótese de aborto, tendo em vista a inviabilidade absoluta da vida extrauterina do feto anencéfalo. Para Cezar Roberto Bitencourt, o legislador de 1940 não foi “radical”, pois permitiu duas hipóteses de aborto e “provavelmente também teria admitido o denominado aborto anencefálico”⁵³⁶ se tivesse conhecimento sobre a inviabilidade extrauterina nos casos de anencefalia na época.

Quanto à tese de inexigibilidade de conduta diversa, na verdade, existem controvérsias na doutrina acerca de sua aplicabilidade como tese autônoma no sistema penal brasileiro.

Explica Guilherme de Souza Nucci que referida tese se enquadraria normalmente como um dos elementos da culpabilidade⁵³⁷, embora admita que é possível usá-la em “caráter excepcional” em caso de conduta injusta cometida pelo agente e também no caso de não ser “possível aplicar outras excludentes de culpabilidade”⁵³⁸.

No caso da antecipação de parto de feto anencéfalo, tal tese é aceita por Cezar Roberto Bitencourt como causa excludente de culpabilidade⁵³⁹, pois “outra conduta não se pode exigir de uma aflita e desesperada gestante”⁵⁴⁰. Segue o autor asseverando que obrigar a gestante a

⁵³⁴ Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 177.

⁵³⁵ Para Bitencourt, o texto penal “deve ser adaptado à realidade atual mediante os métodos de interpretação, dando-lhe vida e atualidade para disciplinar as relações sociais deste início de novo milênio. Com efeito, o Direito Penal não pode ficar alheio ao desenvolvimento tanto da ciência quanto dos usos e costumes, bem como da evolução histórica do pensamento, da cultura e da ética em uma sociedade em constante mutação”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 173.

⁵³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 174.

⁵³⁷ Nucci ensina que a culpabilidade é “um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo direito”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 231.

⁵³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 240-241.

⁵³⁹ A culpabilidade para o autor seria o “juízo de reprovação social” e é composto pela imputabilidade e consciência da ilicitude, isto é, considera-se culpado alguém que praticou um fato quando outra conduta lhe era exigida e, por essa razão, na tese da inexigibilidade de conduta exclui-se a culpabilidade. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 180.

⁵⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 180.

aguardar o nascimento de um bebê sem expectativa de vida é violar o princípio da dignidade humana, pois é patentemente desumano, “social e juridicamente impossível”⁵⁴¹.

No que tange à aplicabilidade da tese, Guilherme de Souza Nucci a entende “razoável”⁵⁴², apesar de que podem existir abusos e isso deve ser evitado. Como já observamos, para Nucci, referida tese afirma que o direito penal protegeria “a vida humana e não a falsa existência, pois o feto ou embrião só está ‘vivo’ por conta do organismo materno que o sustenta”⁵⁴³, impedindo que a mulher mantenha até o final uma gravidez de “um ser que, logo ao nascer, perecerá”. Para ele, a inexigibilidade de conduta diversa seria uma causa “supralegal de exclusão da culpabilidade”, admissível no nosso ordenamento – e, razoável, como vimos acima – embora fossem necessários alguns requisitos nem sempre observados.

Nucci alerta para o fato de que tal tese poderia permitir a aplicação da eugenia⁵⁴⁴, na qual se autorizaria o aborto de fetos ou embriões que não estivessem “encaixados” nos padrões determinantes da viabilidade⁵⁴⁵, e questiona qual o bem protegido nesses dois casos distintos, de um aborto em que não há viabilidade de vida extrauterina e de um aborto de um feto não adequado aos certos padrões de viabilidade: a diferença seria a existência de expectativa de vida em um caso e o nascimento com vida no outro?

Em busca de respostas, Nucci remonta os pensamentos de Nelson Hungria e Paulo José da Costa Júnior, entre outros, a fim de afirmar que o ordenamento protege a vida do feto e que anomalias que o caracterizariam como “monstruoso” não podem permitir o aborto, garantindo-lhe proteção legal. Em outras palavras, entende que a proteção da vida humana

⁵⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 180.

⁵⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 634.

⁵⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 634.

⁵⁴⁴ Cezar Roberto Bitencourt não equipara o aborto em decorrência da anencefalia ao aborto eugenético ou eugenésico. Esse aborto ocorreria em decorrência de “valores racistas, sexistas, étnicos”. O autor defende o aborto eugenésico se valendo da teoria de excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa e propõe que o termo seja analisado “racionalmente, sem a indesejável e prejudicial carta de rejeição emocional” por conta do uso feito do termo na Alemanha. Além disso, considera a interrupção em caso de anencefalia como “interrupção seletiva da gestação (ISG)” em casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida extrauterina. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169, 174-175. Em sentido contrário, Luiz Regis Prado entende que a anencefalia seria uma das hipóteses de doenças incuráveis, embora o autor considere um fato atípico em razão da constatação da inexistência de vida e, portanto, não tipifica o crime de aborto. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 117-120. Vide também conceito de eugenia na [N.R.] 442.

⁵⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 635.

alcança tanto a “criança nascida quanto àquela que se encontra em gestação”⁵⁴⁶, “monstruosa” ou não⁵⁴⁷.

Salienta ainda Nucci que “a eventual curta expectativa de vida do futuro recém-nascido”⁵⁴⁸ não poderia permitir a interrupção da gravidez, pois, do mesmo modo que nosso ordenamento jurídico não aceita a eutanásia em vista da curta expectativa de um doente terminal, mesmo aos “desenganados”⁵⁴⁹, não haveria igualmente de aceitar uma morte provocada por terceiros no caso do feto.

Assim, Nucci afirma que a vida deve ser protegida, independentemente de anomalias, e que a proteção à vida é extensiva ao ser em gestação e depois de seu nascimento⁵⁵⁰.

Por outro lado, há quem afirme ainda que a situação deve ser solucionada no plano da atipicidade de conduta, e não em vista de uma possível inexigibilidade de conduta diversa.

Luiz Regis Prado, por exemplo, ensina que a antecipação do parto nos casos de anencefalia “não tipifica” o delito de aborto, pois existe “um desvalor de situação ou de estado que ingressa no âmbito do risco permitido, atuando como excludente do desvalor da ação”⁵⁵¹. Isto porque, para o autor, não há lesão ou perigo de lesão ao “bem jurídico tutelado, uma vez que o anencéfalo não é biologicamente capaz de concretizar-se em uma vida humana viável”⁵⁵², isto é, a falta de viabilidade seria justificativa suficiente para afirmar a inexistência de dolo ou culpa, constituindo, portanto, o caso, verdadeiro fato atípico⁵⁵³.

⁵⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 635.

⁵⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 635.

⁵⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 635-636.

⁵⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 635-636.

⁵⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 635.

⁵⁵¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

⁵⁵² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

⁵⁵³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 119-120. Para Luiz Flávio Gomes, o aborto anencefálico não é materialmente típico porque “no âmbito da tipicidade material, que exige três juízos valorativos distintos: 1º) juízo de desaprovação da conduta (cabe ao juiz verificar o desvalor da conduta, ou seja, se o agente, com sua conduta, criou ou incrementou um risco proibido relevante); 2º) juízo de desaprovação do resultado jurídico (isto é, desvalor do resultado que consiste na ofensa desvaliosa ao bem jurídico) e 3º) juízo de imputação objetiva do resultado (o resultado deve ser a realização do risco criado ou incrementado)” não se “tem presente a verdadeira e atual extensão do tipo penal, que abrange (a) a dimensão formal-objetiva (conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica formal à letra da lei); (b) a dimensão material-normativa (desvalor da conduta + desvalor do resultado jurídico + imputação objetiva desse resultado) e (c) a dimensão subjetiva (nos crimes dolosos)” o aborto “elimina a dimensão material-normativa do tipo (ou seja: a tipicidade material) porque a morte, nesse caso, não é arbitrária, não é desarrazoada. Não há que se falar em resultado jurídico desvalioso nessa situação” e, portanto, para o autor o fato é atípico. GOMES, Luiz Flávio.

Assim, como vimos, no caso de inexigibilidade de conduta diversa, não se poderia exigir da gestante ou médico outro comportamento senão aquele praticado no caso concreto – o aborto⁵⁵⁴. Diferentemente, no plano da atipicidade, no entanto, conforme Luiz Regis Prado, o aborto do anencéfalo simplesmente não violaria o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal em vista da falta de viabilidade do feto⁵⁵⁵.

Com relação ao outro argumento comumente utilizado sobre a proteção psíquica da gestante, Nucci também o refuta, no sentido de que não seria possível apoiar-se somente nos “abalos psicológicos” dos pais para autorizar o aborto, pois a medicina avança a cada dia, o que poderia alterar a “expectativa de vida e de cura”⁵⁵⁶ do feto, embora não sejam raras as justificativas para permitir a prática do aborto que levam em conta o fator do sofrimento e angústia, em especial da gestante⁵⁵⁷, considerando outros valores que estão em jogo como o direito à vida do feto *versus* o direito à uma vida *digna* do feto, a saúde psíquica e física da mãe, além de sua autonomia de vontade e de sua liberdade privada de dispor do próprio corpo⁵⁵⁸.

No entanto, a despeito de todos os argumentos apresentados, principalmente aqueles que rechaçam a prática do aborto, admite Guilherme Nucci que um feto incapaz de sobreviver fora do útero por causa de uma má-formação não tem “vida própria”, já que “sobrevive à custa do organismo da gestante”⁵⁵⁹, e destaca que deformidades graves como, por exemplo, aquelas capazes de obstar a vida – dentre as quais se destaca a anencefalia –, seria razão “mais que suficiente para a realização do aborto, que não é baseado, porém, em características

Aborto Anencefálico: exclusão da tipicidade material. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8561/aborto-anencefalico>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

⁵⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial:** dos crimes contra a pessoa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 180.

⁵⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 119-120.

⁵⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 635.

⁵⁵⁷ Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial:** dos crimes contra a pessoa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 171.

⁵⁵⁸ Vide BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial:** dos crimes contra a pessoa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 176, p. 181-182 e voto do Ministro Joaquim Barbosa do Supremo Tribunal Federal em Habeas Corpus 84.025-6/RJ. GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 73-92. Disponível também em: www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2012. Vide ainda comentários de Fernando Rey Martínez que ensina que a proibição do tratamento desumano e degradante abrange o princípio da dignidade humana, autodeterminação, liberdade ideológica e religiosa e a proteção do direito à família. REY, Fernando Martínez. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 82.

⁵⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 636.

monstruosas do ser em gestação, e sim na sua completa inviabilidade como pessoa, com vida autônoma, fora do útero materno”⁵⁶⁰.

Assim, alguns asseveram que os dispositivos do Código Penal pretendem preservar a vida em potencial e a incolumidade da gestação, o que não ocorre com o feto anencéfalo, diante do fato de que, embora “biologicamente vivo”⁵⁶¹ – e, portanto, com alguma probabilidade de nascer com vida – não teria proteção jurídica”⁵⁶². Desse modo, no momento em que se constatou a inviabilidade de vida extrauterina e a irreversibilidade da anencefalia, também não há que se falar em arbitrariedade⁵⁶³, além de deixar o feto de ser amparado pelo Código Penal.

Luiz Regis Prado entende que não se aplicaria o critério de “morte cerebral” ao feto anencéfalo, dada a inexistência de cérebro, embora ainda existam algumas funções vegetativas⁵⁶⁴. Para o autor, o critério mais adequado seria o de “morte neocortical (*high brain criterion*)”, que é capaz de estabelecer a primazia da “consciência, afetividade e comunicação, em detrimento do aspecto biológico da vida”.⁵⁶⁵ Afirma que nesses casos, “o feto não poderia

⁵⁶⁰ O autor cita o trabalho de José Aristodemo Pinotti que afirma ainda que a chance de um equívoco na apuração da anencefalia é praticamente inexistente quando realizado e repetido o exame com profissionais experientes e que a gestação de fetos portadores de anencefalia regularmente trazem mais risco à gestante. Vide NUCCL, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 636. Vale mencionar ainda que a possibilidade de incidência de erro não deve ser suficiente para decidir ou não pela legalização do aborto. Conforme Fernando Rey Martínez, o risco de abusos pode ser combatido com garantias procedimentais e, inclusive *a posteriori*, eventuais erros não podem embasar uma proibição absoluta. REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 160.

⁵⁶¹ Para Luiz Regis Prado, não poderia o feto anencéfalo ser visto como “tecnicamente vivo”, vez que para o autor, não há vida humana a ser protegida. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

⁵⁶² Vide voto do Ministro Joaquim Barbosa do Supremo Tribunal Federal em Habeas Corpus 84.025-6/RJ. GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 73-92. Disponível também em: www.stf.jus.br. Acesso em: 20 jan. 2012.

⁵⁶³ [N.R.] Não violando, portanto, o artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁵⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 119. Nesse diapasão, “o feto anencefálico conta com má formação do cérebro, mas não se pode afirmar a sua morte cerebral. Feto anencefálico tem vida cerebral. O cérebro é mal formado, mas funciona”. GOMES, Luiz Flávio. **Aborto Anencefálico: exclusão da tipicidade material**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8561/aborto-anencefalico>. Acesso em: 20 jan. 2011. Não existe consenso para a aplicação de diagnóstico de morte encefálica a menores de 7 anos e prematuros. Vide Resolução 1480/97 do Conselho Federal de Medicina. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1480 de 21 de agosto de 1997, que define os critérios para diagnóstico de morte encefálica. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁵⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

ser considerado como ‘tecnicamente vivo’⁵⁶⁶, faltando a “vida humana intra-uterina a ser tutelada”⁵⁶⁷.

De outro lado, considera Cezar Roberto Bitencourt que o critério utilizado pela lei de doação de órgãos⁵⁶⁸ pode ser admitida para justificar o aborto no caso da anencefalia através de mero raciocínio lógico-jurídico⁵⁶⁹. Para o autor, o legislador brasileiro seguiu o conceito de “morte cerebral” substituindo o critério anterior da parada cardio-respiratória⁵⁷⁰ para a retirada de órgãos para transplante e, na visão dele, referida lei “não está autorizando um homicídio”⁵⁷¹.

Tendo em vista o que foi discutido acima, seja na esfera do direito constitucional, civil ou penal, a respeito do aborto, passemos a tratar a seguir especificamente do aborto em decorrência da inviabilidade da vida extrauterina, abordando o conceito de anencefalia, os principais aspectos ético-jurídicos que o tema invoca, e como o assunto tem sido tratado pelo Poder Judiciário brasileiro.

⁵⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

⁵⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 119. Vide interessante questionamento: “Será que “é a expectativa de trazer ao mundo um novo ser que faz projetá-lo como indivíduo independente ou é o prognóstico de existência que justifica o direito inalienável à vida”? BRASIL. Tribunal do Júri de Campo Grande/MS. Juiz Carlos Alberto Garcete da 1ª Vara.

⁵⁶⁸ Artigo 3º, Lei 9434/97 *in verbis*: “A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”. BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e parte do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁵⁶⁹ Ensina o autor que “a simples ‘morte cerebral’ – que mantém os demais órgãos do corpo humano ‘vivos’ – autoriza a extração de todos esses órgãos, imediatamente, isto é, enquanto vivos, pois mortos, de nada serviriam”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 177.

⁵⁷⁰ Para o autor, o conceito outrora médico e agora legal, considera que a “vida não se encerra somente quando o coração deixa de bater”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 177-178. A Resolução 1480 de 08 ago. 1997 do Conselho Federal de Medicina esclareceu que se dá a morte do indivíduo com “a parada total e irreversível das funções encefálicas” constatada pela realização de exames clínicos e complementares. Os parâmetros clínicos são “coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia”, sendo certo que não poderão existir dúvidas sobre a “ausência de atividade elétrica cerebral ou, ausência de atividade metabólica cerebral ou, ausência de perfusão sanguínea cerebral”. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1480 de 21 de agosto de 1997, que define os critérios para diagnóstico de morte encefálica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁵⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 177. Como veremos, é difícil determinar a morte encefálica do feto com anencefalia. Comitato nazionale per la bioetica. **“Il neonato anencefalico e la donazione di organi”**. 21 giugno 1996. p. 16. Relatório do Comitê Nacional de Bioética Italiano - 21 de junho de 1996. Versão em português disponível em: <http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

PARTE II – ABORTO DO FETO ANENCÉFALO

1 CONTROVÉRSIAS SOBRE A PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA NO CASO DE ABORTO EM DECORRÊNCIA DE INVIABILIDADE DA VIDA EXTRAUTERINA

O conflito entre o direito ao aborto por parte da mãe, e o direito à vida do feto anencéfalo, sem dúvida é polêmica. É legal suprimir a vida de um feto anencéfalo? Em que momento o feto passa a ser detentor de direitos? Somente a vida saudável, viável e consciente⁵⁷² estaria protegida? Será que admitir o aborto do feto anencéfalo seria “o começo do caminho que leva à despersonalização do homem”⁵⁷³? O estágio de desenvolvimento do ser humano⁵⁷⁴ deveria determinar sua proteção ou não?

1.1 ANENCEFALIA

O aborto do feto anencéfalo ainda suscita inúmeros debates e, para muitos autores, é uma espécie do gênero aborto eugênico⁵⁷⁵.

Maria Helena Diniz encara o aborto de feto anencéfalo como uma prática da interrupção seletiva de gravidez, verdadeira prática eugênica⁵⁷⁶, questionando, inclusive, a

⁵⁷² MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O direito à vida e o aborto do anencéfalo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A Questão do Aborto: Aspectos Jurídicos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 118.

⁵⁷³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O direito à vida e o aborto do anencéfalo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A Questão do Aborto: Aspectos Jurídicos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 120.

⁵⁷⁴ Ives Gandra esclarece que não há diferença da natureza do nascido e nascituro, já que ambos são seres humanos, mas de grau. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O direito à vida e o aborto do anencéfalo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A Questão do Aborto: Aspectos Jurídicos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 120.

⁵⁷⁵ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Aborto: o cerceamento da vida de um ser humano indefeso. In: **Dignidade da vida Humana**. Migliore, Alfredo Domingues Barbosa [et al.] (coordenadores). São Paulo: Editora LTR, 2010, p. 82. Em sentido contrário, Cezar Roberto Bittencourt não equipara o aborto de feto anencéfalo como uma espécie de aborto eugênico. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169, 174-175.

⁵⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32. Vide [N.R.] 443.

possibilidade de interromper-se a gravidez no caso de uma “malformação fetal ou de patologias incompatíveis com a vida extra-uterina”⁵⁷⁷, como ocorre na anencefalia, por exemplo⁵⁷⁸.

Para outros autores, no entanto, a anencefalia é uma doença que causa a inviabilidade absoluta da vida extrauterina do feto, constituindo, portanto, uma das doenças mais letais dentre aquelas decorrentes de defeitos congênitos⁵⁷⁹ e, por essa razão, difere do aborto eugênico⁵⁸⁰. Pelos danos e riscos à saúde envolvidos em uma gestação tal, o aborto seria terapêutico⁵⁸¹.

Anencefalia significa literalmente “ausência de cérebro”, embora nem sempre esteja caracterizada pela ausência total⁵⁸² do encéfalo⁵⁸³. Poderia ser conceituada como sendo uma rara⁵⁸⁴ má-formação do tubo neural, ocorrida entre o 16º e 26º dias de gravidez, originada pelo não fechamento adequado do tubo neural durante a formação embrionária, o que acarreta a ausência total ou parcial “dos tecidos recobertos”⁵⁸⁵ pela caixa ou calota craniana, bem como a ausência total ou parcial desta⁵⁸⁶.

⁵⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44.

⁵⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44-46.

⁵⁷⁹ JAQUIER, M; KLEIN, A; BOLTSHAUSER, E. Spontaneous pregnancy outcome after prenatal diagnosis of anencephaly. Short Communication. In.: **International Journal of Gynecology and Obstetrics** (2006) 102, 99, p. 951.

⁵⁸⁰ Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial p. 4. Disponível em: <www.stf.jus.> Acesso em: 26. abr. 2011. Vide também a assertiva de Guilherme Nucci, no sentido de que na anencefalia não há viabilidade extrauterina do feto de forma autônoma. Não se trata, para o autor, de defeitos “compatíveis com a vida”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 636.

⁵⁸¹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

⁵⁸² *“letteralmente anencefalia significa assenza dell’encefalo. (...) Si verifica quindi, assenza degli emisferi cerebrali e dei tessuti cranici che li racchiudono, con presenza del tronco encefalico e di porzioni variabili del diencefalo. La assenza degli emisferi e del cervelletto può essere variabile, come variabile può essere il difetto della volta cranica. La superficie nervosa è coperta da un tessuto spugnoso, costituito da tessuto esposto degenerato”*. Comitato nazionale per la bioetica. **“Il neonato anencefalico e la donazione di organi”**. 21 giugno 1996. p. 9. Relatório do Comitê Nacional de Bioética Italiano - 21 de junho de 1996. Versão em português disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

⁵⁸³ Encéfalo “é formado pelo cérebro, cerebelo e tronco encefálico” e cerebelo “é a grande massa encefálica situada posteriormente à ponte e ao bulbo e inferiormente à parte posterior do cérebro. Situa-se sob o tentório do cerebelo na fossa posterior do crânio. Consiste em dois hemisférios laterais unidos por uma parte intermediária estreita, o verme”. MOORE, Keith L; Dalley, Arthur, F. **Anatomia Orientada para Clínica**. Colaboração de Anne M.R. Agur; assistência no desenvolvimento de Marion E. Moore; revisão técnica Marco Autélio Fonseca Passos; tradução Cláudia Lúcia Caetano de Araújo. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2007, p. 853.

⁵⁸⁴ Por exemplo, estima-se que ocorre 1 caso a cada 1000 no mundo. OBEIDE, Nidaa et al. The Natural History of Anencephaly. **Prenatal Diagnosis**, 2010. 30: 357.

⁵⁸⁵ *“In realtà si definisce con tale termine una rara malformazione del tubo neurale intervenuta tra il sedicesimo ed il ventiseiesimo giorno di gestazione, in cui si ha «assenza completa o parziale della volta cranica e dei tessuti sovrastanti e vario grado di malformazione e distruzione degli abbozzi di cervello esposto”*. Comitato nazionale per la bioetica. **“Il neonato anencefalico e la donazione di organi”**. 21 giugno 1996. p. 9. Relatório do Comitê Nacional de Bioética Italiano - 21 de junho de 1996. Versão em português disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2011. Para Paulo Silveira Martins Leão Júnior, há uma “falha no processo de formação do embrião, entre o 16º e 26º dia de gestação, em razão da qual se verifica a ausência variável da calota craniana, dos tecidos que a ela se sobrepõem, dos hemisférios cerebrais e

Assim, a anencefalia é um problema bem definido de um ponto de vista médico, e nem toda má-formação cerebral deve ser tratada como anencefalia⁵⁸⁷. A anencefalia é uma dentre tantas outras más-formações do encéfalo, e, além disso, a probabilidade de nascimento com vida e de vida extrauterina varia conforme a espécie de má-formação verificada e o grau desta, sendo certo que no caso específico da anencefalia estritamente definida, o feto tem uma sobrevida muito limitada⁵⁸⁸. Ao longo deste trabalho, sempre nos referiremos à anencefalia de modo preciso, conforme definida tecnicamente e exposto acima.

Além disso, outros aspectos devem ser levados em conta na análise do feto anencéfalo. A inexistência do córtex cerebral e estruturas essenciais às funções cerebrais superiores trazem um *status* diferenciado ao anencéfalo – não de morte cerebral, mas de ausência cerebral⁵⁸⁹.

1.2 PRINCIPAIS ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS NO CASO DA ANENCEFALIA

cerebelo”. LEÃO JÚNIOR, Paulo Silveira Martins. O Direito Fundamental à Vida dos Embriões e Anencéfalos. In: **Direito Fundamental à Vida**. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord). São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 244.

⁵⁸⁶ [N.R.]Como vimos, a sua presença é variável.

⁵⁸⁷ “È questo il quadro di riferimento generale della malformazione anencefalica; non si deve tuttavia pensare che questa malformazione sia una entità strettamente definibile. L’Autore di un testo qualificato sull’anencefalia si stupisce, a ragione, della varietà di denominazioni e di classificazioni esistenti in letteratura sull’argomento. La difficoltà di classificazione si basa sul fatto che l’anencefalia non è una malformazione di tipo tutto-nulla, non è quindi o presente o assente, ma si tratta di una malformazione che passa, senza soluzione di continuità, dai quadri meno gravi ai quadri di indubitabile anencefalia. Una classificazione rigida è quindi pressoché impossibile. Alcune malformazioni del sistema nervoso centrale sono per alcuni aspetti accostabili all’anencefalia, ma da non confondere con essa. Tra queste ricordiamo: – la sindrome della banda amniotica (in cui può essere presente anencefalia associata ad amputazioni, ma raramente malformazioni di organi interni); – la iniencefalia, in cui abbiamo malformazioni gravi della colonna cervicale e malformazioni multiple; – l’encefalocele, un difetto del tubo neurale in cui una parte dell’encefalo, più o meno gravemente malformato, ernia da un difetto di chiusura del cranio. Accanto a tali malformazioni si deve ricordare anche l’idrocefalia, le cui forme più gravi possono avere significato funzionale analogo a quello dell’anencefalia; per questo motivo anche tale malformazione è spesso citata nel dibattito sul feto anencefalico”. Comitato nazionale per la bioetica. **“Il neonato anencefalico e la donazione di organi”**. 21 giugno 1996. p. 9. Relatório do Comitê Nacional de Bioética Italiano - 21 de junho de 1996. Versão em português disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

⁵⁸⁸ Maria Helena Diniz aponta que 8% de fetos anencéfalos sobrevivem mais de uma semana e que 1% sobrevive de 1 a 3 meses. Entre 40% a 60% dos fetos nascem com vida. DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55. Vale mencionar aqui o caso da Menina Marcela que sobreviveu mais de um ano e oito meses, foi inicialmente diagnosticada como feto anencéfalo, mas com exames mais sofisticados verificou-se a existência de partes do cérebro, descaracterizando, para alguns, a anencefalia. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080803/not_imp216662,0.php>. Acesso em: 26 abr. 2011.

⁵⁸⁹ “Tali funzioni vengono considerate da alcuni caratteristiche dell’umanità e questa grave malformazione configurerebbe per l’anencefalico uno status particolare; non avrebbe quindi senso parlare di «morte cerebrale», ma si dovrebbe parlare di « assenza cerebrale»”. Comitato nazionale per la bioetica. **“Il neonato anencefalico e la donazione di organi”**. 21 giugno 1996. p. 16. Relatório do Comitê Nacional de Bioética Italiano - 21 de junho de 1996. Versão em português disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

A partir da análise do conceito técnico de anencefalia, vale a pena explicitar alguns argumentos que são considerados importantes, em especial, na esfera ético-jurídica, e que podem auxiliar o intérprete na decisão, tanto para a permissão, quanto para a proibição, do aborto em casos de anencefalia.

A exemplo do que acontece com a eutanásia e outros dilemas bioéticos, o aborto “evoca um tenso conflito entre matar e a autonomia pessoal”⁵⁹⁰ exigindo um debate multidisciplinar no âmbito jurídico, médico, ético, religioso etc, prejudicando uma “satisfação jurídica por completo”⁵⁹¹, e, em razão disso, o debate é complexo, e, frequentemente, ideologizado⁵⁹². Por exemplo, em sociedades fortemente religiosas de um modo geral, muitas vezes, o debate é excessivamente permeado por valores religiosos que nem sempre correspondem aos anseios e entendimentos de uma sociedade plural e multiética⁵⁹³.

Especialmente na área da bioética⁵⁹⁴, existe uma grande “expectativa de que a lei reproduza o entendimento ético”⁵⁹⁵ da sociedade, mas isso não significa dizer que as medidas legislativas devam apoiar totalmente concepções morais ou religiosas⁵⁹⁶.

⁵⁹⁰ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 1.

⁵⁹¹ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 1.

⁵⁹² REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 2.

⁵⁹³ Fernando Rey Martínez, ao tratar da influência católica na Espanha, afirma que a radical postura da Igreja Católica, impacta com força o debate [sobre a eutanásia] o que acaba gerando conflitos na sociedade. REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 2-3, (tradução nossa).

⁵⁹⁴ Nos lembram Paulo Hamilton Siqueira Júnior e Miguel Augusto Machado de Oliveira que “a vida é objeto de estudo e questionamento de várias ciências, entre elas a recente bioética, que tem por objeto de estudo a vida. Bioética é formada pelo radical *bio*, que significa vida, e *ética*, que é a parte da filosofia que estuda o agir humano. Ética provém do grego *éthos*, que significa costume [...]. A bioética surgiu com o avanço científico”. SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 218-219.

⁵⁹⁵ VAN DER BURG, Wibren. Law and Bioethics. In: **A Companion to Bioethics**. KUHSE, Helga. SINGER, Peter. Massachusetts, EUA. Blackwell Publishing, 1998, p. 49-57. Guilherme Assis de Almeida e Eduardo C. B. Bittar ensinam que “a ciência intitulada Ética possui por objeto normas morais, enquanto a ciência intitulada Direito possui por objeto normas jurídicas. Não obstante as dificuldades que decorrem da compreensão desta decisão, é ela aceita como um ponto divisor de águas e limítrofe entre águas contíguas. Com isso, é possível divisar as preocupações jurídicas das preocupações éticas. Ética e Direito conjugam-se apesar de constituírem campos diversos de estudo, intercambiando valores e normas entre si. Dessa dialética é que ambos os fenômenos sobrevivem. Mais que tudo, há que se dizer que o tema de ética perpassa o exercício do Direito quotidianamente, pois grandes decisões que se projetam sobre a vida social passam por decisões de operadores do direito”. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 463.

⁵⁹⁶ “Não é necessário lembrar, no particular, a posição radical assumida pela Igreja Católica, que condena o aborto em qualquer circunstância – até mesmo naquelas hoje admitidas pela retrógrada legislação brasileira. Nem é preciso recordar que o catolicismo continua sendo a religião majoritária no país”. SARMENTO, Daniel.

Em primeiro lugar, devemos debater sobre qual o bem jurídico que deve ser protegido nos casos de anencefalia: o direito à vida do feto, o direito a uma vida digna (do feto, da gestante, ou de ambos), o direito à liberdade da gestante, o respeito à sua autonomia individual de dispor de seu próprio corpo, à sua integridade física e psíquica, ou ao seu direito à saúde e à vida?

Fernando Rey Martínez, ao tratar da eutanásia, faz uma observação sobre a autonomia individual que nos parece poder ser perfeitamente aplicável ao caso do aborto de feto anencéfalo: a descriminalização do aborto poderia ser entendida como uma maneira de reconhecer-se juridicamente a dignidade da pessoa humana pautada na autonomia individual (da gestante), o que se oporia à visão religiosa que entende a vida como dependente de Deus e, em razão disso, indisponível⁵⁹⁷.

Além disso, para Rey Martínez, a cláusula de dignidade deveria proteger o homem inclusive de definições de dignidade humana formuladas por terceiros, que podem ser válidas para quem as formulou, mas não podem ser impostas a outros que, por exemplo, não partilham os mesmos valores⁵⁹⁸.

Neste sentido, proibir a mulher de abortar sob fundamentos exclusivamente religiosos, poderia, ao menos em princípio, até estar de acordo com convicções sociais popularmente aceitas, mas não estaria de acordo com a ideia de laicidade do estado, e nem mesmo de democracia. Ao contrário, configuraria violação ao princípio da democracia que garante o pluralismo, uma vez que “o princípio básico subjacente à democracia é o de que as pessoas devem ser tratadas com igualdade”⁵⁹⁹. Embora a Constituição tenha abraçado o direito à liberdade de religião, adotou também o princípio da laicidade do estado. Nesse sentido, ensina Daniel Sarmento que este conceito de laicidade não apenas proíbe o estado de adotar ou apoiar uma religião oficial, mas também diz respeito à delimitação de “espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé”⁶⁰⁰. Para o autor, a fé deve ser tratada como uma questão privada no estado laico⁶⁰¹.

Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 25.

⁵⁹⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 4.

⁵⁹⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 28.

⁵⁹⁹ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 27.

⁶⁰⁰ “A laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada”. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição.

Por essa razão, uma eventual autorização do aborto não deveria ser vista como um desrespeito às religiões⁶⁰², mas como o pleno exercício da democracia.

Dworkin coloca em debate uma situação fática interessante: se os pais descobrem, no início da gestação, que seu feto possui uma má-formação “tão grave que sua vida após o nascimento será inevitavelmente breve e terrivelmente limitada”⁶⁰³, “a morte prematura passível de ser evitada é sempre, ou invariavelmente, a mais grave frustração de vida possível?”⁶⁰⁴

Em outras palavras, Dworkin indaga se não poderia haver situações tão graves para o feto que a gestante deveria ser *obrigada* a abortar, na medida em que a gravidez continuada poderia trazer mais sofrimento, não só à gestante ela mesma, mas também, ao próprio feto⁶⁰⁵.

Neste sentido, é importante ressaltar que, além de existirem dificuldades de tratamento intransponíveis aos fetos acometidos de anencefalia, já que não há como impedir a evolução da doença⁶⁰⁶, há também entendimentos de que o feto possa ter um certo grau de capacidade

In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 26.

⁶⁰¹ Continua o autor que “A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé – ainda que professados pela religião majoritária –, pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistância em relação às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes”. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 26.

⁶⁰² SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 28.

⁶⁰³ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 124.

⁶⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 124.

⁶⁰⁵ Friedrich Nietzsche em *A Gaia Ciência* trata da “Santa Crueldade” e expõe: – Um homem que tinha um recém-nascido nas mãos se aproximou de um santo. “Que devo fazer com esta criança?”, perguntou. “É desgraçada, deformada e não tem vida que baste nem para morrer.” “Mate-a!” gritou o santo com uma voz terrível; “E depois segure-a nos braços por três dias e três noites para criar uma lembrança para ti. Jamais voltarás a gerar um filho assim quando não é hora de procriares”. Ao ouvir isso o homem se afastou, desapontado, e muitas pessoas censuraram o santo porque aconselhara crueldade; pois aconselhara o homem a matar a criança, “mas não é mais cruel deixá-la viva?”, perguntou o santo homem. NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 103.

⁶⁰⁶ “La disponibilità di mezzi di terapia intensiva atti al sostegno delle funzioni vitali suscita la domanda se tali mezzi debbano essere impiegati. Generalmente vi è accordo sul fatto che in questi casi, si debbano utilizzare solo mezzi ordinari di cura considerando che nessuna terapia, per quanto aggressiva, appare oggi in grado di modificare il decorso della malattia che risulta sempre mortale e che ha alla base l’assenza stessa delle strutture che la terapia intensiva dovrebbe momentaneamente vicariare (37, 38, 39). Tali strutture non hanno alcuna possibilità di ripresa e ci si muoverebbe, quindi, in un campo di accanimento terapeutico privo di finalità e possibilità benefiche e, quindi, immotivato”. Comitato nazionale per la bioetica. **“Il neonato anencefalico e la donazione di organi”**. 21 giugno 1996. p. 14. Relatório do Comitê Nacional de Bioética Italiano - 21 de junho de 1996. Versão em português disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

de sentimentos, e que, portanto, possa ser afligido por dor e sofrimento⁶⁰⁷ diante da plasticidade neurológica do tronco, que existe mesmo nestes casos⁶⁰⁸.

Fernando Rey Martínez nos lembra que o direito à integridade pessoal é mais amplo que o direito à integridade física, e a proteção daquela pode, paradoxalmente, muitas vezes implicar a destruição desta⁶⁰⁹. O aborto do feto anencéfalo não seria um caso tal, em que a proteção da “integridade pessoal” do próprio feto implicaria sua própria destruição?

Socorre-nos mais uma vez Fernando Rey Martínez, que entende que, mesmo que não seja juridicamente possível exigir-se a continuidade da gravidez com base em concepções religiosas ou morais de dignidade⁶¹⁰, também não se é possível deduzir-se deste fato que alguém que tenha graves sofrimentos tenha objetivamente uma vida indigna⁶¹¹, capaz até de justificar uma obrigação de dar-se morte – um verdadeiro dever de morrer – ou de abortar.

Neste sentido, vale também mencionar que considerar-se que a gravidez de um feto anencéfalo seria algo indigno é inválido, já que a mulher pode também levar até o fim sua gravidez, sem que isso viole sua dignidade ou a do feto⁶¹².

Outro aspecto bastante discutido quando se debate a possibilidade de abortar-se o feto anencéfalo é a durabilidade de sua sobrevivência. Estima-se que 67% dos fetos que nascem com anencefalia morrem no período de 24 horas⁶¹³ após o nascimento, e 28% dentro de apenas uma hora após o parto. Em casos raros, os fetos anencéfalos sobrevivem mais de 10 dias.

⁶⁰⁷ Para Fernando Rey Martínez, ao tratar da eutanásia, o fato de que alguém tenha graves sofrimentos não se pode deduzir que tenha uma vida indigna que justifique sua morte, pois seria possível afirmar a partir daí que todos os mesmos sofrimentos levariam “objetivamente” à uma “vida indigna”, pior que a morte. REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 27-28.

⁶⁰⁸ “Non si tratta, ovviamente, della possibilità da parte del tronco di vicariare le funzioni della corteccia mancante, ma di ammettere che la neuroplasticità del tronco potrebbe essere sufficiente a garantire all'anencefalico, almeno nelle forme meno gravi, una qualche primitiva possibilità di coscienza. Dovrebbe, quindi, essere respinto l'assunto che l'anencefalico, in quanto privo di emisferi cerebrali non è in grado di avere coscienza e di patire sofferenza ‘per definizione’”. Comitato nazionale per la bioetica. “**Il neonato anencefalico e la donazione di organi**”. 21 giugno 1996. p. 15. Relatório do Comitê Nacional de Bioética Italiano - 21 de junho de 1996. Versão em português disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

⁶⁰⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 119.

⁶¹⁰ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 40.

⁶¹¹ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 27-28.

⁶¹² Fernando Rey Martínez afirma – quanto à eutanásia que o postulado da dignidade é discutível para justificá-la, pois o processo de morte não supõe em si um processo indigno. Mais uma razão porque o conceito de dignidade não é totalmente esclarecedor. REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 42 e 164, respectivamente.

⁶¹³ O tempo de morte varia. OBEIDE, Nidaa et al. The Natural History of Anencephaly. **Prenatal Diagnosis**, 2010. 30: 357.

Somente 1/3 dos fetos com anencefalia morrem ainda no útero⁶¹⁴. Não é possível fazer intervenções terapêuticas corretivas no feto durante a gravidez, e não há tratamento para a doença após o parto⁶¹⁵. Sem dúvida, é trágico o desenlace da doença. Mas, no entanto, a durabilidade da vida do feto não pode ser o elemento definidor de se ele deve ou não gozar de proteção à vida⁶¹⁶.

Além disso, é possível encontrar erro no diagnóstico da anencefalia, embora esse fato seja raro, evitável, e, por si só, também não deva condicionar a prática do aborto ou sua proibição⁶¹⁷.

Discute-se, ainda, a possibilidade do uso de órgãos de anencéfalos para doação. De fato, tal possibilidade, somada ao fato da notória escassez de órgãos⁶¹⁸, sugere que admitir-se a doação de órgão de anencéfalos poderia ser interessante. No entanto, ainda existem discussões éticas e dificuldades práticas para os transplantes⁶¹⁹, principalmente porque, no caso do anencéfalo, é muito complicado constatar a morte encefálica⁶²⁰. Não há um conhecimento pleno da neurologia do feto ou recém-nascido que dê segurança para

⁶¹⁴ JAQUIER, M; KLEIN, A; BOLTSHAUSER, E. Spontaneous pregnancy outcome after prenatal diagnosis of anencephaly. Short Communication. In.: **International Journal of Gynecology and Obstetrics** (2006) 102, 99, p. 953. Em recente estudo sobre o tema, 96% dos casos analisados foram diagnosticados fetos com anencefalia no pré-natal, com média de gravidez de 21 semanas. 27% das gestações (1/4) desenvolveram problemas no parto; 23% dos fetos morreram no útero com gestação em média de 30 semanas. A média da gestação foi de 35 semanas; 35% morreram durante o parto ainda no útero e 42% dos fetos nasceram vivos com média de 55 minutos de sobrevivência, variando entre 10 minutos a 8 dias. Dos pais, somente 23% consentiram com a doação de órgãos. OBEIDE, Nidaa et al. The Natural History of Anencephaly. **Prenatal Diagnosis**, 2010. 30: 359.

⁶¹⁵ OBEIDE, Nidaa et al. The Natural History of Anencephaly. **Prenatal Diagnosis**, 2010. 30: 357.

⁶¹⁶ Comitato nazionale per la bioetica. **"Il neonato anencefalico e la donazione di organi"**. 21 giugno 1996. p. 22. Relatório do Comitê Nacional de Bioética Italiano - 21 de junho de 1996. Versão em português disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

⁶¹⁷ *"Innanzitutto si è visto che la malformazione non è una entità definita, ma un continuum di gravità a cui si dovrebbero porre dei confini convenzionali. Ciò porterebbe sicuramente a difficoltà di diagnosi e possibilità di errore [...], benché la possibilità di errore non sia di per sé un elemento sufficiente a proibire una determinata pratica medica"*. Comitato nazionale per la bioetica. **"Il neonato anencefalico e la donazione di organi"**. 21 giugno 1996. p. 16. Relatório do Comitê Nacional de Bioética Italiano - 21 de junho de 1996. Versão em português disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

⁶¹⁸ Como vimos em nota anterior, estudo recente demonstrou que dos casos analisados, somente 23 % dos pais aceitaram doar os órgãos dos fetos anencéfalos após o nascimento, o que sugere que a possibilidade do uso de órgãos de anencéfalos para doação não suprirá a demanda por tais órgãos. OBEIDE, Nidaa et al. The Natural History of Anencephaly. **Prenatal Diagnosis**, 2010. 30: 359.

⁶¹⁹ *"Nonostante i molti aspetti e risultati incoraggianti, l'intera materia dei trapianti infantili è ancora oggetto di discussione critica, sia per le indicazioni che per le tecniche e i risultati, a prescindere quindi dagli aspetti etici [...]. Nella valutazione si deve anche rammentare che si tratta di una chirurgia di altissimo livello tecnico - organizzativo, che assai difficilmente sarà a disposizione di un numero elevato di pazienti. (Per una revisione della materia del prelievo da donatore anencefalico vedi"*. Comitato nazionale per la bioetica. **"Il neonato anencefalico e la donazione di organi"**. 21 giugno 1996. p. 13. Relatório do Comitê Nacional de Bioética Italiano - 21 de junho de 1996. Versão em português disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

⁶²⁰ Não existe consenso para a aplicação de diagnóstico de morte encefálica a menores de 7 anos e prematuros. Vide Resolução 1480/97 do Conselho Federal de Medicina.

determinar a partir de qual momento seus órgãos poderiam ser retirados⁶²¹, o que, por sua vez, poderia exigir até uma reavaliação do conceito de morte encefálica no caso do feto anencéfalo, admitindo-se para o caso um conceito de morte do córtex⁶²², fato que aumenta ainda mais as controvérsias sobre o tema. E também é controverso se a definição de morte poderia ser alterada para dar-se utilidade aos órgãos do feto anencéfalo, como poderia eventualmente propor uma ética utilitarista^{623,624}.

Tendo entendido o que é o anencéfalo e as implicações do aborto, passamos agora a discutir como este caso se reflete na colisão de direitos fundamentais entre particulares, para, na sequência, estudar a jurisprudência brasileira, inclusive a liminar da ADPF 54, onde o Supremo Tribunal Federal discutiu o assunto.

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES⁶²⁵

Como vimos, a autorização do aborto de feto anencéfalo encontra defensores e críticos. Aqueles que são contrários à prática sustentam basicamente que o direito à vida é indisponível e que não importa se o feto nascerá ou não com vida. O feto teria um direito subjetivo à vida, que deveria prevalecer sobre a vontade da gestante, supondo-se que ela quisesse abortar. Por

⁶²¹ “*Nel caso del neonato anencefalico la dimostrazione della morte cerebrale presenta notevoli difficoltà, legate alle conoscenze ancora imperfette sulla neurofisiologia neonatale in senso generale ed anche alla stessa condizione malformativa del soggetto*”. Comitato nazionale per la bioetica. “**Il neonato anencefalico e la donazione di organi**”. 21 giugno 1996. p. 15. Relatório do Comitê Nacional de Bioética Italiano - 21 de junho de 1996. Versão em português disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

⁶²² Vide Comitato nazionale per la bioetica. “**Il neonato anencefalico e la donazione di organi**”. 21 giugno 1996. p. 16-19. Relatório do Comitê Nacional de Bioética Italiano - 21 de junho de 1996. Versão em português disponível em: <http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

⁶²³ HARE, R.M. A Utilitarian Approach. In: **A Companion to Bioethics**. KUHSE, Helga. SINGER, Peter. Massachusetts, EUA. Blackwell Publishing, 1998, p. 80-85.

⁶²⁴ Ainda pensando em uma ética utilitarista, interessante ressaltar o trabalho dos economistas Steven D. Levitt e Stephen J. Dubner, que sugerem que “o aborto foi um dos maiores fatores responsáveis pela diminuição da criminalidade da história americana [...]”. A queda da criminalidade foi, no jargão dos economistas, ‘um benefício acidental’ da legalização do aborto [...]. Um estudo demonstrou que a típica criança impedida de nascer nos primeiros anos da legalização do aborto estaria 50% mais propensa que a média a viver na pobreza; teria, igualmente, uma probabilidade 60% maior de ser criada por apenas um dos genitores. Esses dois fatores – uma infância pobre e um lar de mãe/pai solteiro – estão entre os mais fortes fatores determinantes de um futuro criminoso”. LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta**. Trad. Regina Lyra; revisão técnica Ronaldo Fiani. 1. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

⁶²⁵ Também denominadas de relações privadas e relações interindividuais, para alguns autores. Virgílio Afonso da Silva critica essas terminologias, ensinando que a primeira excluiria relações trabalhistas e a segunda excluiria entes coletivos, adotando, portanto, relações entre particulares. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 54.

consequente, o direito subjetivo à vida do feto também prevaleceria caso houvesse um conflito com outros direitos que a mãe pudesse ter. Por outro lado, entre os argumentos favoráveis ao aborto, está a supremacia da individualidade e autonomia próprias, fundadas no direito da gestante de dispor do corpo.

No entanto, como se daria a interferência estatal diante das relações entre particulares, quando temos conflitos de direitos humanos – ou violação de direitos humanos – nesse contexto?

Fernando Rey Martínez afirma que o estado tem o dever de proteger a vida de seus cidadãos, mas não contra a sua autonomia e dignidade⁶²⁶. Como vimos, o interesse estatal de preservar a vida de seus cidadãos a todo custo e a todo tempo, é ilegítimo⁶²⁷, podendo, inclusive, a proteção jurídica da vida ser vista como uma barreira à autodeterminação individual⁶²⁸, ao livre desenvolvimento da personalidade, e o princípio da dignidade⁶²⁹. Vale lembrar que Fernando Rey Martínez, concordando com Salvador Tarollo, admite ainda que a autonomia reveste-se de tal importância que influencia significativamente todos os demais direitos no ordenamento jurídico⁶³⁰.

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva alerta para o fato de que pode existir conflito entre direitos fundamentais e direito privado, conflito este que, aparentemente, seria impossível de conciliar, tendo em vista premissas “absolutamente diversas”⁶³¹.

O autor ressalta que diante da “expansão dos direitos fundamentais”⁶³² é possível que “quase toda relação contratual” possua direitos fundamentais que sejam “tocados” em razão das próprias características desses direitos fundamentais (tal como a inalienabilidade, entre

⁶²⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 40.

⁶²⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 124.

⁶²⁸ Uma visão radical neste sentido é expressada de modo enfático pelos libertários americanos; por exemplo, nas palavras de Ron Paul, três vezes candidato à Presidência dos Estados Unidos pelo *Libertarian Party*, “*Liberty means to exercise human rights in any manner a person chooses so long as it does not interfere with the exercise of the rights of others. This means, above all else, keeping government out of our lives.*” In: PAUL, Ron. **Liberty Defined: 50 Essential Issues That Affect American Freedom**. New York: Grand Central Publishing, 2012, p. xi.

⁶²⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 83.

⁶³⁰ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 110.

⁶³¹ Exemplifica o autor com “autonomia privada de um lado e a inalienabilidade e a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, de outro”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 50.

⁶³² Para o autor, “inchaço das declarações de direitos”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 50. É o conceito de contorno vazios, porosidade, ambiguidade e natureza polissêmica da dignidade da pessoa humana de que trata Ingo Sarlet. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 40.

outros), o que, ao menos idealmente, só faria sentido no plano das relações verticais, isto, entre estado e indivíduos⁶³³.

Virgílio Afonso da Silva esclarece, ainda, porque – no plano horizontal (isto é, nas relações entre particulares) –, observar tais características, inviabilizaria o debate sobre o tema⁶³⁴, e propõe uma “mudança de paradigma” para demonstrar que as relações entre particulares podem ameaçar direitos fundamentais, mas nesses casos, “qualquer relação entre particulares significa uma relação entre dois titulares dos mesmos direitos”⁶³⁵, em geral.

Essa mudança de paradigma⁶³⁶, portanto, leva em conta duas teorias: a) a que nega a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações privadas; e b) a que admite que as normas de direitos constitucionais têm eficácia plena, com base no artigo 5º, § 1º, que dispõe sobre a aplicabilidade imediata.

Aponta Virgílio Afonso da Silva, em primeiro lugar, uma recorrente confusão entre os termos “eficácia”⁶³⁷ e “aplicabilidade”⁶³⁸. A primeira seria uma “forma de produção de efeitos e seu âmbito de aplicação”⁶³⁹, e a segunda, nos termos do artigo 5º, §1º, diz respeito a “uma potencialidade, à capacidade de produzir efeitos desde já”⁶⁴⁰. Assim, para o autor, afirmar que os direitos fundamentais terão aplicabilidade imediata nada tem a ver com o fato de em quais

⁶³³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 51.

⁶³⁴ Explica o autor que “insistir em algumas dessas características pode impedir qualquer possibilidade de discussão sobre o tema. Isso porque, como será visto adiante, só é possível aceitar que direitos fundamentais sejam restringidos com base na autonomia da vontade se se aceitar que é possível negociá-los – ainda que isso soe como uma heresia – e até mesmo a eles renunciar – ainda que isso possa soar como impossível.” SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 51.

⁶³⁵ Diferentemente do que ocorre com o Estado, “que é somente *destinatário* dos direitos fundamentais, isto é, seu sujeito passivo, mas não é titular desses mesmos direitos”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 53.

⁶³⁶ Daniel Sarmento defende o reconhecimento da constitucionalização do Direito Privado, deixando de ser o Direito Civil o centro da proteção dos direitos da personalidade. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 102-103.

⁶³⁷ Para Virgílio Afonso da Silva, a eficácia diz respeito à propriedade de uma norma produzir efeitos jurídicos, o que não deve ser confundido com os “próprios efeitos”, de modo que “é perfeitamente possível que uma norma eficaz, porque apta a produzir efeitos, não produza efeito nenhum em certos tipos de relação”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 55.

⁶³⁸ Ainda para Virgílio Afonso da Silva, a norma aplicável é aquela que não somente é dotada de eficácia – capacidade de produzir efeitos –, mas, também, cujo suporte fático se conecta com os fatos de um determinado caso concreto. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 56.

⁶³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 56.

⁶⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 56.

relações jurídicas tais normas serão aplicadas⁶⁴¹, podendo, em princípio, ser as normas de direitos fundamentais aplicadas em todas as relações jurídicas, inclusive nas relações entre particulares⁶⁴².

Alerta Virgílio Afonso da Silva que, ao “negar efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”⁶⁴³, não se estaria negando, no entanto, a eficácia desses direitos, pois continuariam aptos a produzir efeitos nas relações verticais. Da mesma forma, quando afirmamos que os “direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares”⁶⁴⁴ indiretamente, também não é negada a eficácia dessas normas, nem a produção de efeitos nas relações entre particulares, mas apenas a aplicabilidade direta dessas normas nessas relações⁶⁴⁵.

Para Virgílio Afonso da Silva, somente seria possível falar em aplicabilidade das normas de direitos fundamentais às relações entre particulares quando afirmamos que as “normas de direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos envolvidos em uma relação jurídica interprivados”⁶⁴⁶, presumindo, para o autor, que tais normas “são eficazes e produzem efeitos nesse tipo de relação, mas também que essa produção de efeitos é direta, via aplicação das normas de direitos fundamentais”⁶⁴⁷.

Por outro lado, defende Daniel Sarmento que o estado precisa intervir em determinados casos, mesmo que, com isso, a autonomia privada e individual do indivíduo seja restringida, o que é plenamente possível, dado que essa autonomia não é absoluta⁶⁴⁸. Todavia,

⁶⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 58.

⁶⁴² “[...]Prescrever que os direitos fundamentais têm “aplicabilidade imediata” não significa que essa aplicação deverá ocorrer em todos os tipos de relação ou que todos os tipos de relação jurídica sofrerão algum efeito das normas de direitos fundamentais. Somente se se pressupõe que direitos fundamentais devem produzir efeitos – diretos – em todas as relações jurídicas possíveis é que se poderá interpretar o §1º do artigo 5º como aplicável – de imediato – às relações particulares”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 58.

⁶⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 59.

⁶⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 59.

⁶⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 59.

⁶⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 59.

⁶⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 59.

⁶⁴⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 155.

como a autonomia individual também está ligada à dignidade da pessoa humana, restringi-la é “frustar sua possibilidade de realização existencial”⁶⁴⁹.

Para Ingo Sarlet, a eficácia dos direitos fundamentais está baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, e vincula “diretamente” os particulares⁶⁵⁰, podendo o estado intervir nas relações entre particulares até mesmo para proteger o indivíduo de si mesmo quando atentar à sua própria dignidade⁶⁵¹.

Em vista do exposto, resta claro que o estado tem a obrigação de regular a relação particular no caso do aborto de feto anencéfalo, em vista dos direitos fundamentais da gestante e do feto em conflito na relação.

A partir dessa análise, em que concluímos pela aplicabilidade das normas de direitos fundamentais às relações entre particulares, seguiremos para as soluções trazidas ao caso específico da legalidade ou ilegalidade do aborto do feto anencefálico no âmbito do direito brasileiro e internacional, verificando de que modo a legislação e a interpretação desta pela doutrina e jurisprudência têm mostrado o caminho para solucionar de forma mais adequada o conflito existente entre o direito à vida do feto anencéfalo e a autonomia da vontade e liberdade de dispor do próprio corpo da gestante; e também sua possível aplicação no Brasil, lembrando que validar os procedimentos e autorizar o aborto significa validar uma decisão irrevogável, uma vez que também irreversível, em razão da morte que sobrevém ao procedimento⁶⁵².

⁶⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 155.

⁶⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 115.

⁶⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 116. Fernando Rey Martínez afirma que não existe um direito a dispor da própria vida. REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 118. Vale dizer ainda que Virgílio Afonso da Silva afirma que é preciso levar em conta as características de tais direitos fundamentais, e que nem sempre a possibilidade de renúncia deve ser recusada “de pronto” em vista de casos concretos cujas respostas são mais complexas do que aparentam ser, e que nem sempre a renúncia pressupõe a “abdicção definitiva e irreversível”. Para o autor, é dispensável fazer uma diferenciação entre renúncia ao exercício de um direito fundamental e a renúncia geral ao direito. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 61.

⁶⁵² REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 120.

⁶⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 61

2 ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)⁶⁵³ Nº 54⁶⁵⁴

2.1 PRINCIPAIS ARGUMENTOS SOBRE ANENCEFALIA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Antes de abordarmos especificamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, vale a pena mencionar alguns argumentos que já vinham sendo aplicados pelos juízes e pelos tribunais brasileiros, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal, ao caso do aborto de feto anencéfalo.

Recentemente, inúmeras decisões vinham enfrentando o debate sobre a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, ora autorizando o aborto, ora proibindo-o. A existência de posições conflitantes aumentava ainda mais a discussão sobre o tema e trazia grande insegurança jurídica à questão⁶⁵⁵. Destacaremos algumas decisões e analisaremos os principais argumentos utilizados por nossos juízes.

Em primeira instância, destacamos a sentença proferida pelo juiz Carlos Alberto Garcete, da 1ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande/MS⁶⁵⁶, que autorizou a interrupção de uma gravidez de feto anencéfalo na 30ª semana da gravidez. O feto acometido de anencefalia, conforme a sentença, tinha quatro camadas cardíacas atípicas, e a gestante

⁶⁵³ Ensina André Ramos Tavares que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é “medida própria do Brasil, de competência originária do STF, visando a realizar o controle abstrato de compatibilidade (não-descumprimento) de parcela dos atos estatais exclusivamente em relação aos preceitos constitucionais fundamentais [...]. No conceito de ‘descumprimento’ inclui-se toda e qualquer violação de norma constitucional [...]”. O parâmetro de verificação a ser utilizado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) não poderá ser toda a Constituição, mas um universo bem menor, o dos *preceitos fundamentais*, o que a distancia, neste ponto, da ação direta de inconstitucionalidade direta. O que é preceito? O conceito de preceito encampa tanto a figura dos princípios como a das regras”. TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

⁶⁵⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8, protocolada em 17 jun. 2004.

⁶⁵⁵ Para Piovesan e Gonçalves, embora inúmeras decisões sobre aborto, a “maioria não incorporou debates significativos relativos ao exercício dos direitos sexuais e reprodutivos”. PIOVESAN, Flávia; GONÇALVES, Tamara Amoroso. Gênero no Supremo Tribunal Federal. In SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (coords). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. p. 379.

⁶⁵⁶ BRASIL. Tribunal do Júri de Campo Grande/MS. Juiz Carlos Alberto Garcete da 1ª Vara. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201102221546061.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

justificou seu pedido no risco à sua saúde e no desgaste emocional no caso de a gravidez ser mantida⁶⁵⁷.

O Ministério Público Estadual foi favorável ao aborto, fundamentando seu parecer na “excludente de culpabilidade”⁶⁵⁸ e na inexistência de “expectativa de vida para o feto”⁶⁵⁹.

Em sentença, o juiz afirmou que não existe direito absoluto e que os valores trazidos na Constituição Federal devem ser sopesados⁶⁶⁰. Alegou, ainda que, se de um lado há entendimentos no sentido de que o Poder Judiciário não poderia autorizar o aborto em razão da existência do cerebelo e tronco encefálico – o que possibilitaria algum tipo de atividade cerebral –, de outro, a autorização do aborto seria constitucional, pois o direito protegeria a vida humana, e não a sua falsa existência⁶⁶¹.

Invocou também o juiz o art. 3º da Lei n. 9.434, de 3 de fevereiro de 1997, que prevê a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano para fins de transplante, desde que precedido de diagnóstico de morte encefálica⁶⁶². Justificou na inviabilidade de vida extrauterina do feto o fato de a gestação neste caso acarretar um “severo desgaste emocional e físico e que apesar das alterações no corpo da mulher, são inúteis, podendo acarretar um quadro depressivo”⁶⁶³.

O juiz entendeu que o aborto de feto anencéfalo é “fato gerador de atipicidade penal”. Para ele, o “fato encontra resposta jurídica e social para deixar de ser considerado

⁶⁵⁷ BRASIL. Tribunal do Júri de Campo Grande/MS. Juiz Carlos Alberto Garcete da 1ª Vara. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201102221546061.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁵⁸ BRASIL. Tribunal do Júri de Campo Grande/MS. Juiz Carlos Alberto Garcete da 1ª Vara. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201102221546061.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁵⁹ BRASIL. Tribunal do Júri de Campo Grande/MS. Juiz Carlos Alberto Garcete da 1ª Vara. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201102221546061.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁶⁰ BRASIL. Tribunal do Júri de Campo Grande/MS. Juiz Carlos Alberto Garcete da 1ª Vara. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201102221546061.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁶¹ BRASIL. Tribunal do Júri de Campo Grande/MS. Juiz Carlos Alberto Garcete da 1ª Vara. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201102221546061.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁶² Como vimos, no qual o Conselho Federal de Medicina equiparou a morte encefálica à morte.

⁶⁶³ BRASIL. Tribunal do Júri de Campo Grande/MS. Juiz Carlos Alberto Garcete da 1ª Vara. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201102221546061.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

materialmente típico ou proibido”⁶⁶⁴, pois o crime não existe “se o fato não é formal e materialmente típico”⁶⁶⁵.

Ademais, entendeu o juiz ainda que o aborto do anencefálico não se enquadra na morte arbitrária prevista no art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois inexistente vida autônoma na anencefalia⁶⁶⁶.

Finalmente, para ele, a antecipação do aborto seria permitida pela ordem constitucional, uma vez que o texto constitucional garante não só a vida, mas a vida digna⁶⁶⁷. Ressaltou o juiz que existem outros bens jurídicos em jogo na tutela constitucional⁶⁶⁸.

O tema tem sido também debatido na seara dos tribunais.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em 14 abr. 2011, decidiu em liminar do Mandado de Segurança nº 0019869-66.2011.8.26.0000⁶⁶⁹ autorizar a realização do aborto de “embrião sem a ossificação da calota craniana”.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela concessão do pedido à época. O Tribunal de Justiça entendeu que o legislador penal não foi “radical”, e que se, na época em que o Código Penal fora discutido e redatado existissem meios de confirmar patologias incompatíveis com a vida extrauterina, certamente teria descriminalizado esta modalidade de aborto⁶⁷⁰. Além disso, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo que não há “vida em curso” no anencéfalo, não podendo assim ser considerada antijurídica tal prática de aborto, tendo o feto perdido o amparo legal após comprovada sua morte encefálica⁶⁷¹. Ademais,

⁶⁶⁴ BRASIL. Tribunal do Júri de Campo Grande/MS. Juiz Carlos Alberto Garcete da 1ª Vara. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201102221546061.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁶⁵ BRASIL. Tribunal do Júri de Campo Grande/MS. Juiz Carlos Alberto Garcete da 1ª Vara. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201102221546061.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2011..

⁶⁶⁶ BRASIL. Tribunal do Júri de Campo Grande/MS. Juiz Carlos Alberto Garcete da 1ª Vara. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201102221546061.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2011..

⁶⁶⁷ BRASIL. Tribunal do Júri de Campo Grande/MS. Juiz Carlos Alberto Garcete da 1ª Vara. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201102221546061.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁶⁸ BRASIL. Tribunal do Júri de Campo Grande/MS. Juiz Carlos Alberto Garcete da 1ª Vara. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201102221546061.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança nº 0019869-66.2011.8.26.0000. Acórdão 03511595. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5077560&v1Captcha=ntnPB>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

⁶⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança nº 0019869-66.2011.8.26.0000. Acórdão 03511595. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5077560&v1Captcha=ntnPB>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança nº 0019869-66.2011.8.26.0000. Acórdão 03511595. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5077560&v1Captcha=ntnPB>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

considerou que a manutenção da gravidez aumentaria o risco de vida da gestante durante o pré-natal, e o sofrimento dos genitores ao longo da gravidez⁶⁷².

O tema também já foi debatido incidentalmente pelo Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus 32.159/RJ (acórdão 2003/0219840-5)⁶⁷³ e no Habeas Corpus 56.272/SP (acórdão 2006/0062671-4)⁶⁷⁴, ambos com a finalidade de pleitear a interrupção da gravidez de fetos com anomalias incompatíveis com a vida extrauterina. Destacamos o segundo caso, em que foram diagnosticados rins multicísticos e encefalocele no feto que, conforme informações apontadas no acórdão, seguramente entraria em óbito logo após o parto⁶⁷⁵.

O Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima seguiu o voto da Ministra Laurita Vaz no Habeas Corpus anterior e entendeu que, a partir da análise do artigo 128, incisos I e II, é possível afirmar que não existe um direito absoluto à vida do feto, de modo que o legislador

⁶⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança nº 0019869-66.2011.8.26.0000. Acórdão 03511595. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5077560&v1Captcha=ntnPB>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. Julgado em 17 fev. 2004. Trata-se de um pedido formulado pela gestante para autorizar o aborto de feto com anencefalia. Destacamos o voto da Ministra Relatora LAURITA VAZ que entendeu “independente de convicções subjetivas pessoais” necessário o exame da matéria “porque o certo ou o errado, o moral ou imoral, o humano ou desumano, enfim, o justo ou o injusto, em se tratando de atividade jurisdicional em um Estado Democrático de Direito, são aferíveis a partir do que suas Leis estabelecem”, mas que o juiz não deve “ficar engessado nas letras frias da Lei” e que seja “um efetivo membro da sociedade, apto a exercer sua jurisdição com bom senso e equilíbrio, sempre buscando uma exegese consentânea com a realidade em que vive”, observando os limites determinados pela lei, sob pena de agir com arbitrariedade. Para a Ministra, nosso ordenamento jurídico protege a vida e não admite a interpretação extensiva ou analogia *in malam partem*, prevalecendo o princípio da reserva legal. Tampouco poderia o julgador trazer novas hipóteses ao artigo 128 do Código Penal. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=450912&sReg=200302198405&sData=20040322&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2011. Ensina José Carlos Francisco que “há reserva legal relativa quando a Constituição empregar expressões que permitam inferir que o direito ou obrigação poderá constar da lei formalmente editada ou em ato normativo praticado por sua ordem, hipótese na qual cumpre a lei a definição dos contornos dos atos normativos secundários ou regulamentares a serem editados [...]. Impõe-se reserva absoluta de lei com o uso de expressões como ‘cabe à lei regulamentar’, ‘a lei regulará’, ‘a lei disporá’, ‘previstas em lei’, a delegação ‘terá a forma de resolução do Congresso Nacional’, ‘a lei criará’, ou ‘a lei definirá’. Também serão exclusivos da lei aqueles temas indicados nos arts. 62 e 68 [da Constituição Federal] que sequer podem ser objeto de medida provisória ou de lei delegada”. FRANCISCO, José Carlos. Reserva Legal. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 331.

⁶⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. Julgado em 15 mai. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=622824&sReg=200600626714&sData=20060515&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁷⁵ “Com efeito, conforme atestado pela equipe médica da Divisão de Clínica Obstetícia do Instituto Central do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (HC/FMUSP), o feto apresenta quadro de RINS MULTICÍSTICOS e ENCEFALOCELE, patologia ‘seguramente incompatível com a vida extrauterina’, tendo em vista que, ‘caso a gestação venha a prosseguir, todos os dados da literatura médica apontam para a morte do recém-nascido após o parto’”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto Ministro Superior Tribunal de Justiça Relator Arnaldo Esteves Lima. Habeas Corpus 56.572-SP, acórdão nº 2006/0062671-4. Julgado em 15 mai. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=622824&sReg=200600626714&sData=20060515&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2011.

na época do Código Penal, na segunda hipótese do aborto sentimental, visou à preservação da “honra subjetiva” ou “sanidade psicológica” da gestante em detrimento da vida em formação que carregava⁶⁷⁶. E, por conta dessa análise, para o Ministro, seria difícil discordar da tese que afirma que o Código Penal não autorizou outra nova hipótese de aborto em caso de patologia fetal incompatível com a vida extrauterina tão-somente em decorrência da inexistência de tecnologia que confirmasse essas condições à época da elaboração da lei⁶⁷⁷.

Entendeu, portanto, o Ministro, que o legislador também protege outros “bens jurídicos essenciais”, de modo que não seria possível afastar-se dos objetivos fundamentais estabelecidos no artigo 3º, I e IV, da Constituição Federal⁶⁷⁸.

Por fim, entendeu o Ministro Relator que a “antecipação do parto não atinge o bem juridicamente tutelado, uma vez que a morte desse feto é inevitável, em decorrência da própria patologia”⁶⁷⁹, mas julgou prejudicada a ordem impetrada, tendo em vista que a gestante encontrava-se no final da gestação.

O próprio Supremo Tribunal Federal também analisou o tema no Habeas Corpus n. 84.025-6/RJ⁶⁸⁰. O Ministro Relator Joaquim Barbosa afirmou que nos casos de anencefalia nada é possível ser feito, e que seria necessário “se preocupar com o casal, em especial com a mãe”⁶⁸¹. Além disso, criticou o Ministro que todos os argumentos suscitados até então no caso, em que o direito da mãe de abortar fora até então negado, teriam sido em prol do feto, e não em prol dos direitos da gestante, como se os direitos do nascituro tivessem o condão de

⁶⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. Julgado em 15 mai. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=622824&sReg=200600626714&sData=20060515&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. Julgado em 15 mai. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=622824&sReg=200600626714&sData=20060515&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto Ministro Superior Tribunal de Justiça Relator Arnaldo Esteves Lima. *Habeas Corpus* 56.572-SP, acórdão nº 2006/0062671-4. Julgado em 15 mai. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=622824&sReg=200600626714&sData=20060515&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto Ministro Superior Tribunal de Justiça Relator Arnaldo Esteves Lima. *Habeas Corpus* 56.572-SP, acórdão nº 2006/0062671-4. Julgado em 15 mai. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=622824&sReg=200600626714&sData=20060515&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgado em 04 mar. 2004. Caso interessante com a interposição de recursos por terceiros alheios ao processo que lhe deu origem e com decisões desencontradas nos tribunais. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Vide também GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 73-92.

⁶⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgado em 04 mar. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Vide também GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 73-92.

excluir tais direitos, e que a decisão do Superior Tribunal de Justiça no caso, ao manter a gravidez até o fim, feriu o direito à liberdade da gestante⁶⁸².

Destacou o Ministro que na literatura médica fica claro que muitos sentimentos dolorosos afligem o casal durante uma tal gravidez (culpa, frustração, choque, etc), mas que, de qualquer modo, é preciso, nos casos de feto com anencefalia, observar qual é o objeto jurídico tutelado pelos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal. O Ministro explicou que o legislador preservou a liberdade de escolha da mulher sem levar em conta a viabilidade ou não do feto na hipótese do artigo 128, II do Código Penal⁶⁸³. Para ele, preservam-se ao mesmo tempo uma “vida potencial” e “incolumidade da gestação” e a autonomia da vida privada é um dos alicerces da liberdade, o que está também protegido pelo princípio constitucional da dignidade humana⁶⁸⁴.

Entendeu ainda Joaquim Barbosa que a tutela do direito à vida no caso do anencéfalo seria desproporcional, pois, se prosperasse tal tese, proteger-se-ia a liberdade sexual da mulher no caso do aborto sentimental, em que o feto pode ser viável (e em geral o é), mas não se protegeria a liberdade da mulher (autonomia, direitos reprodutivos) no caso em que a inviabilidade extrauterina é inegável⁶⁸⁵.

O Ministro ainda afirmou que o texto normativo não concede o mesmo grau de proteção à vida ao feto inviável, pois “o feto anencefálico, mesmo estando biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos vivos), não tem proteção jurídica”⁶⁸⁶ a partir do momento em que foi diagnosticada “a irreversibilidade da anencefalia” e a “inviabilidade” do

⁶⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Ministro Relator Joaquim Barbosa no HC 84.025-6/RJ. p. 1-2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Ministro Relator Joaquim Barbosa no HC 84.025-6/RJ. p. 13-14. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Ministro Relator Joaquim Barbosa no HC 84.025-6/RJ. p. 15. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Ministro Relator Joaquim Barbosa no HC 84.025-6/RJ. p. 16-17. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Ministro Relator Joaquim Barbosa no HC 84.025-6/RJ. p. 20-22. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

feto⁶⁸⁷, de modo que, daí, “embora biologicamente vivo, [o feto] deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal”⁶⁸⁸.

Entendeu o Ministro, por fim, tratar-se de atipicidade de conduta, tendo em vista também que o “estudo referente à medicina fetal e à terapia neo-natal”⁶⁸⁹ que orientou a tipificação do aborto em nosso Código Penal é da década de 50, justificando a lacuna do direito com relação ao feto anencéfalo⁶⁹⁰.

Analisaremos em seguida a arguição de descumprimento de preceito fundamental 54, que, depois de tramitar perante o STF por 7 anos, 9 meses, e 26 dias, finalmente foi julgada em 11 e 12 de abril de 2012, e versa exatamente sobre o feto anencefálico.

2.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 54

2.2.1 Origens do caso

O Supremo Tribunal Federal finalmente se deparou com a questão do aborto do feto anencéfalo diretamente. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), na qualidade de arguente, ofereceu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁶⁹¹

⁶⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Ministro Relator Joaquim Barbosa no HC 84.025-6/RJ. p. 20-22. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Ministro Relator Joaquim Barbosa no HC 84.025-6/RJ. p. 20-22. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Ministro Relator Joaquim Barbosa no HC 84.025-6/RJ. p. 20-22. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Ministro Relator Joaquim Barbosa no HC 84.025-6/RJ. p. 22. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Esclareceu, por fim, o Ministro que a criança no caso em tela havia nascido e sobrevivido 7 minutos fora do útero da mãe. Voto Ministro Relator Joaquim Barbosa no HC 84.025-6/RJ. p. 22. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁹¹ No seu livro sobre Tratado de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, André Ramos Tavares analisa a terminologia “preceito fundamental”. Primeiro, traça uma diferenciação entre as normas. Adota a posição de que a norma é o gênero da qual decorrem suas espécies, regras e princípios. TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 109. Aponta também três elementos importantes para diferenciar uma espécie da outra. Para o autor, deve-se levar em conta o grau de abstração, grau de aplicabilidade e balanceamento de interesses. Os princípios têm maior grau de abstração, não são aplicados de plano ao caso e permitem uma ponderação e uma coexistência

perante o Supremo Tribunal Federal em 17 ago. 2004⁶⁹², tendo como preceitos fundamentais pretensamente violados a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, IV, CF), o direito à liberdade (artigo 5º, II, CF), e o direito à saúde (artigos 6º e 196, CF) por conta da interpretação normalmente atribuída aos artigos 124 ao 128 do Código Penal⁶⁹³, que o arguente considerara equivocada.

2.2.2 Argumentos do arguente

A Confederação inicia sua petição inicial alegando que a proibição de antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, acometido de patologia em que se verifica a inviabilidade absoluta da vida extrauteriana⁶⁹⁴, decorre de uma “interpretação específica” de dispositivos do Código Penal,⁶⁹⁵ pleiteando basicamente a inconstitucionalidade da aplicação de tais preceitos normativos contidos no Código Penal Brasileiro às gestantes e aos profissionais da saúde, com o consequente reconhecimento do “direito subjetivo da gestante” de se submeter ao procedimento médico⁶⁹⁶ sem autorização judicial prévia, fazendo, para tanto, uma interpretação conforme a Constituição Federal⁶⁹⁷.

com outros princípios. As regras, ao contrário. Nesse contexto, o autor afirma que, em princípio, preceito seria qualquer norma - pois inclui princípios e regras-, desde que “imprescindível, basilar ou inafastável”, isto é, constituem a “alma da Constituição” que não precisa constar unicamente na Constituição. A noção de preceito fundamental englobaria, para o autor, as cláusulas pétreas – com a garantia da imutabilidade e os princípios sensíveis. TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 109-152, em especial, 109, 110, 117, 121, 122, 134 e 136, 150 e 151.

⁶⁹² ADPF nº 54-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 9. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. A ADPF nº 54 teve pedido para atuar como *amicus curiae* ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, associação civil com sede em Brasília. Instituto sem fins lucrativos que visa à defesa e promoção da biética, direitos humanos, liberdade de grupos vulneráveis no Brasil. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 2. Vide também Interpretação conforme Constituição para a Confederação seria uma “técnica de interpretação que possibilitaria a expressa exclusão de um dos sentidos possíveis da norma, para produzir um resultado que contravém a Constituição, e a afirmação de outro sentido, compatível com a Lei Maior, dentro dos limites e possibilidades oferecidas pelo texto”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 18-19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

Em nota prévia, argumenta a parte que há um histórico internacional sobre o tema do aborto, e que não se trata de um aborto eugênico, termo este que estaria ligado ao aborto de feto detentor de anomalias que não inviabilizam sua vida extrauterina, diferentemente do que ocorre com a anencefalia⁶⁹⁸, sendo necessário, portanto, discutir a matéria tendo em conta o sofrimento da gestante e as ameaças e óbices que impedem a atuação dos profissionais da saúde neste caso⁶⁹⁹.

Alega ainda o arguente que a morte intrauterina ocorre em 65% dos casos de anencefalia⁷⁰⁰. A anencefalia é 100% fatal⁷⁰¹, sem possibilidade de reverter-se o quadro⁷⁰², e, por isso, é “incompatível com a vida extra-uterina”⁷⁰³, e não existe controvérsia a respeito na literatura e na prática médica⁷⁰⁴. Afirma ainda o arguente que a falibilidade do exame que diagnostica anomalias graves no feto, tais como a anencefalia, é “praticamente nula”⁷⁰⁵.

O arguente argumenta, ainda, que a saúde e a vida da gestante que carrega o feto anencéfalo ficam ameaçadas⁷⁰⁶ diante da incidência comum de óbito do feto durante a gestação, conforme indicado em parecer da Febrasgo – Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia⁷⁰⁷. Para a Confederação, a única “indicação terapêutica médica” eficiente para o tratamento da gestante seria a antecipação do parto⁷⁰⁸.

Assim, alega a Confederação que, no caso da anencefalia, não poderia ser aplicado o disposto no Código Penal sobre o aborto em geral, tendo em vista a inexistência do “suporte fático” exigido pelo dispositivo penal, pois a morte do feto não decorreria dos meios abortivos

⁶⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 3-4. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁶⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 4. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 4-5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁰⁶ “A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da mãe e até perigo de vida”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Vide o parecer na íntegra juntado na Petição Inicial p. 79-81 do documento PDF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

utilizados durante o procedimento de aborto, uma vez que, mesmo que a duração da gestação de 9 meses ocorra, o feto fatalmente perecerá⁷⁰⁹. Afirma também que em 1940 não existiam técnicas que pudessem demonstrar anomalias fetais que levassem à inviabilidade da vida extrauterina, daí tais anomalias não terem sido originalmente excepcionadas pelo legislador⁷¹⁰.

Preliminarmente, a CNTS defendeu sua legitimação ativa e a pertinência temática⁷¹¹, alegando o cabimento da ADPF por violação a preceito fundamental⁷¹². No mérito, foram apresentados os seguintes argumentos:

i) A inexistência de potencialidade de vida extrauterina, enfraquecendo a tese de que haveria conflito entre direitos fundamentais a respeito da “potencialidade da vida do nascituro”⁷¹³ e “a liberdade e autonomia individuais da gestante”⁷¹⁴, requisitos exigidos simultaneamente, de modo que a gestante que optasse pela antecipação do aborto teria a salvaguarda dos direitos constitucionais que “imunizam a sua conduta da incidência da legislação ordinária repressiva”⁷¹⁵.

ii) A analogia com tortura psíquica, justificada no fato de que a gestação de nove meses de um feto anencéfalo que não sobreviverá “causando dor, angústia e frustração”⁷¹⁶ importa a violação da dignidade da pessoa humana e “a potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica”⁷¹⁷ com a “convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança do feto dentro de seu corpo”⁷¹⁸, equipara-se à tortura. Alega, ainda, que a Constituição Federal veda todas as formas de tortura⁷¹⁹ (artigo 5º, III), e que a tortura

⁷⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 7-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 9-13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷¹⁹ Como ensina Fernando Rey Martínez qualquer intervenção médica realizada contra a vontade do paciente atenta contra e lesiona a dignidade da pessoa humana, especialmente, por força do artigo 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos que trata da proibição de tratamento desumano e degradante. Aplicar-se-ia o

consistiria na situação de intenso sofrimento físico ou mental, nos termos do artigo 1º da Lei 9455 de 07 abr. 1997⁷²⁰, de modo que a continuidade da gravidez nos casos de feto anencéfalo violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, em suas duas esferas⁷²¹.

iii) O respeito à legalidade, liberdade e autonomia da vontade, afirmando que “tudo o que não está proibido por lei é juridicamente permitido”⁷²², de modo que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo não está vedada pelo ordenamento jurídico e que, por essa razão, seria juridicamente permitida expressamente, diante da atipicidade da conduta⁷²³. O particular estaria protegido pela “cláusula constitucional genérica de liberdade no direito brasileiro”⁷²⁴ e, uma restrição à liberdade de escolha ou autonomia à vontade individual – no caso da mãe – não encontraria guarida no direito positivo, ainda menos quando se leva em consideração a existência de outros direitos em jogo⁷²⁵.

iv) Respeito ao direito à saúde previsto nos artigos 6º, e de 196 a 200 da Constituição Federal, com base no conceito de saúde atribuído pela Organização Mundial da Saúde, que, além da ausência de doença, englobaria o “completo bem estar físico, mental e social”⁷²⁶ dos indivíduos.

A Confederação destaca a importância de uma interpretação conforme a Constituição, no sentido de optar-se por uma certa interpretação da norma dentre outras possíveis,

entendimento também à não intervenção médica, não realizada também contra a vontade da gestante. REY MARTÍNEZ, Fernando Martínez. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 26 (grifo nosso).

⁷²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 16. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 15-16. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Para Luís Roberto Barroso, a doutrina identificou duas linhas para separar os direitos da personalidade inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana: uma diz respeito aos direitos de integridade física, abrangendo o direito à vida, direito à disposição do próprio corpo e o direito ao cadáver; outra trata dos direitos à integridade moral, isto é, direitos à honra, à intimidade, à liberdade, à vida privada, dentre outros. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 17. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Ver também a autêntica cláusula de liberdade geral: tudo o que não está proibido ou ordenado é permitido. REY MARTÍNEZ, Fernando Martínez. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 165.

⁷²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 17. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 17. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

excluindo-se aquelas incompatíveis com a Constituição, e aceitando-se aquela que lhe seja compatível⁷²⁷.

Pleiteia finalmente o arguente medida liminar⁷²⁸, buscando a suspensão dos processos em andamento e os efeitos das decisões que proíbam o aborto do feto anencéfalo com base nos dispositivos penais, para que a gestante possa submeter-se à antecipação do parto, e que o profissional de saúde possa realizá-la. Pleiteia, também, a inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante da interpretação dos dispositivos do Código Penal (artigos 124, 126, 128, I e II) que tornam impraticável a antecipação do parto, com o reconhecimento do direito subjetivo da mulher ao aborto no caso do feto anencefálico, sem necessidade de autorização judicial para tanto⁷²⁹.

2.2.3 Argumentos da Procuradoria Geral da República

Foram abertas vistas ao Procurador-Geral da República para apresentar parecer ao caso. No parecer nº 3358, o Procurador Geral da República, Claudio Fonteles, afirmou que não há que se falar em interpretação conforme à Constituição, vez que não há interpretação corretiva que deva ser feita⁷³⁰, e tampouco existe a possibilidade de enquadramento do aborto

⁷²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Petição Inicial, p. 18-19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷²⁸ Para o arguente, a violação da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade, da autonomia da vontade e do direito à saúde configurariam a presença do *fumus bonis iuris* e, o *periculum in mora* decorreria da existência de inúmeros processos em que as gestantes pleiteiam judicialmente a possibilidade de realizar o procedimento pelo SUS ou hospitais particulares que só realizam a antecipação do parto com a devida autorização judicial – que em geral, devido a demora do trâmite processual – não ocorre. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 21-22. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 22. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. O arguente alternativamente pleiteia que a presente ação seja recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, caso se entenda pelo não cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pois o que se espera é “uma interpretação conforme à Constituição” dos dispositivos constantes do Código Penal brasileiro, “sem redução de texto”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 23. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Parecer Ministério Público Federal – emitido pelo Procurador-Geral da República Claudio Fonteles, p. 3-4, itens 7-9. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Afirma que há um limite para o uso da interpretação conforme à Constituição, pois, apesar de os artigos 124 e 126 tratarem do “aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento” e do “aborto provocado por terceiros”, o caso do feto anencéfalo não se aplica às hipóteses de aborto permitidas por lei, isto é, aborto terapêutico e sentimental. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Parecer Ministério Público

do feto anencéfalo aos dispositivos penais específicos que prevêm o aborto sentimental e terapêutico⁷³¹.

Além disso, Fonteles afirmou, ainda, que o feto anencéfalo nasce com vida, que o direito à vida não está vinculado ao “tempo de duração da existência humana”⁷³², e que relativizar “a compreensão jurídica do direito à vida”⁷³³, baseando-se tão-somente na “dor” da gestante – que, inclusive, nem sempre corresponde à mesma da dor de todas as gestantes⁷³⁴ – não é o certo⁷³⁵, devendo ser mantida a “ponderação de bens”⁷³⁶. Sugeriu, ademais, Fonteles, que ao se levar a gravidez do feto anencéfalo a termo, existe ainda a possibilidade de doação dos órgãos saudáveis dos anencéfalos para serem transplantados a outros bebês, o que poderia salvar vidas⁷³⁷.

Federal – emitido pelo Procurador-Geral da República Claudio Fonteles, p. 2-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Parecer Ministério Público Federal – emitido pelo Procurador-Geral da República Claudio Fonteles, p. 7-8, itens 22-26. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Para o Procurador-Geral, o direito à vida é um “marco primeiro, no espaço dos direitos fundamentais” e que havendo “processo de gestação” existiria “vida intra-uterina”, garantida - nos termos do artigo 2º do Código Civil, do artigo 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos, do artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança – a vida desde a concepção. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Parecer Ministério Público Federal – emitido pelo Procurador-Geral da República Claudio Fonteles, p. 9-10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Parecer Ministério Público Federal – emitido pelo Procurador-Geral da República Claudio Fonteles, p. 11, item 46. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Para Claudio Fonteles, portanto, o “direito à vida é a temporal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Parecer Ministério Público Federal – emitido pelo Procurador-Geral da República Claudio Fonteles, p. 10-11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Parecer Ministério Público Federal – emitido pelo Procurador-Geral da República Claudio Fonteles, p. 11, itens 50-52. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Parecer Ministério Público Federal – emitido pelo Procurador-Geral da República Claudio Fonteles, p. 11, itens 50-52. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Parecer Ministério Público Federal – emitido pelo Procurador-Geral da República Claudio Fonteles, p. 11, item 49. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Para Claudio Fonteles, nem todas as mulheres grávidas “almejam livrar-se do ser humano, que existe em seus ventres maternos” e, por isso, “sofrer uma dor, mesmo que intensa, não ultrapassa o pôr cabo a uma vida, que existe, intra-uterina”, com proteção normativa e que o feto não pode ser considerado uma “coisa”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Parecer Ministério Público Federal – emitido pelo Procurador-Geral da República Claudio Fonteles, p. 11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Parecer Ministério Público Federal – emitido pelo Procurador-Geral da República Claudio Fonteles, p. 11, item 53. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Parecer Ministério Público Federal – emitido pelo Procurador-Geral da República Claudio Fonteles, p.12, itens 55-57. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Isso violaria o objetivo de construir uma sociedade solidária. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Parecer Ministério Público Federal – emitido pelo Procurador-Geral da República Claudio Fonteles, p. 11-12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 10 jan. 2011.

2.3 ANÁLISE DOS VOTOS DA MEDIDA LIMINAR⁷³⁸

O pedido liminar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54) foi julgado procedente pelo Supremo Tribunal Federal em julho de 2004. A decisão da liminar foi levada à Plenário em 02 agosto de 2004, que deliberou pelo julgamento do mérito.

Posteriormente, em sessão de 20 agosto de 2004, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria⁷³⁹, manteve o sobrestamento de processos e decisões não transitadas em julgado até a decisão definitiva da ADPF 54⁷⁴⁰, e revogou a segunda parte da decisão concedida na liminar, que reconhecia o direito constitucional da gestante de se submeter ao procedimento terapêutico abortivo, afirmando que a referida matéria não deve ser discutida no âmbito de medida liminar. Ademais, na ocasião, o Plenário ainda designou datas para a realização das audiências públicas, ocorridas entre agosto e setembro de 2008, tendo sido ouvidas diversas entidades, entre elas a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, o Conselho Federal de Medicina, o Conectas, e outros, como veremos abaixo.

Ressaltamos, adiante, alguns argumentos apontados pelos Ministros no julgamento da questão de ordem na ADPF 54-8⁷⁴¹. Vale dizer que, preliminarmente, muito se discutiu sobre aspectos processuais da ADPF 54. No entanto, a fim de respeitar o escopo do presente trabalho, destacaremos em nossa análise a seguir os argumentos desenvolvidos especificamente sobre o tema do aborto de feto anencéfalo.

2.3.1 Voto do Ministro Marco Aurélio

⁷³⁸ [N.R.] Votos publicados no site do Supremo Tribunal Federal. Vale dizer que o voto do Ministro Celso de Mello foi cancelado e em razão disso não foi publicado no site e nem disponibilizado para análise. A informação foi fornecida pelo chefe de Gabinete Dr. Miguel Ricardo de Oliveira Piazzzi, confirmada em 23 de janeiro de 2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷³⁹ Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello. Votos vencedores dos Ministros Nelson Jobim (presidente), Eros Grau, Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

⁷⁴⁰ Vencido o Ministro Cezar Peluso.

⁷⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, concedeu a liminar fundamentando-a na existência de uma “má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex”⁷⁴², o que acarreta a “morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou a sobrevida de no máximo algumas horas após o parto”⁷⁴³.

Além disso, o Ministro Marco Aurélio fundamentou sua decisão no risco à vida e à saúde da mulher, além da frustração e dor de se levar a termo uma gestação em que o feto não sobreviverá⁷⁴⁴.

Entendeu o Ministro também que é possível se valer dos “avanços médicos tecnológicos”, que garantem que o feto anencéfalo morre ainda dentro do útero em mais de 50% dos casos, e que, se chega ao término da gestação, sua “sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência”⁷⁴⁵.

Finaliza o Ministro Marco Aurélio sua decisão reconhecendo que a manutenção da gravidez resultaria em “danos à integridade moral e psicológica [da gestante], além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina”⁷⁴⁶, e “conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade”⁷⁴⁷, acolhendo o pedido formulado pelo autor da ADPF 54, reconhecendo o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica⁷⁴⁸.

⁷⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 1-2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

Na linha dos argumentos apontados em liminar descritos acima, o Ministro Marco Aurélio confirmou sua posição quanto ao tema, admitindo a ADPF⁷⁴⁹.

2.3.2 Voto do Ministro Carlos Ayres Britto

O Ministro Carlos Britto debateu sobre a viabilidade da vida extrauterina do feto⁷⁵⁰, comparando metaforicamente o feto anencéfalo à crisálida, afirmando que o “útero materno seria o casulo”⁷⁵¹, e que, no caso, o que existe no útero da mulher é “algo que jamais será alguém”⁷⁵². Seria a crisálida, que jamais virá a ser uma borboleta. E questiona: “estamos aqui discutindo sobre o direito de viver, o direito de nascer ou o direito de nascer para morrer? Existe esse direito de nascer para morrer?”⁷⁵³

Para o Ministro, a lei penal busca, ao proibir o aborto, impedir que “se interrompa um destino, se inviabilizasse uma trajetória mundana, se impeça alguém de ter um destino próprio extra-uterino”⁷⁵⁴ – mas este não é o caso do anencéfalo.

Além disso, entende o Ministro Ayres Britto que cabe à mulher decidir se “continua com aquela gravidez-sacrifício ou não”⁷⁵⁵, e equipara o feto com anencefalia ao ser humano com vida, mas com a morte encefálica decretada⁷⁵⁶. Para o Ministro, o feto “está [apenas] aparentemente vivo, na verdade ele está ligado [à mãe] e por isso respira e por isso se

⁷⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 79-84. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 90. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 90. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 90. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 90-91. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 91. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 91. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 91. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

desenvolve”.⁷⁵⁷ O feto “está ligado a uma UTI, chamada útero, mas a partir do momento em que se opera o desligamento do feto desses aparelhos ou dessa UTI, que se chama útero, nada mais resta, não há mais vida”⁷⁵⁸.

O Ministro Carlos Ayres Britto levanta alguns pontos sobre as possíveis interpretações sobre a matéria⁷⁵⁹:

a) de que a antecipação terapêutica do aborto do feto anencéfalo é crime – neste caso, o feto estaria em um estado de latência, admitindo-se que a vida inicia-se na concepção, de modo que esse é o valor a ser ponderado em relação a outros valores alegados pela gestante;

b) de que inexistente crime de aborto em caso de gravidez de feto anencéfalo – pois o produto da concepção não possui as características da espécie humana⁷⁶⁰. A interrupção voluntária da gravidez no caso de feto anencéfalo seria “penalmente atípica”, uma vez que, se a proteção penal se refere à proteção da vida em potencial, na falta dessa “potencialidade vital”, não existiria o aborto de uma gravidez em “estado latente”⁷⁶¹. Menciona, ainda, a aplicação ao anencéfalo do critério de morte encefálica da Lei 9434/97⁷⁶²; e

c) de que os artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, confirmam a tipicidade do crime de aborto, mas não trariam uma conduta punível no caso do anencéfalo, tendo em vista o abalo psíquico e a dor moral da gestante, valores estes que devem igualmente ser

⁷⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 92. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 92. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 113-138. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁶⁰ Destacamos do voto do Ministro: “o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação já não é impeditivo da transformação de algo em alguém. Se o produto da concepção traduzir em um ser a meio do caminho do humano, mas, isto sim, **em um ser que de alguma forma parou a meio ciclo do humano**”. (negrito nosso). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 122. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 120-121. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 123-124. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

tutelados⁷⁶³, e que impedir a opção do aborto é um “modo cruel” de violar a integridade psíquica, moral e física da mulher⁷⁶⁴.

O Ministro Carlos Ayres Britto fez ainda uma analogia com a gravidez resultante de estupro, afirmando que a monstruosidade que se leva em conta nesta, é o ato sexual, e, na anencefalia, é todo o processo, desde a concepção até o parto⁷⁶⁵.

Por fim, seguiu Ayres Britto o voto do Ministro Marco Aurélio⁷⁶⁶.

2.3.3 Voto do Ministro Joaquim Barbosa

Em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa assinala a sua participação no HC 84.025, cujo pedido perdeu o objeto e não foi julgado pelo Supremo⁷⁶⁷. Afirma que sua posição naquela época foi no sentido de valorar o princípio da dignidade da mulher e sua autonomia privada. No entanto, reconhece que o tema é complexo⁷⁶⁸.

O Ministro reconhece a legitimidade ativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, mas entende que a ADPF não pode ser usada com a finalidade de se alcançar uma interpretação conforme a Constituição⁷⁶⁹, ou, como prefere o Ministro, uma

⁷⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 124. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 125-126. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 126. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 138. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 1, fl. 140. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 2, fl. 141. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 2, fl. 141. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

“declaração de constitucionalidade sob reserva de interpretação”, que seria uma das formas em que se pode obter uma manifestação do órgão de cúpula⁷⁷⁰.

O Ministro entendeu que se aplica o artigo 1º da Lei 9882/99⁷⁷¹ ao caso, pois é patente a ameaça de lesão ou lesão se a mulher desejar interromper a gravidez de feto anencéfalo sem uma autorização judicial, enquadrando-se como conduta criminosa⁷⁷². Além disso, a existência de inúmeras decisões que ora concedem, ora negam a submissão da mulher nessa situação ao procedimento de antecipação de parto, causa mais instabilidade e insegurança jurídica⁷⁷³, gerando uma violação à dignidade da mulher e a sua “capacidade de disposição autônoma”⁷⁷⁴.

Encerrando o voto, o Ministro Joaquim Barbosa sugere que a ADPF deve ser compreendida como um mecanismo de “alargamento da ação protetiva dos direitos fundamentais”⁷⁷⁵ em defesa dos grupos mais vulneráveis, ou seja, daqueles que não possuem força política, econômica e social para se fazer representar e garantir a consecução efetiva de seus direitos⁷⁷⁶, decidindo pela admissão da ADPF.

Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 3, fl. 142. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 3, fl. 142. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 4, fl. 143. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 5, fl. 144. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 6, fl. 145. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 8, fl. 147. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 8-9, fl. 147-148. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

2.3.4 Voto do Ministro Nelson Jobim

Para o Ministro Nelson Jobim, é importante que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie sobre a questão para evitar insegurança jurídica em razão das inúmeras decisões prolatadas sobre a legalidade ou não do aborto do feto anencéfalo. Para Jobim, será preciso analisar se a interpretação do artigo 124 do Código Penal é compatível com a Constituição Federal que protege a inviolabilidade da vida, defendendo que haja, perante o STF, uma discussão definitiva sobre o tema a fim de se evitar a insegurança jurídica decorrente de decisões contraditórias, sendo, portanto, favorável à ADPF⁷⁷⁷.

2.3.5 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

O Ministro conhece da arguição e acompanha o voto do relator. Entende que uma nova Constituição e as alterações sobre os conhecimentos científicos podem contribuir para uma modificação das interpretações da lei anterior à Constituição, até então reconhecidos como indiscutíveis⁷⁷⁸.

2.3.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes

Gilmar Mendes entende que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é cabível, nos termos do artigo 1º da Lei 9882/99, e quando “for relevante o fundamento da controvérsia constitucional”⁷⁷⁹, abarcará também leis pré-constitucionais, leis federais,

⁷⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 1-2, fl. 233-234. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 8-9, fl. 231-232. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 3, fl. 161. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

estaduais ou municipais⁷⁸⁰ constituindo, a ADPF, parte integrante do “sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado”⁷⁸¹ no Supremo.

No entanto, para o Ministro, estabelecer quais os preceitos sujeitos à lesão não é fácil⁷⁸². Esses preceitos poderiam ser os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição ou os princípios sensíveis⁷⁸³, nos termos do artigo 34, VII, da Constituição, de modo que, para o Ministro, “a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição” inserem boa parte das normas constitucionais nesta visão de “proteção dessas garantias”⁷⁸⁴. Essa situação pode enfraquecer a proteção exigindo-se uma interpretação restritiva⁷⁸⁵, não das cláusulas pétreas, mas dos “princípios por elas protegidos”⁷⁸⁶. Significa

Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 3, fl. 161. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 3, fl. 161. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Para o Ministro Gilmar Mendes é possível reexaminar tudo aquilo que ainda não foi analisado pelo “controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 3, fl. 161. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 4, fl. 162. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Nesse sentido, André Ramos Tavares explica que os preceitos decorrentes da Constituição englobam aqueles expressos por ela (por isso diretos) e os indiretos, ou seja, aqueles “ligados à idéia central” trazida pela Constituição. TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 159.

⁷⁸³ Para André Ramos Tavares, além dos princípios expressos no ordenamento constitucional, existem os ‘princípios sensíveis’ que constituem “um rol de princípios (e regras, no rigor terminológico aqui adotado) aos quais a Constituição atribuiu tamanha importância que chegou a permitir que houvesse a suspensão da autonomia federativa [...]”. TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 150.

⁷⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 4, fl. 162. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 5, fl. 163. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 4, fl. 162. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Afirma o Ministro a necessidade de buscar uma interpretação restritiva da “própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 5, fl. 163. Disponível em:

dizer que, para Gilmar Mendes, não existe um “conteúdo específico” nas cláusulas pétreas⁷⁸⁷. Seria necessário buscar através da interpretação quais os princípios realmente protegidos por essas cláusulas⁷⁸⁸, e, portanto, a análise da existência ou não de lesividade deve considerar as “disposições que confirmam densidade normativa ou significados específicos a esse princípio”⁷⁸⁹, e não unicamente se há violação de um princípio fundamental⁷⁹⁰.

Explica ainda o Ministro que a norma constitucional não pode ser contrariada⁷⁹¹, mesmo quando se tratam de normas pré-constitucionais, pois o que se leva em conta não é o momento em que a lei foi editada, mas a existência de contrariedade. Não se trata de “mero conflito de normas a se resolver com a aplicação do princípio da *lex posterior*”⁷⁹², e que, com a edição da Lei 9882/99, o Supremo poderia decidir sobre qualquer conflito, com eficácia geral e efeito vinculante, envolvendo a constituição e normas pré-constitucionais⁷⁹³.

Ressalta o Ministro o caráter subsidiário da ADPF, isto é, ela não seria cabível se o debate for hipótese de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade⁷⁹⁴. Além disso, afirma que a existência de inúmeros posicionamentos

<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 5, fl. 163. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300.5>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 6-7, fl. 164-165. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 8, fl. 166. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 8, fl. 166. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 9-22, especialmente, p. 22, fl. 165-178. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 23, fl. 179. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 23, fl. 179. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 28, fl. 184. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011. O Ministro esclarece que a discussão

divergentes pode ameaçar ou lesionar um preceito fundamental⁷⁹⁵, possibilitando a propositura da ADPF para discutir essa lesividade via controle concentrado⁷⁹⁶.

Por fim, o Ministro traça o seguinte raciocínio: Se o STF tivesse de decidir um *Habeas Corpus* envolvendo uma gestante ou um médico, nessa circunstância, e decidisse pela concessão da medida, autorizando o aborto, o Tribunal reconheceria mais uma hipótese de aborto legal no artigo 128 do Código Penal ou a inaplicabilidade do artigo 124, também do Código Penal⁷⁹⁷. Já, se a interrupção da gestação fosse proibida, seria reconhecida em espécie a constitucionalidade da lei penal, não podendo ser admitida a interrupção no caso de feto anencéfalo⁷⁹⁸. Em qualquer dessas situações, a decisão teria um efeito geral⁷⁹⁹. Defende por fim o Ministro pelo cabimento da ADPF⁸⁰⁰.

2.3.7 Voto do Ministro Cezar Peluso

sobre o controle de legitimidade do direito pré-constitucional não pode ser objeto de ADI e, por isso, é cabível a ADPF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 28, fl. 184. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 30, fl. 186. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 31, fl. 187. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 34, fl. 190. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 35, fl. 191. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁷⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 35, fl. 191. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Em razão de o tema poder ser debatido em ações individuais, cabível a ADPF para esse fim. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 35, fl. 191. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 36, fl. 192. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

Cezar Peluso afirma, por outro lado, que a liminar ofende um valor jurídico⁸⁰¹. Para o Ministro, a vida intrauterina é “objeto da tutela jurídico-normativa”⁸⁰², independentemente das “deformidades que o feto possa apresentar”⁸⁰³. Afirma, ainda, que, apesar de existirem os métodos científicos atuais, nunca se deixou de admitir a possibilidade de um feto inviável⁸⁰⁴, não se convencendo o Ministro de que o feto anencéfalo é “um condenado à morte”⁸⁰⁵. Para ele, “todos nascemos para morrer” e não seria possível disponibilizar a outras pessoas a duração de uma vida⁸⁰⁶. Entende o Ministro que deve ser levada em consideração a integridade física e biológica do feto, e não apenas a integridade física da mulher⁸⁰⁷.

Afirma ainda o Ministro que o sofrimento faz parte da vida, e não “degrada a dignidade humana”⁸⁰⁸, de modo que o sistema jurídico somente rejeita o sofrimento causado por atos injustos⁸⁰⁹, já que não é a sua pretensão eliminar tal experiência aos homens⁸¹⁰.

⁸⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 1, fl. 93. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 1, fl. 93. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 2, fl. 94. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 2, fl. 94. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 2, fl. 94. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 3-4, fl. 95-96. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 3, fl. 95. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 3, fl. 95. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 3, fl. 95. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 3-4, fl. 95-96. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

Além disso, afirma Peluso que não há liberdade jurídica ou legalidade no caso em que a lei limita um determinado comportamento, estabelecendo-o como crime⁸¹¹. Outrossim, não entende ser possível aplicar analogia com o conceito de morte encefálica trazido pela lei que trata da doação de órgãos, já que o aborto não será realizado com o fim de salvar vidas⁸¹². Por fim, entende o Ministro que a gravidez por si só não traz grande risco à mulher, afastando a ofensa ao direito à saúde⁸¹³.

Questiona, enfim, o Ministro, se por meio da ADPF, não se estaria buscando criar nova hipótese de excludente para o crime de aborto, negando, assim a manutenção da medida liminar⁸¹⁴. Por fim, complementa o voto, entendendo que cabe ao Congresso Nacional debater sobre a eventual excludente de ilicitude⁸¹⁵.

2.3.8 Voto do Ministro Eros Grau

Eros Grau admite que o feto, nas lições de Pontes de Miranda e conforme o artigo 2º do Código Civil, é pessoa e deve ter proteção legal. Para o Ministro, durante o período em que a liminar estava em vigor, havia uma situação análoga a de como se o Direito Penal tivesse sido reescrito⁸¹⁶ pelo Poder Judiciário, que teria criado uma nova hipótese de aborto legal⁸¹⁷.

⁸¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 4, fl. 96. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 4, fl. 96. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 4, fl. 96. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 5-6, fl. 97-98. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 7, fl. 155. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 4-5, fl. 85. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

Para o Ministro, a única lógica que deve figurar no debate é a lógica jurídica, e que a liminar concedida viola a ideia de vida contida no artigo 2º do Código Civil. Afirma, finalmente, que a técnica de subsunção está superada e não pode a interpretação ficar restrita a ela⁸¹⁸, negando o referendo parcial da medida liminar.

2.3.9 Voto da Ministra Ellen Gracie

Para a Ministra, o que se pretende criar por meio da jurisprudência do tribunal é outra excludente de ilicitude ao aborto⁸¹⁹, acrescentando-se “conteúdos à norma vigente”⁸²⁰, de modo que, além do aborto necessário e sentimental, seria possível outra prática de aborto – no caso em que o feto fosse anencéfalo⁸²¹. Para Ellen Gracie, referida atividade, no entanto, seria de exclusividade do Poder Legislativo⁸²².

A Ministra Ellen Gracie entendeu que cabe à sociedade se fazer representar no Congresso Nacional⁸²³ a fim de que seja sanado o “problema de saúde pública” que aflige as

⁸¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 4-5, fl. 85. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 1, fl. 139. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 2, fl. 194. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 4, fl. 196. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 2-3, fl. 194-195. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 3, fl. 195. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸²³ Vale lembrar o interessante artigo de José Carlos Francisco, que tratado atual “debate sobre as reais funções do Estado contemporâneo”, incluindo “a separação dos poderes”. FRANCISCO, José Carlos. Estado Democrático de Direito. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 149. Complementa José Levi Mello do Amaral Júnior que “na fórmula ‘separação dos poderes’ o vocábulo é relativo às esferas de competência do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. A ideia é conter o poder pela sua partilha e comunhão entre diferentes órgãos”. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Poder. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 268.

“mulheres das classes menos favorecidas”.⁸²⁴ Para a Ministra, discutir o tema por meio da ADPF poderia ensejar a “ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição estrita de competência entre eles”⁸²⁵ não conhecendo, portanto, da ADPF⁸²⁶.

2.3.10 Voto do Ministro Carlos Velloso

Afirmou o Ministro que seria possível obter a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal⁸²⁷. Todavia, entendeu também Velloso que o Supremo acabaria trazendo mais uma hipótese de excludente de ilicitude ao realizar a interpretação conforme.⁸²⁸ O Ministro ressalta um fato importante: na interpretação conforme, não seria possível formular uma “regulamentação legal” adequada ao caso – que só poderia partir do Congresso Nacional – como ocorre com a lei francesa que estabelece condições detalhadas para que o aborto de feto anencéfalo possa ser realizado⁸²⁹. Deste modo, negou Velloso a liminar da ADPF⁸³⁰.

2.4 ARGUMENTOS APRESENTADOS EM AUDIÊNCIA PÚBLICA

⁸²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 14, fl. 206. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 15, fl. 207. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Nesse sentido, Carlos Eduardo Dieder Reverbel afirma que o nosso sistema de controle de constitucionalidade “favorece o ativismo judicial” e viola a separação dos poderes, pois o juiz age como “verdadeiro legislador, e inclusive *ex post facto*”. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 74.

⁸²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 15, fl. 207. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 1-5, fl. 208-212. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 6, fl. 213. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 7, fl. 214. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 11, fl. 218. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

O primeiro grupo ouvido na Audiência Pública realizada em 26 de agosto de 2008 foi composto pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Igreja Universal do Reino de Deus, a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, a Organização Não-Governamental Católicas pelo Direito de Decidir, e a Associação Médico-Espírita do Brasil.

Vamos destacar alguns argumentos trazidos pelos grupos durante as audiências.

Basicamente, o representante da CNBB, Padre Luiz Antônio Bento, argumentou, sob uma perspectiva católica, em defesa da vida do feto⁸³¹, defendendo que esta vida deveria ser respeitada desde a concepção em todas suas etapas de desenvolvimento⁸³².

Para o padre Luiz Antônio Bento, “quando a vida não é respeitada no seu início, dificilmente o será em suas outras etapas”⁸³³. Para ele, o simples fato de o feto pertencer à espécie humana já lhe garante o respeito e a tutela de sua dignidade⁸³⁴, que já lhe é intrínseca⁸³⁵, não cabendo ao estado “julgar o valor intrínseco de uma vida por suas deficiências”⁸³⁶. Argumenta, ainda, que a intenção do aborto do anencéfalo seria excluir o feto que não representa a perfeição, ou os padrões que a sociedade espera⁸³⁷. Sensibiliza-se com o sofrimento da mulher, mas essa dor não permite “o sacrifício da vida”⁸³⁸. Para o padre, trata-

⁸³¹ “No que tange ao início da vida, o pensamento católico medieval fortemente influenciado por Tomás de Aquino, inclina-se por uma diferenciação entre o feto formado e o informe e pela visão criacionista de que a alma era infundida por Deus no feto formado. Com Pio XII, a criação da alma retrocedeu ao momento da concepção”. SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 221. Ainda sobre este assunto, vale lembrar também Paul E. Sigmund, segundo quem “*Deliberate abortion of the fetus is for Aquinas equivalent to murder, but only after ‘quickening’ or ‘ensoulment,’ which Aquinas, following Aristotle, believed occurred forty days after conception in the case of males, and eighty days thereafter for females. However, contrary to what some contemporary polemicists have argued, Aquinas believed that abortion even before ensoulment was a sin, although not the sin of murder. He did not discuss the case where the mother’s life is directly threatened, but given his biblically based opposition to doing evil so that good may come of it (Romans 3:8), it is unlikely that he would have approved.*” SIGMUND, Paul E. Law and politics. In: **The Cambridge Companion to Aquinas**. KRETZMANN, Norman; STUMP, Eleonor (Editors). New York, EUA. Cambridge University Press, 1993, p. 227.

⁸³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 7-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

se de um aborto eugênico, uma eutanásia pré-natal⁸³⁹. Por fim, defende ele ainda que haveria uma consciência primitiva no feto, que este carrega “todos os dados genéticos”⁸⁴⁰, e, como o feto pode nascer com vida, não há que se falar em “morte encefálica”⁸⁴¹.

Em seguida, a Igreja Universal do Reino de Deus se manifestou, representada pelo Bispo Carlos Macedo de Oliveira, que afirmou preliminarmente que sua igreja respeita a laicidade do Estado⁸⁴² e que leva em consideração a racionalidade e a vida real⁸⁴³. Defendeu o Bispo o livre-arbítrio da mulher de escolher a gravidez – que nessa circunstância é muito difícil de mensurar⁸⁴⁴. Argumentou também que seria melhor aceitar essa hipótese de aborto sem “esbarrar nas radicalizações conceituais ou religiosas, até porque descriminalizar o aborto é diferente de torná-lo obrigatório”⁸⁴⁵, e até mesmo que uma mulher, “por questões de opção, consciência ou religiosidade, tem o direito de fazê-lo se assim desejar, ou não”⁸⁴⁶. Por fim, afirmou que respeita opiniões diferentes, o que é comum numa sociedade democrática, e que o “bom senso e interesse da coletividade no que tange ao bem comum” deve predominar⁸⁴⁷.

Depois, foi ouvida a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, representada pelo médico Rodolfo Acatauassú Nunes. Para ele, a anencefalia, assim como outras várias doenças congênitas, é letal⁸⁴⁸. Explicou o médico que, na anencefalia, existe uma parte do encéfalo, e que o encéfalo anterior é o mais atingido⁸⁴⁹. Por isso equivocadamente diz-se que o feto não tem encéfalo⁸⁵⁰. Esclareceu o médico que a anencefalia ocorre entre o 25º e o 27º dias de gravidez, e que os hemisférios cerebrais podem estar totalmente ausentes, ou podem existir vestígios

⁸³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 9. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 22. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 23. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 24. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 24. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

dos hemisférios cerebrais – e ainda assim a condição caracteriza a anencefalia⁸⁵¹. O médico ainda menciona que pode o feto respirar, por exemplo, encontrando-se nos registros médicos, casos em que o feto viveu mais de um ano, e nesse caso, não houve morte encefálica⁸⁵². Defende ainda o doutor que há sobrevida na anencefalia⁸⁵³. De acordo com o médico, dados de Pomeronce indicam que “47% morrem no primeiro dia, 44% entre um dia e uma semana; 8% entre uma semana e um mês e 1% com cerca de três meses. Ocasionalmente de sete a dez meses foram verificadas sobrevidas [...]”⁸⁵⁴.

Além disso, esclarece o médico que seria possível admitir “certo grau de uma consciência primitiva”⁸⁵⁵, mas não existe tecnologia para estudos mais específicos para mensurá-la⁸⁵⁶.

Também foi ouvida a socióloga Maria José Fontelas Rosado Nunes, representando a Organização Não-Governamental Católicas pelo Direito de Decidir, que realçou o “caráter laico do Estado”⁸⁵⁷, de modo que a imposição de conceitos religiosos violaria os direitos constitucionais garantidos pela Constituição Federal, num cenário democrático⁸⁵⁸. Além disso, acrescentou a socióloga que “uma legislação permissiva faculta, mas não obriga”⁸⁵⁹, o

⁸⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 25. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 26. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 27. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Esclarece o médico que “Não há cura no momento atual, ninguém está negando isso. Apesar de essa mortalidade ser muito elevada, algumas dessas crianças podem viver por meses ou mais raramente por um ano, mas nunca morrem, obrigatoriamente, todas elas, imediatamente após o parto”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 27. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 27. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 29. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. O médico afirma que “A Resolução do CFM nº 1752/04 autorizava a retirada de órgãos de crianças com anencefalia, classificando como inaplicáveis e desnecessários os critérios da morte encefálica. Posteriormente, em março de 2007, a Portaria nº 487, do Ministério da Saúde, revendo a questão [...] resolveu: “Art. 1º - A retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato encefálico para fins de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível.” (itálico do autor). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 28-29. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 32. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 39-40. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 39-40. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 41. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

que garante que pessoas que não queiram realizar o aborto possam seguir sua consciência, sem, no entanto, obrigar outros a seguir o mesmo caminho. Segundo Nunes, a manutenção forçada desse tipo de gestação desrespeita a liberdade e a dignidade da mulher, equiparando-se à tortura, e transformando a mulher em “coisa”.⁸⁶⁰ Por fim, a socióloga também observou o aspecto da justiça social envolvido, lembrando que a autorização do aborto do feto anencéfalo estaria “atendendo particularmente às mulheres pobres para quem a autorização judicial é condição de possibilidade de realização do procedimento médico”⁸⁶¹.

Por último, foram ouvidas as médicas Marlene Rossi Severino Nobre e Irvênia Luíza de Santis Prada, representando a Associação Médico-Espírita do Brasil. Explicaram as médicas que cérebro não é sinônimo de encéfalo, que seria “a massa cerebral contida dentro da cavidade craniana”⁸⁶² no sistema nervoso formada pelo “tronco encefálico, que é sobremontado pelo cerebelo, pelo diencéfalo e pelos dois hemisférios cerebrais”⁸⁶³; sendo que o cérebro é formado por esses dois hemisférios⁸⁶⁴. Ensinam que o anencéfalo, dependendo do caso, pode formar o “tronco cerebral alto”⁸⁶⁵, o que lhe permitiria o batimento cardíaco, por exemplo⁸⁶⁶.

O tronco cerebral alto teria, para elas, “o substrato da consciência”⁸⁶⁷, mas seria difícil mensurar tal consciência levando-se em conta apenas sua exteriorização, já que, para uma criança anencéfala, isso seria difícil ou impossível, pela inexistência frequente das “áreas nobres do córtex cerebral”⁸⁶⁸, ainda que exista, ao menos em tese, “substrato neural para desempenho de funções vitais e delegação com a Consciência” do anencéfalo⁸⁶⁹.

⁸⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 42-43. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 44. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 47. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 47. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 47. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 47. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 47. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 50. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 51. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 52. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

Ainda segundo as médicas, a ciência⁸⁷⁰ teria demonstrado que a vida é um “bem outorgado”⁸⁷¹ e não um acaso⁸⁷², e que, apesar de a anencefalia levar à morte o feto, intra ou extrauterinamente, a vida do feto deveria prevalecer sobre os outros valores em jogo⁸⁷³.

No segundo dia de audiência, foram ouvidos professores e cientistas. Pronunciaram-se o Conselho Federal de Medicina, a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o Deputado Federal Luiz Bassuma, Presidente da Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto, a Sociedade Brasileira de Genética Clínica, o Deputado Federal e médico José Aristodemo Pinotti, o Movimento “Brasil Sem Aborto”, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, e o ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

O médico Roberto Luiz D’Ávila, representante do Conselho Federal de Medicina, explicou que nas últimas décadas a tecnologia deixou o profissional da saúde muito próximo de questões inquietantes envolvendo o início e o fim da vida⁸⁷⁴, abordando a necessidade de respeitar-se as autonomias do paciente e do médico⁸⁷⁵. Lembrou que, no caso da mulher, a gravidez é sempre um risco, e cabe ao médico atuar no sentido de proporcionar-lhes o tratamento adequado, respeitando-lhes a autonomia e dignidade⁸⁷⁶. Para D’Ávila, o médico não deve trabalhar levando em conta as exceções, mas as regras, e a prática demonstra que poucos fetos anencefálos têm uma sobrevida significativa fora do útero⁸⁷⁷. Ressaltou o médico a dificuldade de como se orientar os médicos para que não violem a lei ou decisões

⁸⁷⁰ Quanto a alegar que a Ciência estaria comprovando objetos metafísicos, vale lembrar a opinião de Nietzsche: “*Knapsack of the Metaphysicians.- Those who boast so mightily of the scientificity of their metaphysics should receive no answer; it is enough to pluck at the bundle which, with a certain degree of embarrassment, they keep concealed behind their back; if one succeeds in opening it, the products of that scientificity come to light, attended by their blushes: a dear little Lord God, a nice little immortality, perhaps a certain quantity of spiritualism, and in any event a whole tangled heap of 'wretched poor sinner' and Pharisee arrogance.*” NIETZSCHE, Friedrich. **Human, all too human**. Translation: J.R. Hollingdale. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 217.

⁸⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 54. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 54. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 26 ago. 2008, p. 57. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 4-5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 7-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

judiciais⁸⁷⁸, observando também que o diagnóstico da anencefalia é possível na 9ª e 10ª semana de gestação. Elucidou ainda o médico, que a gravidez nessas circunstâncias traz um risco maior de acumular-se na gestante um excesso de líquido amniótico, que, por sua vez, pode provocar na gestante toxemia gravídica, uma doença hipertensiva específica da gravidez, o que, naturalmente, também aumenta as chances de a gestante sofrer outras doenças relacionadas à hipertensão⁸⁷⁹. Para o médico, não é possível se “esperar até o terceiro trimestre para que a toxemia se manifeste e tratar a complicação com perda de tempo e com risco maior”⁸⁸⁰ para a gestante.

O outro médico ouvido, agora representando a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, Jorge Andalaft Neto, buscou demonstrar os riscos à saúde da mulher no caso de uma gravidez de feto anencéfalo. Os dados trazidos pelo médico mostram que, no Estado de São Paulo, de cada 619 mil partos em 2005, 604 mil partos em 2006, e 594 mil partos em 2007, 88, 106, e 84, respectivamente, foram de fetos com anencefalia⁸⁸¹. O médico também mencionou que o diagnóstico da doença pode ser feito até a 12ª semana de gestação⁸⁸², e esclareceu que, além da letalidade da doença, em geral, os fetos podem sofrer outras deformações associadas⁸⁸³.

Andalaft Neto ressaltou que, além dos riscos à saúde durante a gravidez que decorrem de uma gestação de feto anencéfalo, existem riscos durante o parto, a serem somados aos problemas psíquicos sofridos pelas gestantes, como quadros de depressão e *stress*⁸⁸⁴. O médico apresentou dados de estudos, destacando o surgimento de pressão alta e diabetes decorrentes do excesso de líquido amniótico (polidrâmnio) que costuma ocorrer em uma gestação de feto anencéfalo, os riscos de parto prematuro ou gravidez prolongada, descolamento da placenta, falta de posicionamento correto do bebê, e óbito intrauterino, bem

⁸⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 9-10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 16. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 16. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 17-19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

como a necessidade de procedimentos especiais, tais como transfusão de sangue e estereotomia e partos de emergência⁸⁸⁵.

Em seguida, foi ouvida a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, representada pelo doutor Heverton Neves Pettersen. Explicou o médico que “o cérebro, a coluna, o canal medular são derivados do tubo neural” parte integrante do sistema nervoso central⁸⁸⁶, e que é possível diagnosticar a anencefalia a partir da 8ª semana⁸⁸⁷. O médico afirmou que “a incidência [da anencefalia] na população mundial é em torno de 1 a cada mil nascimentos”⁸⁸⁸, mas o “Estado de São Paulo teve uma incidência um pouco superior: 100 casos em 600.000 nascimentos”⁸⁸⁹. Segundo Pettersen, o diagnóstico da doença hoje é de 100%⁸⁹⁰. Ele ressaltou também as complicações decorrentes da produção em excesso de líquido amniótico, que, além dos problemas já apontados, pode também causar hidronefrose na gestante, em decorrência da compressão dos ureteres da mulher⁸⁹¹. Pettersen demonstrou que o caso no registro médico de anencefalia, na verdade, seria um pseudo caso de anencefalia, pois existente uma pequena parte do “lóbulo temporal que faz parte dos hemisférios cerebrais”⁸⁹². Para o médico, o feto anencéfalo é um “natimorto neurológico”⁸⁹³. Por fim, esclareceu o médico que o diagnóstico não se altera durante a gestação⁸⁹⁴, e não é possível que o encéfalo se desenvolva após a embriogênese⁸⁹⁵.

Em seguida foi ouvido o Deputado Federal Luiz Bassuma, Presidente da Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto. Para o deputado, “a vida não pode ser medida em estatística”, e ressaltou que atualmente existem dois Projetos de Lei tratando do

⁸⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 17-18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 23. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 24. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 24. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 24. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 27. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 28. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 29. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 30. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 31. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 32. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

aborto: o Projeto de Lei nº 4.403/2004, visando à legalização do aborto em geral, e o Projeto de Lei nº 5.364/2005, buscando criminalizar o aborto no caso de estupro. Para o deputado, qualquer vida no planeta pode vir a ser “mediocre” ou “superficial”, mas, no entanto, também “pode ser uma vida extraordinariamente marcante”⁸⁹⁶. Segundo Bassuma, não se pode eliminar a vida para resolver um problema⁸⁹⁷, especialmente no caso em tela, em que, segundo o deputado, seria possível fornecer-se meios para prevenir a anencefalia, como por exemplo, através do uso de ácido fólico⁸⁹⁸.

Depois manifestou-se a Sociedade Brasileira de Genética Clínica, representada pelo doutor Salmo Raskin. O pesquisador afirmou que a anencefalia ocorre frequentemente no Brasil⁸⁹⁹. Explicou que “a neurulação é um processo embriológico fundamental que leva à formação do tubo neural [...] precursor do cérebro”⁹⁰⁰. Segundo Raskin, o tubo neural se fecha no 24º dia depois da fecundação⁹⁰¹, momento em que a mulher ainda desconhece seu estado gravídico⁹⁰², que pode ser verificado apenas quatorze semanas depois⁹⁰³. Se não ocorrer o fechamento do tubo, tem-se a anencefalia⁹⁰⁴. Para o pesquisador o ácido fólico reduz de 10 a 40% dos casos de anencefalia quando administrado antes da gravidez⁹⁰⁵, mas não os elimina completamente⁹⁰⁶. Estudos demonstram que o acometimento de anencefalia na família aumenta a chance de novas ocorrências, inclusive com relação ao próprio casal que já tenha gerado um ou mais fetos anencéfalos anteriormente⁹⁰⁷. Além da forte incidência em fetos do sexo feminino, existem outros fatores que podem facilitar o aparecimento da anencefalia, tais

⁸⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 44. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 47. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 47. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁸⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 55. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 56. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 56. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 57. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 57. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 56. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 57. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 57. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 62. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

como, fatores ambientais, idade e obesidade da mulher⁹⁰⁸, uso de drogas, indutores de ovulação etc⁹⁰⁹.

Ensina ainda o pesquisador que o bebê anencéfalo, depois que nasce, comumente apresenta quadros de convulsão, com exposição do “tecido neural, hemorrágico e fibrótico”, falecendo horas ou dias depois do nascimento⁹¹⁰. Em razão dessa morte rápida, normalmente fica prejudica a retirada dos órgãos⁹¹¹ para transplante⁹¹².

Também foi ouvido o médico, professor e deputado federal José Aristodemo Pinotti, que afirmou que o Brasil é o “quarto País em incidência de anencefalia”⁹¹³, alcançando praticamente um caso a cada mil gestações⁹¹⁴. Para ele, o diagnóstico é preciso e evidente⁹¹⁵. O aborto ocorre com frequência no Brasil, e muitas mulheres – que se submetem a procedimentos abortivos ilegais – morrem ou tornam-se estéreis em consequência⁹¹⁶. Para o professor, quando o diagnóstico é correto⁹¹⁷, a anencefalia é letal em todos os casos⁹¹⁸. Estima, por fim, o professor, que ocorrem entre um milhão a um milhão e meio de abortos ilegais por ano no país⁹¹⁹.

⁹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 59. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 60. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 61. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 62. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 65. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. O transplante só pode ser realizado a partir do 7º dia de vida. Esse fato inviabiliza o transplante de órgãos de anencéfalos que, em geral, não sobrevivem sete dias. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 66. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 71. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 71. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 72-73. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 75. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹¹⁷ No caso da menina Marcela, Pinotti entende ter havido um diagnóstico equivocado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 81. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 77. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 79-80. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

A professora Lenise Aparecida Martins, representante do Movimento “Brasil Sem Aborto”, expôs que “cada anencéfalo tem a sua anencefalia”⁹²⁰, e que um percentual muito pequeno, em torno de um por cento, sobrevive três meses ou mais⁹²¹. Para a professora, afirmar que uma vida não merece ser vivida, desembocará em uma “ética de oportunismo, de uma ética utilitarista, em lugar da ética da dignidade humana”⁹²².

A Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência foi representada pelo médico Thomaz Rafael Gollop, que acrescentou a informação de que o Sistema Único de Saúde – SUS, em 2007 – ano anterior às audiências públicas – realizou 2.526.284 de exames de ultrasonografia, que é capaz de diagnosticar a anencefalia⁹²³. Ensinou o professor que o sistema nervoso pode ser dividido em sistema nervoso somático, que diz respeito à vida cognitiva superior; e, o sistema nervoso visceral, que se refere à vida vegetativa⁹²⁴. Afirmou Gollop que, mesmo se houver existência parcial do encéfalo, o que garantiria a possibilidade de uma sobrevida maior ao anencéfalo, ainda assim, o bebê não é capaz de processar informações⁹²⁵. Para ele, não existe “atividade cortical” no feto anencéfalo, o que constitui uma morte cerebral.⁹²⁶ O médico pesquisador relatou que, entre 1989 e 2008, foram expedidos mais de cinco mil alvarás judiciais autorizando a interrupção da gestação nos casos de feto anencéfalo⁹²⁷. Acrescentou, por fim, mais algumas complicações comuns nesse tipo de gestação, e afirmou que o feto não teria sentimentos, pois desprovido de crânio e cérebro⁹²⁸.

⁹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 83. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 83-84. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 90-91. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 94-95. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Afirmou que no caso da Marcela a sobrevida foi em razão de uma anomalia menos grave no sistema nervoso central, a merocrania. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 95. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 95. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 96. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 96. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 100. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 100. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

Encerrando o segundo dia de audiência, pronunciou-se o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, representado pela antropóloga e professora Débora Diniz. Reforçou a antropóloga o impacto que o diagnóstico de anencefalia provoca na mulher, e equiparou a manutenção desse tipo de gestação à tortura⁹²⁹. Tortura pelo fato de a gestante ter que preparar o enterro e não o enxoval do bebê, tortura por esperar nove meses aguardando uma autorização judicial que não será concedida⁹³⁰. Para a antropóloga, a convivência com “sofrimento involuntário das mulheres” vem de encontro à democracia⁹³¹.

No terceiro dia de audiência, foram ouvidos o Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, a Escola da Gente, a Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF, a Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, médicos especialistas e o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher.

O Ministro da Saúde defendeu a liberdade de escolha da mulher para a antecipação do parto no caso da anencefalia, em razão do sofrimento de se levar a termo uma gravidez nestas circunstâncias, por não existir dúvidas sobre a incompatibilidade da anencefalia com a vida extrauterina, e por força do critério de morte adotado hoje em nosso ordenamento, que considera morto o indivíduo sem atividade cerebral⁹³², analogicamente comparado ao feto com anencefalia que, por não ter o córtex cerebral, também seria considerado natimorto.⁹³³

Além disso, esclareceu o Ministro que o Sistema Único de Saúde – SUS realiza um “diagnóstico seguro”⁹³⁴, e está equipado com aparelhos adequados para detectar a anencefalia a partir da 12ª semana de gestação⁹³⁵, com atendimento realizado “por mais de um médico”, inclusive com a repetição de exames, caso seja verificada a má-formação⁹³⁶. A partir desse diagnóstico, a mulher recebe um acompanhamento médico e jurídico, com informações sobre

⁹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 104. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 105-107. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 28 ago. 2008, p. 110. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 6-7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

como prevenir a doença, e sobre como solicitar a interrupção da gravidez judicialmente, caso assim desejar⁹³⁷. Afirmar, ainda o Ministro, que o estado democrático deve apoiar “a diversidade de escolhas de experiências pautadas no conjunto de possibilidades ou impossibilidades físicas, emocionais, culturais de cada mulher para lidar com a condição acima descrita”.⁹³⁸ Por fim, para o Ministro da Saúde, a “antecipação do parto” é uma “situação limite”, diferentemente do “aborto”⁹³⁹, e que seria “sustentável” entendê-la como uma antecipação terapêutica no caso de anencefalia⁹⁴⁰.

Cláudia Werneck, jornalista, representando a Escola da Gente, afirmou que o tema não está vinculado à inclusão de pessoas com deficiência, mas a “direitos sexuais e reprodutivos femininos”⁹⁴¹. Favoravelmente ao aborto do feto anencéfalo, entende Werneck que, no caso, não há confusão entre anencefalia e “síndromes genéticas e congênitas, que geram múltiplas malformações consideradas graves”, mas que não são incompatíveis com a vida⁹⁴², concluindo que a antecipação do parto do feto anencéfalo não configura “um ato de discriminação com base na deficiência”⁹⁴³ ou eugenia⁹⁴⁴.

Expõe ainda Werneck que a “humanidade” não pode ser medida em razão de “qualquer especificidade”, e que os direitos previstos na Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU, “pressupõe que haja a presença de vida ainda que em forma de expectativa de vida”⁹⁴⁵. Significa dizer, para a jornalista, que é essencial que haja uma relação de um indivíduo com deficiência com o ambiente, exigindo-se, pelo menos, uma “expectativa de vida” para que os direitos e garantias passem a existir⁹⁴⁶. Ainda segundo

⁹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 7-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 9. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 22. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 22. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 23. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 25. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

Werneck, não se atribui um “juízo de valor” sobre a vida do feto anencéfalo, pois, neste caso, não haveria vida⁹⁴⁷.

A representante da Associação de Desenvolvimento da Família, ADEF, a médica endocrinologista Ieda Therezinha do Nascimento Verreschi, ensina que a “perspectiva e a expectativa de vida [do feto anencéfalo] é variável”⁹⁴⁸, devido à variação do “desenvolvimento do sistema endócrino fetal”⁹⁴⁹, conforme se dá a formação “de hipófise na base do cérebro”⁹⁵⁰ (e o feto anencéfalo pode, às vezes, ter desenvolvido a hipófise, o que poderia conferir-lhe uma sobrevivência um pouco mais longa⁹⁵¹). Ensina ainda a médica que entre 40% e 60% dos fetos com anencefalia nascem vivos, embora apenas 8% consigam sobreviver por algum tempo, uma vez que estejam desligados da mãe⁹⁵².

Afirma ainda Verreschi que o feto normalmente tem papel importante no “sistema de unidade fetoplacentária”⁹⁵³, participando da “unidade endócrina”⁹⁵⁴ que forma com a mãe desde a concepção, ou seja, emitindo também hormônios, juntamente com a própria gestante, ao longo da gestação⁹⁵⁵. No entanto, para a médica, essa atividade não se desenvolve plenamente no caso do feto anencéfalo⁹⁵⁶ porque ele “não libera os precursores hormonais”⁹⁵⁷,

⁹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 25-26. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 35-36. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 36. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 36. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 44. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. “hipófise é um órgão que tem dupla origem: uma no sistema nervoso central e outra no sistema digestivo; um desce em direção à porção caudal do embrião e o outro sobe na porção cefálica. Esse é um conjunto em que, nos casos de anencefalia, pode-se detectar um desenvolvimento prejudicado. Então, às vezes tem um pouco mais de neuro-hipófise, às vezes tem um pouco mais de adenoipófise, e isso é um comprometimento da hipófise”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 43-44. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 36. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 37. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 37. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 37. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 37. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 37. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

o que o diferencia de um ponto de vista endocrinológico de um feto normalmente desenvolvido desde o início da gestação.

A médica menciona também que há relação entre anencefalia e o “controle ambiental do uso de pesticidas”⁹⁵⁸, pois “organoclorados [que são frequentemente usados em pesticidas] dobram as chances de anencefalia”⁹⁵⁹.

Em seguida foi ouvida a Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, representada pela antropóloga Lia Zanotta Machado, que trouxe relatos de mulheres que passaram pela experiência de gestar um feto anencéfalo⁹⁶⁰. Para a antropóloga, as gestantes não são “depósitos”⁹⁶¹, e não se pode obrigá-las a levar a termo tal gravidez.

Posteriormente, mais alguns especialistas foram ouvidos. A primeira deste novo grupo de especialistas ouvidos foi a médica especializada em neurologia pediátrica, Cinthia Macedo Specian, que ensinou que o tubo neural deve formar-se integralmente até o 28º dia após a concepção⁹⁶². No entanto, se isso não ocorrer, haverá uma falha no fechamento do tubo neural, o que pode acarretar inúmeras más-formações, inclusive a anencefalia. Para a neurologista, a anencefalia é a falha nos “segmentos cefálicos na sua porção anterior” com o desenvolvimento parcial, ou sem desenvolvimento algum, da calota craniana⁹⁶³, ocasionando inúmeros defeitos e degenerações na massa nervosa a partir do 24º dia contado da concepção⁹⁶⁴. Para a médica, a partir da 14ª semana de gestação, é possível concluir o diagnóstico da anencefalia⁹⁶⁵.

⁹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 38. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 38. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Já que para a médica podem ser considerados “desreguladores endócrinos” podendo prejudicar o desenvolvimento correto de certas glândulas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 51-52. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 54. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 72. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 72-73. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 73. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 73. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

Esclareceu, ainda, a médica, que, para se declarar uma morte encefálica, é necessário que tenha havido uma sobrevida mínima superior a 7 dias, para que se possa identificar alguma “atividade elétrica” cerebral e seu desaparecimento. Por essa razão, não seria possível aplicar esse conceito de morte ao anencéfalo⁹⁶⁶. Em vista desta dificuldade, o exame de ultrassonografia e o teste de dosagem da alfa fetoproteína são indicados para auxiliar no diagnóstico de anencefalia⁹⁶⁷.

Afirmou por fim a doutora que, mesmo depois de se diagnosticar a anencefalia, seria ainda possível ocorrer um desenvolvimento de “massa rudimentar” cerebral no feto, muito embora jamais essa massa tornar-se-á um “cérebro perfeito”⁹⁶⁸, em relação ao que lembrou-nos ainda a médica que a “neurulação” no ser humano em geral segue até o início da vida adulta⁹⁶⁹.

O segundo especialista foi o médico ginecologista Dernival da Silva Brandão, que afirmou que, na anencefalia, a abóbora craniana não existe ou existe apenas parcialmente, e “a massa encefálica [é] reduzida”, admitindo-se uma gradação de seu desenvolvimento⁹⁷⁰. Segundo Brandão, a gravidez de um feto anencéfalo não traria mais riscos que uma gravidez de gêmeos. Não concorda o médico que caberia a antecipação de parto no caso do feto anencéfalo⁹⁷¹, pois, para ele, permitir-se o aborto terapêutico seria o início da prática da eugenia⁹⁷². Por fim, para o médico, uma autorização nesse sentido influenciaria a escolha das mulheres para o aborto⁹⁷³.

Por fim, foi ouvida Jacqueline Pitanguy, socióloga e cientista política, representando o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Argumentou a socióloga que o “conceito de vida está intimamente ligado às funções cerebrais que nos tornam seres humanos capazes de

⁹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 75-76. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 76. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 77. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 77-78. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 82. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 85. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 85-86. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 91. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

pensar, sentir, interpretar de diversas formas o mundo, sonhar, relacionar-se”⁹⁷⁴, e que “ausência de cérebro seria, assim, compreendida como ausência de vida”⁹⁷⁵. Defende ela o direito de a mulher decidir dar continuidade ou não à gestação⁹⁷⁶, pois a escolha se trataria de uma questão de “ética privada”⁹⁷⁷.

No quarto dia de audiência, manifestaram-se a médica Elizabeth Kipman Cerqueira, o Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos, a Secretaria da Presidência da República, e a Associação Brasileira de Psiquiatria.

A ginecologista Elizabeth Kipman Cerqueira explicou que a doação de órgãos do feto anencéfalo foi proibida porque estaria provado que não seria possível declarar-se a “morte encefálica”⁹⁷⁸ do feto dentro ou fora do útero, quando há, por exemplo, “respiração espontânea”⁹⁷⁹, pois “esses sinais são de atividade cerebral”⁹⁸⁰. Ademais, acrescentou Cerqueira que o tecido nervoso continuaria progredindo, “mesmo no feto anencéfalo”⁹⁸¹. Para ela, o feto tem “curtíssimo tempo de vida, mas está vivo”⁹⁸². A médica também discutiu o risco⁹⁸³ de uma antecipação do parto com a necessidade de internação de 3 a 11 dias devido ao uso de “ocitócicos, que provocam a contração”⁹⁸⁴, “à ruptura uterina e à infecção”⁹⁸⁵, além dos riscos de um parto cesariano⁹⁸⁶. Os problemas decorrentes da manutenção da gravidez, por outro lado, para a ginecologista, são tratáveis e “100% resolvidos pós-resolução

⁹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 96. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 96. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 97-98. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 04 set. 2008, p. 98. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 3. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 3. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 3. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁸¹ Por isso para a médica não houve erro no diagnóstico no Caso Marcela. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 4. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

espontânea”⁹⁸⁷. Esclarece, ainda, que a depressão da gestante surge em decorrência de se encarar a realidade, o que pode ocorrer também, inclusive, no caso de a gestante realizar o aborto⁹⁸⁸. A ginecologista entende que se o estado liberar a realização do aborto, a primeira reação da mulher diante de uma gravidez indesejada será a de concretizá-lo⁹⁸⁹. Em razão disso, o estado seria responsável “por dar oportunidade à mulher de pensar assim”⁹⁹⁰. Com esta observação, no contexto em que foi feita, Cerqueira parece acreditar que o estado seria um bom árbitro para decidir sobre o que ou como a população estaria autorizada a pensar.

A socióloga Eleonora Menecucci de Oliveira representou a Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos, e ressaltou que todas as mulheres devem ter direito à saúde, com qualidade e equidade⁹⁹¹, e também direito de informação, para que possam autonomamente decidir sobre sua vida⁹⁹². A legislação atual, na visão da socióloga, impõe uma decisão às mulheres, a de não abortar, mesmo em vista dos riscos e danos relacionados a uma gestação de feto acometido por anencefalia. Se desejarem outra opção, as gestantes precisam buscar uma autorização, cujo trâmite, é muito desgastante⁹⁹³. Oliveira nos lembra que o tempo é um fator importante a se levar em consideração: é possível o diagnóstico com doze semanas de gestação, momento em que “não há ainda alterações gravídicas evidentes, a mulher não sente movimentação fetal e o vínculo mãe e feto ainda é incipiente”⁹⁹⁴. Para ela, a violação do direito reprodutivo consiste na impossibilidade “do exercício da escolha de interromper a gravidez”⁹⁹⁵, fato esse que gera um “grave problema de saúde pública, pois, quando as mulheres não encontram respaldo legal para interromper a gravidez, passam a

⁹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Para a médica, o aborto provoca outras doenças, inclusive está ligado câncer de mama. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 24. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 25. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 26. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 27. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 30. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

procurar serviços clandestinos, geralmente inseguros”⁹⁹⁶. Para ela, não é possível que se atenda apenas ao desejo de uma parte das mulheres – as que não desejam antecipar a gravidez. É necessário que a lei garanta o direito de todas as mulheres poderem escolher o que parecer melhor a cada uma delas⁹⁹⁷.

Em seguida, foi ouvida a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, na pessoa da médica Nilcéa Freire. Ela esclareceu que, desde 2004, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher pronunciou-se favoravelmente à interrupção da gravidez de um feto anencéfalo⁹⁹⁸. Seria um “direito de escolha informado, mas que não está sujeito à tutela”⁹⁹⁹. Para ela, o estado teria condições de realizar a antecipação do parto¹⁰⁰⁰, o que não se dá plenamente hoje em decorrência dos limites legais, que precisariam ser alterados¹⁰⁰¹.

Depois, foi ouvido o médico psiquiatra Talvane Marins de Moraes, representando a Associação Brasileira de Psiquiatria. Para o médico, a saúde “é um bem-estar Biopsicossocial” ligado à qualidade de vida¹⁰⁰². Ensina o psiquiatra que a alegria e a tristeza são normais no homem, pois correspondem a “uma variação de humor”¹⁰⁰³; o luto seria um exemplo¹⁰⁰⁴. Para Moraes, a depressão é um estado anormal¹⁰⁰⁵, que exige tratamento com remédios¹⁰⁰⁶. Destaca que, nesses casos, a gravidez não é indesejada, mas a antecipação do parto ocorre em razão da inviabilidade do feto¹⁰⁰⁷. Para o psiquiatra, impor a manutenção da

⁹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 31. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 33. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 38. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

⁹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 38. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 47. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 48. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 50. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 51. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 52. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 51-52. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 52. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 53-54. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011. Para o médico a nomenclatura correta seria “antecipação terapêutica do parto”, vez tratar-se de natimorto.

gravidez pode ser equiparado à tortura¹⁰⁰⁸, sendo capaz de “desencadear um quadro psiquiátrico grave”¹⁰⁰⁹, de depressão, “de transtorno de estresse pós-traumático e até mesmo um quadro grave de tentativa de suicídio”¹⁰¹⁰. Por fim, acrescenta que é possível fazer um eletroencefalograma do feto como mais uma forma de se diagnosticar a anencefalia¹⁰¹¹.

2.5 ALEGAÇÕES FINAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E DO ARGUENTE

Comentaremos, a seguir, as alegações finais do Ministério Público Federal, da Advocacia-Geral da União e do Arguente na ADPF, que precederam o julgamento da ação pelo Supremo Tribunal Federal.

Passamos, pois a destacar os argumentos apresentados nas alegações finais por parte da Procuradora Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, que pleiteou, nesse momento, o deferimento da ação, fundamentando-se basicamente nos debates realizados nas audiências públicas, modificando posição anteriormente defendida pelo ex-Procurador-Geral da República, Claudio Fonteles.

Destacou a Procuradora Geral a impossibilidade absoluta de vida extrauterina do feto anencéfalo – que normalmente falece ainda no útero, ou que tem uma sobrevida vegetativa que geralmente se extingue poucos minutos ou horas após o parto¹⁰¹².

Além disso, fundamentou a Procuradora Geral a possibilidade de aborto na “impossibilidade real de transplantes de órgãos de fetos anencéfalos para terceiros”¹⁰¹³, vez que normalmente existem outras más-formações associadas à anencefalia, além de os órgãos

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 61. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 63. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 63. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 63. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Audiência Pública do dia 14 set. 2008, p. 65. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p.4, item 20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 5, itens 22-23. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

de anencéfalos serem menores do que os normais¹⁰¹⁴. Ademais, os órgãos só poderiam ser transplantados a outro recém-nascido a partir do 7º dia e inexistia na experiência médica brasileira qualquer caso de transplante nessas condições¹⁰¹⁵.

Duprat de Britto Pereira fundamentou também sua argumentação no fato de existir risco de vida e saúde à gestante, além de “abalos” de natureza psíquica¹⁰¹⁶ por ela sofridos em decorrência de uma tal gravidez. Alertou ainda a Procuradora Geral da República que os fundamentos válidos que devem ser suscitados são os de natureza jurídica, ética e científica, diante de o estado ser laico e pluralista¹⁰¹⁷. Lembrou, ainda que, no momento em que o Código Penal brasileiro foi escrito, não havia avanço científico capaz de diagnosticar a possibilidade de vida extrauterina¹⁰¹⁸, e que tal diploma também não adotou um caráter absoluto ao direito à vida¹⁰¹⁹.

Para a Procuradora Geral da República, seria possível seguir por duas direções e ainda assim decidir pela interrupção voluntária da gestação no caso de feto anencéfalo: i) vedação constitucional para tipificar uma conduta garantida como direito fundamental; e ii) atipicidade da conduta¹⁰²⁰.

No primeiro caso, vale a necessidade de se respeitar a autodeterminação da mulher como verdadeiro reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, com liberdade de agir conforme sua vontade¹⁰²¹. Justifica-se, portanto, o aborto do anencéfalo no direito à

¹⁰¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 5, itens 22-23. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 5, item 24. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 5, item 25. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 5, item 26. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 6, itens 29-30. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 6, item 31. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 6, item 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 7, item 34. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

privacidade que abarcaria a autonomia reprodutiva, como fundamento constitucional¹⁰²², o que segue a linha do voto do Relator Ministro Joaquim Barbosa, proferido no Habeas Corpus 84.025/6 RJ¹⁰²³. Tal direito constituiria verdadeiro reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰²⁴, afirmando ser uma “instrumentalização da mulher”¹⁰²⁵ a violação de seus direitos básicos¹⁰²⁶.

Admitiu, ainda, Duprat de Britto Pereira, que “em nome de ideias religiosas ou morais”¹⁰²⁷ é possível que decisões de se levar a termo a gravidez de um feto anencefálico sejam respeitadas individualmente, no campo da vida privada e consciência individual de cada um¹⁰²⁸, “mas não devem lastrear restrições heterônomas à liberdade alheia, num Estado que se pretenda Democrático de Direito”¹⁰²⁹.

Afirmou ainda a Procuradora que a manutenção da gravidez do anencéfalo é equiparada à tortura¹⁰³⁰, acarretando a violação da saúde física e psíquica da mulher se houver um tal prolongamento dispensável de sua angústia e sofrimento¹⁰³¹.

Abordou, ainda, Duprat de Britto Pereira, que a proteção progressiva do feto durante a gestação¹⁰³² não pode ser aplicada ao caso da anencefalia diante da inexistência de vida

¹⁰²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 8, item 37. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 7-8, itens 34-42. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 9, itens 43-44. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 9, item 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 9, item 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 9, item 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 9, item 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 9, item 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 10, itens 47-52. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 10-11, itens 47-52. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰³² A proteção é inicialmente menor, e vai aumentando, na medida em que avança a gestação, sendo relevante determinados marcos, como a nidação – fixação do embrião no útero materno -, a formação do córtex cerebral e

potencial do feto¹⁰³³, sendo cabível à espécie a analogia de morte encefálica, nos termos do artigo 3º, Lei 9434/97. Afirmou também que a anencefalia não pode ser equiparada ao aborto eugênico, pois este pressupõe a viabilidade da vida extrauterina, o que não ocorre no caso do anencéfalo¹⁰³⁴, de modo que a antecipação do parto de feto anencéfalo constitui direito fundamental da gestante, podendo, de qualquer modo, ser mantida a gravidez nos casos em que a mulher desejar levá-la até o final¹⁰³⁵.

Por fim, afirma a Procuradora Geral da República que a retirada do feto anencéfalo não viola o bem jurídico tutelado pelos dispositivos penais, isto é, a vida, uma vez que inexistente a continuidade da vida com o nascimento do feto¹⁰³⁶.

A Advocacia-Geral da União – AGU¹⁰³⁷ sustentou que as gestantes têm garantida a liberdade de escolher dar continuidade ou não à gravidez de feto anencéfalo pelas políticas públicas existentes¹⁰³⁸, especialmente, em razão do acesso ao Sistema Único de Saúde de atendimento pré-natal e medicina diagnóstica adequados¹⁰³⁹.

Além disso, posicionou-se a AGU no sentido de que a antecipação do parto é uma “alternativa legítima”¹⁰⁴⁰, tendo em vista a irreversível inviabilidade da vida extrauterina e os

o momento em que se caracteriza a viabilidade de vida extra-uterina”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 11, item 54. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 12, item 55. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 13, item 59. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 13, item 61. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Ministério Público Federal, p. 13-14, itens 64-67. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Advocacia-Geral da União. Petição assinada pelo Advogado-Geral da União Evandro Costa Gama, pela Diretora do Departamento de controle Concentrado e Advogada-Geral Letícia de Campos Aspesi Santos e pelo Procurador Federal Gerardo Wilames Fonseca e Silva. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Advocacia-Geral da União. Petição assinada pelo Advogado-Geral da União Evandro Costa Gama, pela Diretora do Departamento de controle Concentrado e Advogada-Geral Letícia de Campos Aspesi Santos e pelo Procurador Federal Gerardo Wilames Fonseca e Silva, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Advocacia-Geral da União. Petição assinada pelo Advogado-Geral da União Evandro Costa Gama, pela Diretora do Departamento de controle Concentrado e Advogada-Geral Letícia de Campos Aspesi Santos e pelo Procurador Federal Gerardo Wilames Fonseca e Silva, p. 4. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Advocacia-Geral da União. Petição assinada pelo Advogado-Geral da União Evandro Costa

“riscos pré-partos”¹⁰⁴¹ no caso do feto anencéfalo, fato que vai ao encontro do “poder decisório da mulher”¹⁰⁴², de modo que deve ser garantido a ela o direito subjetivo ao procedimento sem prévia autorização judicial¹⁰⁴³.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, a arguente da ADPF 54, destacou, em suas razões finais, cinco teses importantes, obtidas durante o debate público: i) a rede pública de saúde pode realizar o exame que dignostica a anencefalia, sendo certo que a anencefalia é considerada uma doença irreversível e fatal e que a rede pública tem condições de diagnosticá-la com precisão absoluta¹⁰⁴⁴; ii) há um perigo maior à vida da gestante na gravidez do anencéfalo, e pode existir um dano à saúde mental da gestante¹⁰⁴⁵; iii) o feto anencéfalo não é doador de órgãos, já que possui má-formações capazes de gerar rejeição¹⁰⁴⁶; iv) o procedimento médico é uma antecipação de terapêutica de parto e não aborto, pois não há possibilidade de vida extrauterina¹⁰⁴⁷; e v) a anencefalia não é deficiência, pois não há casos de adultos ou crianças com anencefalia¹⁰⁴⁸.

Gama, pela Diretora do Departamento de controle Concentrado e Advogada-Geral Letícia de Campos Aspesi Santos e pelo Procurador Federal Gerardo Wilames Fonseca e Silva, p. 7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Advocacia-Geral da União. Petição assinada pelo Advogado-Geral da União Evandro Costa Gama, pela Diretora do Departamento de controle Concentrado e Advogada-Geral Letícia de Campos Aspesi Santos e pelo Procurador Federal Gerardo Wilames Fonseca e Silva, p. 7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Advocacia-Geral da União. Petição assinada pelo Advogado-Geral da União Evandro Costa Gama, pela Diretora do Departamento de controle Concentrado e Advogada-Geral Letícia de Campos Aspesi Santos e pelo Procurador Federal Gerardo Wilames Fonseca e Silva, p. 8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Advocacia-Geral da União. Petição assinada pelo Advogado-Geral da União Evandro Costa Gama, pela Diretora do Departamento de controle Concentrado e Advogada-Geral Letícia de Campos Aspesi Santos e pelo Procurador Federal Gerardo Wilames Fonseca e Silva, p. 11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, p. 4. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, p. 4. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, p. 4. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, p. 4. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

A CNTS segue na defesa de que há atipicidade da conduta do aborto do anencéfalo¹⁰⁴⁹, porque a morte do feto não decorre de meios abortivos, uma vez que o feto, por não ter atividade cerebral, não é considerado um ser vivo¹⁰⁵⁰. Seria possível, ainda, uma interpretação evolutiva do direito penal, tendo em vista a inexistência de tecnologia determinante de doenças incompatíveis com a vida do feto à época da lei¹⁰⁵¹, tendo inclusive o legislador naquela época já valorado o sofrimento da mãe em relação à vida do feto nos casos de aborto em decorrência de estupro¹⁰⁵². Por fim, reafirmou a CNTS que a dignidade da pessoa humana é violada sob o prisma da integridade física e psicológica no caso de uma gestação de feto anencéfalo, e que a gestação nessas circunstâncias traz um perigo maior à saúde física e psíquica da mulher¹⁰⁵³, reiterando o pedido de interpretação conforme à Constituição¹⁰⁵⁴.

A seguir, passamos a analisar, voto a voto, com ênfase no mérito, a tão esperada decisão do STF a respeito do caso.

2.6 ANÁLISE DOS VOTOS NA ADPF 54 – MÉRITO¹⁰⁵⁵

A Arguição de Preceito Fundamental nº 54 foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal nas sessões dos dias 11 e 12 de abril deste ano de 2012.

¹⁰⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, p. 6-7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, p. 7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, p. 8-9. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Alegações Finais Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, p. 9-13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

¹⁰⁵⁵ [N.R.] Votos publicados no site do Supremo Tribunal Federal dos Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 abr. 2012. A análise dos demais votos foram baseadas nos votos lidos durante a sessão ao vivo da TV Justiça, disponibilizadas no STF no Youtube.

Nesta etapa do processo, decorridos quase 8 anos desde o início da tramitação da ação perante o STF, gostaríamos de observar preliminarmente que vários dos Ministros integrantes de nosso Supremo Tribunal Federal que participaram do julgamento de mérito diferem daqueles que votaram anteriormente, na limitar; a maioria por ter se aposentado ao longo dos anos que se foram.

Destacamos, a seguir, os principais argumentos trazidos pelos ministros no julgamento final da ADPF 54.

2.6.1 Voto do Ministro Relator Marco Aurélio¹⁰⁵⁶

O Ministro Relator agarrou-se a alguns argumentos já indicados na análise da medida liminar, complementando-os e apontando aspectos essenciais para a análise do tema.

Entendeu o Ministro Marco Aurélio que, de acordo com os dados da OMS colhidos entre 1993 a 1998, o Brasil é o quarto país em incidência de anencefalia, tendo sido emitidas em torno de 3000 autorizações judiciais para a realização da interrupção da gravidez nesses casos até 2005¹⁰⁵⁷.

Marco Aurélio enfatizou, ainda, que pretende-se, com a ADPF, tão-somente interpretar os dispositivos do Código Penal (124, 126 e 128, I e II) conforme a Constituição Federal.

Inicialmente, afastou o Ministro os termos “aborto”, “aborto eugênico” ou “eugenésico”, e “antecipação eugênica da gestação”¹⁰⁵⁸, diante da diferenciações terminológicas que fará ao longo do voto.

Para o Ministro é evidente o conflito dos “interesses legítimos da mulher”¹⁰⁵⁹ com os “interesses da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que

¹⁰⁵⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

¹⁰⁵⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 31.

¹⁰⁵⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 32.

¹⁰⁵⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 33.

nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência”¹⁰⁶⁰. No entanto, para ele, há um conflito apenas aparente, e não real, entre direitos fundamentais no caso do anecéfalo¹⁰⁶¹. Marco Aurélio entende que é necessário analisar se “há justificativa para a lei compelir a mulher a manter a gestação quando ausente a expectativa de vida para o feto”¹⁰⁶².

O Ministro Marco Aurélio abordou alguns pontos centrais da questão em seu voto. O primeiro ponto foi a análise do estado laico. Explicou o Ministro que o Brasil, já na época do Império, era um estado “relativamente tolerante”¹⁰⁶³, pois permitia o culto não católico em ambientes domésticos e templários, ainda que não fora deles¹⁰⁶⁴. A partir da transição império-república, o Brasil separou-se da igreja¹⁰⁶⁵, proibindo a intervenção estatal no “exercício dos cultos religiosos”¹⁰⁶⁶. Afirma o Ministro que a Constituição de 88 nos artigos 5º, VI e 19, I¹⁰⁶⁷ dedicou-se tratar desse tema adotando uma postura de “estado secular”¹⁰⁶⁸ tolerante, isto é, um estado que “não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro”¹⁰⁶⁹.

Para o Ministro, na esteira de Daniel Sarmiento, a laicidade estatal tem função dúplice, ora resguardando as religiões da intervenção estatal, ora protegendo o estado das “influências

¹⁰⁶⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 33.

¹⁰⁶¹ Aponta os direitos em conflito: dignidade humana, usufruto da vida, liberdade, autodeterminação, saúde e o reconhecimento de direitos fundamentais e estado laico e privacidade. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 33-34.

¹⁰⁶² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 33.

¹⁰⁶³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 36.

¹⁰⁶⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 36.

¹⁰⁶⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 36.

¹⁰⁶⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 37.

¹⁰⁶⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 38.

¹⁰⁶⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 41.

¹⁰⁶⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 41.

indevidas” das religiões¹⁰⁷⁰. Na visão do Ministro, religiões “não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritos à esfera privada”¹⁰⁷¹, e sequer podem orientar “o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais”¹⁰⁷².

O segundo ponto tratado pelo Ministro Marco Aurélio foi a anencefalia. Com base nas explicações científicas proferidas na audiência pública, o Ministro afirmou que o feto anencéfalo não possui as funções que “dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais”¹⁰⁷³, inexistindo a “sensibilidade, mobilidade, integração de quase todas as funções corpóreas”¹⁰⁷⁴, isto é, o “fenômeno da vida psíquica”¹⁰⁷⁵ e do sistema nervoso central que cuida da consciência¹⁰⁷⁶.

Afirmou ainda o Ministro que a anencefalia é fatal e irreversível¹⁰⁷⁷, lembrando também que a morte é verificada pela “parada total e irreversível das funções encefálicas”¹⁰⁷⁸ ou pela “parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com a finalização da atividade cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea”¹⁰⁷⁹, e que, no caso do anencéfalo, o próprio Conselho Federal de Medicina considerou-o natimorto (Resolução 1752/2004)¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 43.

¹⁰⁷¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 44.

¹⁰⁷² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 45.

¹⁰⁷³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 47.

¹⁰⁷⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 47.

¹⁰⁷⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 47.

¹⁰⁷⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 47.

¹⁰⁷⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 47.

¹⁰⁷⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 49.

¹⁰⁷⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 50.

¹⁰⁸⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 50.

Marco Aurélio entendeu que o anencéfalo “jamais se tornará uma pessoa”¹⁰⁸¹, e a análise de dados percentuais, ainda que um pouco controversos, demonstram a inviabilidade extrauterina do feto, resistindo o anencéfalo pouco tempo fora do útero materno¹⁰⁸².

Para o Ministro, o aborto do feto anencéfalo não se trata de aborto eugênico, pois não há vida no feto anencéfalo¹⁰⁸³. Não se trata também de uma deficiência com uma “sobrevida extrauterina”¹⁰⁸⁴, razão pela qual não há violação dos artigos 6º e 23 da Convenção sobre Direitos das Crianças das Nações Unidas¹⁰⁸⁵ e dos dispositivos constitucionais que protegem a criança¹⁰⁸⁶, vez que o feto anencéfalo não virá a ser uma criança¹⁰⁸⁷. O Ministro também considerou que o diagnóstico pode ser feito a partir da 12ª semana por instrumentos disponíveis na rede pública de saúde¹⁰⁸⁸ e é confiável¹⁰⁸⁹.

Seguiu o Ministro Marco Aurélio analisando o terceiro ponto a respeito da doação de órgãos de anencéfalos, logo afastando-a por duas razões principais: evitar a coisificação da mulher, porque obrigá-la a levar a termo uma gestação somente com a finalidade meramente utilitarista de doar os órgãos de seu feto seria transformá-la num objeto¹⁰⁹⁰, e pela

¹⁰⁸¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 50.

¹⁰⁸² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 51-52.

¹⁰⁸³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 53.

¹⁰⁸⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 53.

¹⁰⁸⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 54.

¹⁰⁸⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 55.

¹⁰⁸⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 55.

¹⁰⁸⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 55.

¹⁰⁸⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 55.

¹⁰⁹⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 57.

impossibilidade prática de se transplantar os órgãos de anencéfalos¹⁰⁹¹, seja porque são menores comparados aos de fetos normais¹⁰⁹², seja pela idade mínima exigida de 7 dias após o nascimento (Resolução CFM 1480/1997), normalmente não alcançada pelo feto anencéfalo¹⁰⁹³. Na esteira de Maíra Costa Fernandes, ainda que fosse possível aproveitar os órgãos para doação, defendeu o Ministro que o ato de doação é “intrinsecamente voluntário”¹⁰⁹⁴, e que, mesmo com fundamento da solidariedade, o direito não obriga o sacrifício próprio para salvar a vida de outros indivíduos¹⁰⁹⁵.

O quarto ponto analisado pelo Ministro versou sobre o pretendo direito à vida do feto anencéfalo. Para ele, o feto anencéfalo não tem vida em potencial¹⁰⁹⁶, porque é “natimorto cerebral”¹⁰⁹⁷. Por essa razão, o conflito dos direitos fundamentais protegidos da mulher com o direito à vida do feto anencéfalo é aparente, porque não há aborto, uma vez que não há vida a ser tutelada¹⁰⁹⁸.

O Ministro defendeu ainda que o legislador do Código Penal não dispunha do conhecimento dos recursos tecnológicos capazes de diagnosticar a anencefalia¹⁰⁹⁹, daí não lhe ter sido possível incluí-la no rol de excludentes legais do crime de aborto.

Marco Aurélio mencionou também o seu voto na decisão da ADI 3510, em que seria possível adotar várias linhas sobre o que seria vida e quando ela começa, destacando o voto do Ministro Ayres Britto naquela ação, de que, embora os “momentos da vida humana

¹⁰⁹¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 57.

¹⁰⁹² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 58.

¹⁰⁹³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 59-60.

¹⁰⁹⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 58.

¹⁰⁹⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 58.

¹⁰⁹⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 60.

¹⁰⁹⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 60.

¹⁰⁹⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 60.

¹⁰⁹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 62.

anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção”¹¹⁰⁰, o embrião não é considerado “pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição”¹¹⁰¹, existindo, portanto, a necessidade, de acordo com Marco Aurélio, de se verificar dois aspectos para tutelar-se o direito à vida: ser “indivíduo-pessoa”¹¹⁰², e ter ao menos a “potencialidade para tornar-se pessoa humana”¹¹⁰³.

Além disso, lembrou Marco Aurélio que, ainda que fosse admitido o direito à vida intrauterina do feto anencéfalo¹¹⁰⁴, haveria uma proteção menos intensa¹¹⁰⁵.

O Ministro ressaltou que não existe hierarquia do direito à vida em relação aos demais direitos fundamentais, mas a própria Constituição limita esse direito ao autorizar a pena de morte em caso de guerra declarada, e nas excludentes de ilicitude ou antijuridicidade no caso do aborto se a gravidez decorrer de estupro¹¹⁰⁶, por exemplo. Para o Ministro, portanto, o direito à vida comporta gradações, posição já adotada na ADI 3510 e confirmada a partir da análise das penas no caso de aborto e de homicídio, que demonstram que a proteção se amplia, conforme o desenvolvimento do indivíduo¹¹⁰⁷. Assim, se a “proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direito da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo”¹¹⁰⁸.

Por fim, o último ponto analisado pelo Ministro Marco Aurélio diz respeito ao direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade da mulher. Esclareceu o

¹¹⁰⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 63.

¹¹⁰¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 64.

¹¹⁰² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 64.

¹¹⁰³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 64.

¹¹⁰⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 65.

¹¹⁰⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 67.

¹¹⁰⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 65-66.

¹¹⁰⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 66-67.

¹¹⁰⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 67.

Ministro que é assegurado à mulher o direito à saúde física e psíquica, e os direitos sexuais e reprodutivos¹¹⁰⁹, garantindo-lhe o direito à sua integridade física, mental e moral¹¹¹⁰.

Quanto à saúde física, o Ministro afirmou que toda gravidez traz riscos, mas esses riscos são maiores quando a gravidez for de feto anencéfalo¹¹¹¹. Com relação à saúde psíquica, o Ministro ressaltou que a manutenção de uma gravidez de risco poderia trazer consequências psíquicas para a mulher e para a família, decorrentes “de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito”¹¹¹², podendo caracterizar especialmente quadros de estresse, depressão e até mesmo suicídio, configurando uma verdadeira tortura ou crueldade para a mulher dar continuidade a uma gestação dessa natureza¹¹¹³.

Dessa forma, defende Marco Aurélio que cabe à mulher e não ao estado decidir sobre a manutenção ou não da gravidez de feto anencéfalo, no exercício de seu direito à privacidade¹¹¹⁴. Ao estado cabe “informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for”¹¹¹⁵. Também não se trata de obrigá-la a antecipar o parto, mas de dá-la o direito de escolha, garantindo-lhe sua autonomia, autodeterminação e dignidade¹¹¹⁶.

Para o Ministro, não se pode proteger apenas o feto anencéfalo nessa relação, submetendo a mulher a um sofrimento físico e psicológico desnecessário:

¹¹⁰⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 67-68.

¹¹¹⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 77-78.

¹¹¹¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 68-70.

¹¹¹² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 71.

¹¹¹³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 72.

¹¹¹⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 76.

¹¹¹⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 76.

¹¹¹⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 76-77.

o ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido¹¹¹⁷.

Entende o Ministro que é preciso garantir a plena liberdade de escolha na esfera privada¹¹¹⁸, de modo que a “incolumidade física”¹¹¹⁹ do feto anencéfalo não pode ser preservada a qualquer custo¹¹²⁰ quando for possível minimizar a dor da mulher diante da inviabilidade inevitável do feto¹¹²¹.

Assim, o Ministro relator Marco Aurélio julgou a ação procedente, declarando a interpretação conforme à Constituição Federal para excluir a interrupção da gravidez de feto anencéfalo da conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal¹¹²².

2.6.2 Voto da Ministra Rosa Weber¹¹²³

A Ministra Rosa Weber abordou quatro argumentos principais que direcionaram seu parecer¹¹²⁴: i) se a tipicidade da antecipação terapêutica do parto pode ser vista como crime de

¹¹¹⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 78.

¹¹¹⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 78.

¹¹¹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 78.

¹¹²⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 78.

¹¹²¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 79.

¹¹²² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 80.

¹¹²³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012. Vide também comentários ao voto proferido no site do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204755>>. Acesso em: 27 abr. 2012.

¹¹²⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:07:33- 0:07:34).

aborto¹¹²⁵; ii) se houve vontade do legislador de excluir a anencefalia do rol de excludentes para o crime de aborto¹¹²⁶; iii) a ponderação dos valores em conflito: a liberdade, dignidade e saúde da mulher de um lado, e a vida do feto anencéfalo de outro; e iv) se a criminalização desse tipo de aborto, de feto anencéfalo, sem viabilidade de vida extrauterina, pode violar o direito reprodutivos da mulher.

Após tecer uma crítica sobre os conceitos fornecidos pelas ciências, a Ministra lembrou que tais conceitos não são estáveis, e que, para julgar o caso, seria válido apenas o conceito jurídico¹¹²⁷.

A partir daí, Weber analisou o direito penal e civil. Em primeiro lugar, analisou as penas trazidas pelo Código Penal, destacando que crimes que versam sobre a relação entre o feto e a gestante está sujeita a penas inferiores às reservadas às relações entre dois indivíduos plenamente formados¹¹²⁸. Além disso, lembrou a Ministra que o direito à vida no Código Penal não é um valor único e absoluto, pois não houve interesse do legislador em proteger o feto em detrimento da mãe no caso de estupro, por exemplo¹¹²⁹. Para Rosa Weber, o termo vida, para o Código Penal, poderia ser substituído, conforme a linguagem do Direito Penal, pela “manutenção de sinais vitais do ser humano”, sendo necessário saber quais seriam esses sinais vitais¹¹³⁰. Para a Ministra, não há indicação desses sinais¹¹³¹.

O Código Civil também não conceitua vida, embora reconheça o interesse de proteger-se o feto¹¹³². No entanto, é necessário esclarecer que o âmbito da proteção se dá com o

¹¹²⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:07:38).

¹¹²⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:08:30-0:38:05).

¹¹²⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:14:39-0:38:05).

¹¹²⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:40:01).

¹¹²⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:40:30).

¹¹³⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:40:46).

¹¹³¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:40:54-0:41:11).

¹¹³² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:44:39).

nascimento com vida, com o início da personalidade jurídica do indivíduo¹¹³³. A Ministra busca conceitos na área de biética¹¹³⁴, e cita a lei de doação de órgãos (lei nº 11.434/97), afirmando que o direito protege a vida, observada a existência de atividades psíquicas, e não a mera vida orgânica ou atos reflexos¹¹³⁵. Por outro lado, não quer dizer, na visão da Ministra que não seja possível proteger-se um organismo em funcionamento, mas essa proteção não é absoluta¹¹³⁶.

Para a Ministra, a contribuição da medicina se dará com a indicação da morte cerebral que constituirá um critério seguro para determinar o conceito de vida e de morte¹¹³⁷. Assim como ocorreu com o embrião na análise da lei de biossegurança na ADI 3510, segundo Weber, para ser tutelado pelo direito, o organismo deve ter condições de ser pessoa, possuindo o mínimo intrínseco das capacidades humanas¹¹³⁸. Essa é a vida protegida pela Constituição, conforme o entendimento da Ministra¹¹³⁹. Portanto, para ela, a anencefalia não é compatível com o conceito de aborto¹¹⁴⁰, pois, para este existir, é necessário que exista também vida neste sentido¹¹⁴¹. Assim, concluiu a Ministra que interrupção da gravidez de feto anencéfalo é fato atípico, e inseri-la como fato típico seria inconstitucional, já que a vida que

¹¹³³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:45:50-0:46:10).

¹¹³⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:47:10).

¹¹³⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:47:30-0:48:24).

¹¹³⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:48:32-0:49:25).

¹¹³⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:49:25-0:52:15).

¹¹³⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:52:15-0:55:35).

¹¹³⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:57:05).

¹¹⁴⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:56:34-0:56:37).

¹¹⁴¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:56:38-0:57:15).

a Constituição protege é outra¹¹⁴². Uma proibição violaria a liberdade de escolha da gestante¹¹⁴³.

Quanto à vontade do legislador, a Ministra entendeu que ela não poderia violar a Constituição Federal¹¹⁴⁴, e que muitas vezes a lei é feita de forma atécnica para ser aprovada politicamente, deixando as dúvidas para serem resolvidas pelo Poder Judiciário¹¹⁴⁵.

Com relação à ponderação de valores, Rosa Weber entendeu que a técnica não mede propriamente os valores em jogo, mas, sim, os argumentos apresentados¹¹⁴⁶, pois os valores têm o mesmo peso em uma sociedade democrática¹¹⁴⁷. Caberia falar, então, para a Ministra, na proporcionalidade em sentido estrito para se justificar as restrições de um princípio em relação a outro¹¹⁴⁸. Esclareceu a Ministra que, neste caso concreto, há dúvidas sobre os direitos do feto, mas não há dúvida sobre os direitos da gestante¹¹⁴⁹. Há dúvidas também sobre a vontade do legislador. A discussão, para ela, diz respeito à possibilidade de a anencefalia estar incluída ou não no tipo penal contido nos artigos 124 e 126, e não se seria uma hipótese de excludente¹¹⁵⁰.

Por fim, quanto ao quarto ponto analisado, a respeito de encontrar-se justificada (ou não) a criminalização da conduta da gestante¹¹⁵¹, entendeu a Ministra que é difícil valorar o

¹¹⁴² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:57:50).

¹¹⁴³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:58:00-0:58:04).

¹¹⁴⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (1:00:00-1:00:20).

¹¹⁴⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:59:51-0:59:59).

¹¹⁴⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (1:01:08-1:01:11).

¹¹⁴⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (1:01:12-1:01:30).

¹¹⁴⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (1:01:31-1:02:03).

¹¹⁴⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (1:02:14-1:02:18).

¹¹⁵⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (1:2:19-1:03:10).

¹¹⁵¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (1:03:37-1:04:06).

direito à vida do feto¹¹⁵², pois, para tanto, seria necessário recorrer ao Direito Penal que, cada vez mais, mostra-se ineficaz para solucionar problemas concretos, causando mais custos à sociedade¹¹⁵³. Além disso, para Weber, não há um interesse social de tutelar uma vida que não irá se desenvolver socialmente, violando o direito reprodutivo da mulher¹¹⁵⁴. Finalizou a Ministra seu voto dizendo que aquelas mulheres que optaram por dar à luz o anencéfalo exercitaram seu direito de escolha e tiveram sua vontade respeitada¹¹⁵⁵.

2.6.3 Voto do Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa não leu o seu voto em plenário, apenas deixando-o para juntada. Menciona, entretanto, que seu voto é o mesmo já publicado no HC 84.025/2004¹¹⁵⁶, que já analisamos anteriormente, tendo sofrido poucas alterações.

Dessa forma, vale relembrar que, como já estudado anteriormente neste trabalho, o Ministro Joaquim Barbosa analisa dois argumentos centrais: i) se a vida do nascituro está protegido pelo Direito Penal, e, ii) se o aborto eugênico pode ser inserido em uma das hipóteses de excludente do artigo 128 do Código Penal¹¹⁵⁷.

¹¹⁵² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (1:03:55).

¹¹⁵³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (1:04:26-1:05:20).

¹¹⁵⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (1:05:20-1:06:20).

¹¹⁵⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (1:06:30-1:07:24).

¹¹⁵⁶ Indica em plenário que o seu voto já foi publicado na obra **Nos Limites da Vida**. GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 73-92.

¹¹⁵⁷ GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 89.

Com relação ao primeiro aspecto, o Ministro entende que há graus de proteção da vida¹¹⁵⁸. Faz ele uma distinção no caso do feto anencéfalo que, apesar de biologicamente vivo, não encontra amparo jurídico¹¹⁵⁹.

Já com relação ao segundo argumento central, o Ministro entendeu que o legislador não dispunha de tecnologia para diagnosticar a anencefalia e que, em razão disso, trata-se de conduta atípica¹¹⁶⁰.

Por fim, vale dizer que o Ministro entendeu que deve ser garantido o exercício dos direitos reprodutivos ligados à liberdade e autodeterminação da mulher¹¹⁶¹.

2.6.4 Voto do Ministro Luiz Fux¹¹⁶²

O Ministro Fux inicia seu voto aguçando a imaginação do auditório, destacando a situação de casais que, ao invés de planejar como será o nascimento de seu filho, encomenda um “pequeno caixão branco”¹¹⁶³, sinal da tristeza de uma “mulher que, em verdade, jamais conseguirá ser mãe do filho que gestava”¹¹⁶⁴.

Para o Ministro, tal situação não é tão incomum, já que apontam os dados da Organização Mundial de Saúde (OMS) que o Brasil está em 4º lugar em nascimentos de fetos anencéfalos, ficando atrás somente do México, Chile e Paraguai, com uma média de 8,6 para cada 10.000 nascimentos¹¹⁶⁵.

¹¹⁵⁸ GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 90.

¹¹⁵⁹ GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 90-91.

¹¹⁶⁰ GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 91.

¹¹⁶¹ GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 87-88.

¹¹⁶² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

¹¹⁶³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 1.

¹¹⁶⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 1.

¹¹⁶⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 1.

O Ministro entende que o Poder Judiciário deva ter uma “postura minimalista”, para não buscar agir como legislador¹¹⁶⁶. Vale dizer que, para Fux, pautado na doutrina de Alexy e no Direito comparado, é preciso considerar, no entanto, “o grau de violação da dignidade da mulher” nesse caso¹¹⁶⁷.

Ressalta o Ministro que 94% dos fetos anencéfalos (de acordo com CAISM/UNICAMP – Centro de Atenção Integral à saúde da mulher - ago. 2000 e jul. 2010) morrem dentro de até 24 (vinte e quatro) horas após o parto, sendo 67% na 1ª hora, com média de vida de 51 minutos, sem considerar aqueles fetos que morreram antes do parto, ainda na barriga da mãe¹¹⁶⁸. Além disso, destaca Fux que é possível diagnosticar a anencefalia com segurança e precisão nas primeiras cinco semanas por meio de ultrassonografia¹¹⁶⁹. Ressalta ainda o Ministro que a anencefalia é irreversível e sem cura¹¹⁷⁰.

Diante desses aspectos, entendeu o Ministro que a manutenção da gestação nessas circunstâncias é equiparável à tortura¹¹⁷¹, apoiando-se no fato de que “a interrupção da gravidez tem o condão de diminuir o sofrimento mental da gestante”¹¹⁷². Para tanto, aponta pesquisas realizadas pelo Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, que indicam que 60% das mulheres, após a interrupção da gravidez, não têm qualquer constrangimento de falar sobre o ocorrido e aconselhar outras gestantes a realizar o procedimento, e 91,4% submeteriam-se novamente ao procedimento caso a situação se repetisse¹¹⁷³.

Além disso, o Ministro salienta os riscos à saúde física e vida da mulher¹¹⁷⁴: 38% de fetos morrem dentro do útero¹¹⁷⁵, há um aumento excessivo do líquido amniótico¹¹⁷⁶

¹¹⁶⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 3-4.

¹¹⁶⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 5.

¹¹⁶⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 5.

¹¹⁶⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 6.

¹¹⁷⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 7.

¹¹⁷¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 7.

¹¹⁷² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 7.

¹¹⁷³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 8.

¹¹⁷⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 9-10.

¹¹⁷⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 9.

(polihidrâmnio) durante a gravidez, e a ausência de pescoço e o tamanho pequeno da cabeça podem aumentar o risco no parto¹¹⁷⁷.

Em razão disso, destaca o Ministro Fux a análise da constitucionalização do Direito Penal¹¹⁷⁸ que deveria agir na estrita necessidade para garantir a proteção dos valores¹¹⁷⁹. Para ele, o Direito Penal deve-se “sujeitar aos princípios e regras dos direitos fundamentais”¹¹⁸⁰.

Destaca Fux três premissas principais que devem orientar o direito penal¹¹⁸¹: i) a reserva legal e liberdade de conformação do legislador¹¹⁸². Conforme essa premissa, a “tipificação de condutas penais e a fixação de penas aplicáveis são matérias reservadas à lei”¹¹⁸³ e ao reconhecimento da liberdade de conformação do legislador, observando “as demandas sociais”¹¹⁸⁴ e as “circunstâncias políticas e econômicas de cada época”¹¹⁸⁵. Serviria, assim, a Constituição Federal como “fonte de legitimação e de limitação do legislador”¹¹⁸⁶. ii) a premissa garantista, porque, para restringir o direito à liberdade do indivíduo, é preciso observar-se os seus direitos individuais¹¹⁸⁷, considerando-se o “princípio da razoabilidade-proporcionalidade e especialmente na dimensão da redação do excesso”¹¹⁸⁸. iii) O dever de proteção – o Estado deve proteger os “bens jurídicos constitucionalmente relevantes, como a

Dados de 10 anos colhidos no Hospital da Mulher da UNICAMP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 9.

¹¹⁷⁶ Em 15% dos casos. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 9.

¹¹⁷⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 9.

¹¹⁷⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 10.

¹¹⁷⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 10-11.

¹¹⁸⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 11.

¹¹⁸¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 11.

¹¹⁸² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 11.

¹¹⁸³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 11.

¹¹⁸⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 12.

¹¹⁸⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 12.

¹¹⁸⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 12.

¹¹⁸⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 12-13.

¹¹⁸⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 13.

vida, a dignidade, a integridade das pessoas e a propriedade”¹¹⁸⁹, e, se não os proteger eficientemente, também viola a Constituição Federal¹¹⁹⁰.

Admite o Ministro que, em casos especiais, é preciso fazer uma leitura moral da Constituição Federal¹¹⁹¹, buscando a ponderação de princípios¹¹⁹². Em razão desses argumentos, entende o Ministro que o artigo 128 deve sofrer uma “reeleitura”¹¹⁹³, tendo em vista as “novas necessidades científicas e sociais”. Acrescenta Fux que a ultrassonografia surge em 1940, razão pela qual inexistiam os meios de diagnóstico de anencefalia quando da edição do Código Penal¹¹⁹⁴, sendo possível por isso fazer uso da ferramenta aristotélica da “equidade integrativa”, de forma a integrar a “omissão legislativa com aquilo que teria dito o legislador se tivesse conhecido do caso em questão”¹¹⁹⁵. Ressalta ainda o Ministro a “permissão do aborto sentimental” para corroborar tal assertiva¹¹⁹⁶, de modo a demonstrar que o legislador de 1940 já tutelava a saúde psíquica da mulher, admitindo o aborto de “um feto sadio”¹¹⁹⁷.

Para o Ministro, o “sacrifício da penalização”¹¹⁹⁸ da gestante de feto anencéfalo não é “necessário aos fins do direito punitivo”¹¹⁹⁹, mas é desproporcional “diante da inafastável defesa da dignidade da mulher”¹²⁰⁰, de modo que, “ainda que não se trilhe o caminho da exclusão da antijuridicidade da conduta”¹²⁰¹, a gestante não deve ser punida. Para Fux, o

¹¹⁸⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 13.

¹¹⁹⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 13.

¹¹⁹¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 14.

¹¹⁹² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 14.

¹¹⁹³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 15.

¹¹⁹⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 15.

¹¹⁹⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 15.

¹¹⁹⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 15.

¹¹⁹⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 15.

¹¹⁹⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 17.

¹¹⁹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 17.

¹²⁰⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 17.

¹²⁰¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 17.

perdão judicial, que exclui a punidade quando as consequências do delito atingem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torna desnecessária, bem como o critério da imprescritibilidade da pena, insculpido no artigo 59 da lei penal, revelam de forma cristalina a suma injustiça e a reprovação no teste da razoabilidade da criminalização do aborto de feto anencéfalo¹²⁰².

Continua o Ministro no sentido de que o Direito Penal deve destinar-se à punir “condutas aviltadas para a vida em comunidade”¹²⁰³, o que não é o caso do aborto do feto anencéfalo. Para Fux, o caso em tela refere-se à questão de saúde pública, que atinge “em sua maioria as mulheres que compõem a parcela menos abastada da população”¹²⁰⁴, de forma que deveria ser tratada “com uma política de assistência social eficiente”¹²⁰⁵.

Por fim, afirma o Ministro que não se impõe às gestantes de feto anencéfalo a realização do aborto, apenas não se deve punir aqueles que decidirem fazer o procedimento¹²⁰⁶. Para Fux, essas pessoas não atuam *contra legem*¹²⁰⁷, não estando elas obrigadas a “assistir, durante nove meses, à missa de 7º dia de um filho acometido de uma doença que o levará à morte, com grave sofrimento físico e moral para a gestante”¹²⁰⁸.

Assim, o Ministro Fux julgou a ação procedente, conferindo interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 128 Código Penal, de forma a não “reconhecer o crime de aborto nas interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo”¹²⁰⁹.

2.6.5 Voto da Ministra Cármen Lúcia¹²¹⁰

¹²⁰² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 17-18.

¹²⁰³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 18.

¹²⁰⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 18.

¹²⁰⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 18.

¹²⁰⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 19.

¹²⁰⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 19.

¹²⁰⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 19.

¹²⁰⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 19.

¹²¹⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:06:25-2:19:28).

A seguir, passamos a destacar do voto da Ministra Cármen Lúcia os argumentos principais que utilizou sobre o tema para fundamentar a procedência da ADPF 54.

Entendeu a Ministra que, independentemente de ser favorável ou não ao aborto do feto anencéfalo, todos prezam a vida, de acordo com os conceitos que se tem “de vida e da própria vida”¹²¹¹. O que resta saber, para a Ministra, é o que a Constituição valora nesta ponderação¹²¹².

A Ministra frisou que não se trata de autorizar o aborto do feto anencéfalo, mas de verificar se os dispositivos penais que tipificam o crime de aborto também poderiam ser interpretados dessa forma no caso de feto anencéfalo¹²¹³.

Cármen Lúcia não entende que essa análise possa permitir o aborto eugenésico, pois o aborto e a eugenia são práticas proibidas. O aborto de feto anencéfalo versa sobre a análise de inviabilidade da vida¹²¹⁴.

A Ministra entende que, no caso sob análise, deve ser levada em consideração a possibilidade de escolha por parte da mulher, isto é, a liberdade de continuar ou não com a gravidez de feto anencéfalo¹²¹⁵.

Fundamentou seu voto nos princípios da dignidade da vida e no direito à saúde¹²¹⁶. Para a Ministra “o útero é o primeiro berço do ser humano”¹²¹⁷, e, em uma gravidez de feto anencéfalo, o “berço se transforma num pequeno esquife, a vida se entorta”¹²¹⁸, pois a mulher

¹²¹¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:07:19).

¹²¹² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:07:49-2:07:51).

¹²¹³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:08:20).

¹²¹⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:08:35-2:09:05).

¹²¹⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:09:20-2:09:46).

¹²¹⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:09:47-2:10:06).

¹²¹⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:10:20).

¹²¹⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:10:21-2:10:33).

precisa enfrentar a “morte antes mesmo da vida”¹²¹⁹, talvez sendo esse o fator mais importante, mais sensível à dignidade da pessoa humana¹²²⁰ no caso.

A Ministra não quis abordar o argumento de se o feto é pessoa ou não¹²²¹, mas o considerou um “ser”¹²²², afirmando que o caso refere-se à “uma relação de seres”¹²²³.

A Ministra lembrou o luto pelo que a gestante passa ao saber que concebeu um feto anencéfalo, e que, “se puder optar” pela interrupção dessa gravidez, passa por uma espécie de “luto-libertação”¹²²⁴. Assim, para ela, a escolha pelo aborto do feto anencéfalo não é uma escolha fácil¹²²⁵. É a escolha do possível¹²²⁶. É uma “escolha de dor”¹²²⁷. É a “escolha da menor dor”¹²²⁸. Para a Ministra, essa escolha se coaduna com a ideia de dignidade da vida assegurada pela Constituição¹²²⁹. Por essa razão, essa conduta não é criminalizável¹²³⁰.

Para Cármen Lúcia, o avanço tecnológico trouxe dois aspectos novos ao drama da anencefalia: tanto ela antecipa o sofrimento, porque a mulher passa a saber da anencefalia

¹²¹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:10:48-2:10:51).

¹²²⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:10:52-2:11:00).

¹²²¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:11:10).

¹²²² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:11:11).

¹²²³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:11:01-2:11:16).

¹²²⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:11:31).

¹²²⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:12:48-2:12:57).

¹²²⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:13:02-2:13:04).

¹²²⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:13:14).

¹²²⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:13:17-2:13:20).

¹²²⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:13:28-2:13:38).

¹²³⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:13:50-2:13:53).

muito mais cedo; quanto também possibilita a formação de uma decisão da mulher a respeito¹²³¹.

Além disso, para a Ministra, é preciso levar-se em conta também o direito do pai e da família no debate, pois todos sofrem com essa situação¹²³²; é a dignidade de todos¹²³³.

Aponta ainda a Ministra o direito à saúde¹²³⁴. É a saúde do feto, mas também da gestante¹²³⁵, que estão em jogo, devendo ser consideradas a saúde física e psíquica¹²³⁶. Para ela, “não há bem jurídico a ser tutelado com sobrevalor”¹²³⁷, não existindo na norma penal o que justifique a “impossibilidade total” de a mulher escolher¹²³⁸.

A mulher proibida de interromper a gravidez de feto anencéfalo, para Cármen Lúcia, tem medo do que está por vir em decorrência da anencefalia, e também devido à possibilidade de sofrer um processo criminal caso escolha por realizar um aborto¹²³⁹. Além disso, a mulher nessas circunstâncias vive com vergonha de expor sua incapacidade de escolha, enfatizando a Ministra a contradição da existência dessa situação “numa sociedade que se diz uma sociedade democrática com possibilidade de garantir a liberdade para todos”¹²⁴⁰.

¹²³¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:13:58-2:14:00).

¹²³² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:14:44-2:15:30).

¹²³³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:15:36).

¹²³⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:16:08).

¹²³⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:16:14).

¹²³⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:16:30-2:16:36).

¹²³⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:16:45-2:16:49).

¹²³⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:16:55).

¹²³⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:17:14-2:17:30).

¹²⁴⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:18:02-2:18:08).

A Ministra entende que a excludente do artigo 128 do Código Penal abarca a vida saudável¹²⁴¹ para a gestante, o que inclui a vida psíquica também¹²⁴², e que o juiz, ao aplicar a lei, deve levar em conta os fins para os quais a norma se destina – e, no Brasil, todas as leis devem se destinar à dignidade da pessoa humana¹²⁴³.

Finaliza a Ministra Cármen Lúcia dizendo que em uma democracia a vida “impõe respeito”¹²⁴⁴ e, nesse caso, o feto “não tem perspectiva de vida”¹²⁴⁵, devendo ser levada em conta a existência de outras vidas que dependerão dessa escolha¹²⁴⁶.

Desse modo, a Ministra Cármen Lúcia também julgou a ação procedente, conferindo interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 128 Código Penal, de modo que a interrupção voluntária da gravidez em caso de gestação de feto anencéfalo não tipifique o crime de aborto.

2.6.6 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski¹²⁴⁷

O Ministro Lewandowski afirma que as principais doutrinas penais que analisam o artigo 128 do Código Penal não permitem o aborto eugenésico, de forma que o legislador, de

¹²⁴¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:18:17).

¹²⁴² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:18:20).

¹²⁴³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:18:35-2:18:49).

¹²⁴⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:18:52).

¹²⁴⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:18:56).

¹²⁴⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:19:01-2:19:10).

¹²⁴⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

“modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez nessas situações”¹²⁴⁸.

Além disso, para o Ministro já existiam à época da edição da lei penal exames capazes de diagnosticar a anencefalia, como é o caso do “exame do líquido amniótico”¹²⁴⁹.

Enfatizou ainda Lewandowski que o papel para alterar os dispositivos do Código Penal cabe ao Congresso Nacional, “intérprete último da vontade soberana do povo”¹²⁵⁰, que preferiu manter “intacta”¹²⁵¹ a legislação penal sobre o tema.

O Ministro entendeu que a interpretação conforme “configura método preferível à pura e simples declaração de inconstitucionalidade, quando mais não seja em homenagem à vontade do legislador”¹²⁵², mas, para ele, existem limites para essa interpretação: i) não pode o intérprete violar disposição literal expressa em lei¹²⁵³; e, ii) não pode substituí-lo ou contrariar a vontade do legislador¹²⁵⁴, de modo que não seria possível atribuir a um texto legal uma interpretação *contra legem*, mesmo sob o contexto de interpretação conforme à Constituição¹²⁵⁵, devendo o Supremo Tribunal Federal apenas exercer o papel do “legislador

¹²⁴⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 5.

¹²⁴⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 6.

¹²⁵⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 6.

¹²⁵¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 6.

¹²⁵² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 9-10.

¹²⁵³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 11.

¹²⁵⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 11.

¹²⁵⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 12.

negativo”¹²⁵⁶, isto é, observando o “princípio da intervenção mínima”¹²⁵⁷, sob pena de fazer a vez do legislador positivo¹²⁵⁸.

Entendeu ainda Lewandowski que, tratando-se de tema extremamente polêmico¹²⁵⁹ e complexo¹²⁶⁰, o legislador ainda não decidiu a respeito, de modo que não foi admitida outra hipótese de aborto legal¹²⁶¹.

O Ministro afirmou que o direito à vida encontra-se protegido pela Constituição Federal e por tratados internacionais, em especial o artigo 4.1 do Pacto de San José, e que uma decisão que autorizasse o aborto de feto anencéfalo “teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina”¹²⁶².

Além disso, para Lewandowski, se admitíssemos o aborto de feto anencéfalo, existiriam outros dispositivos legais que deveriam ser declarados inconstitucionais ou ser interpretados conforme à Constituição, como é o caso do próprio artigo 2º do Código Civil¹²⁶³.

Ressaltou o Ministro ainda, que a Portaria 487, de 2 de março de 2007, do Ministério da Saúde, preocupa-se com os fetos anencéfalos que, mesmo com “um sistema nervoso

¹²⁵⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 12.

¹²⁵⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 13.

¹²⁵⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 13.

¹²⁵⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 14.

¹²⁶⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 14.

¹²⁶¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 14.

¹²⁶² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 15.

¹²⁶³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 17.

central incompleto, sentem dor e reagem a estímulos externos”¹²⁶⁴. Nessa linha, se exige a “parada cardíaca irreversível” do feto anencéfalo para retirada de órgãos para transplante¹²⁶⁵.

Por fim, destacou o Ministro que o Congresso Nacional não está alheio ao tema¹²⁶⁶, já que existem dois projetos de lei¹²⁶⁷ em andamento, ambos para excluir a punibilidade da prática de aborto de feto anencéfalo¹²⁶⁸. Ressaltou Lewandowski que o Projeto de Lei 50/2011, inclusive, passou recentemente pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa da Câmara Alta, e lhe foi acrescentado alguns pontos: o diagnóstico deve ser subscrito por dois médicos diversos daqueles que irão participar do procedimento, e o Conselho Federal de Medicina deverá regulamentar o procedimento¹²⁶⁹.

Assim, Lewandowski considerou improcedente a ADPF 54 tendo em vista que permitir a interpretação por parte do Supremo Tribunal Federal da lei no sentido de “criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude”¹²⁷⁰, ultrapassaria a competência privativa do Congresso Nacional¹²⁷¹.

¹²⁶⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 18.

¹²⁶⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 18-19.

¹²⁶⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 20.

¹²⁶⁷ Projetos 4403/2004 da Deputada Jandira Feghali e Projeto de Lei 50/2011 do Senador Mozarildo Cavalcanti. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 21. O Ministro também nos lembra dos Projetos de Lei 183 do Senador Duciomar Costa proposto e posteriormente retirado por ele mesmo e do Projeto de Lei 227, também do Senador Mozarildo Cavalcanti, que após anos parado foi arquivado. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 22.

¹²⁶⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 21.

¹²⁶⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 23.

¹²⁷⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 24.

¹²⁷¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 24.

2.6.7 Voto do Ministro Carlos Ayres Brito¹²⁷²

O Ministro Ayres Britto iniciou seu voto lembrando que o feto anencéfalo não possui uma parte vital do cérebro sem a qual está fadado a “uma parada cardíaco-respiratória” pós-parto, e que, em cerca de 65% dessa espécie de gestação, a morte ocorre ainda no útero, ocasionado riscos altos à mulher¹²⁷³. Brevemente, o Ministro analisou também a possibilidade de interpretação conforme a constituição, acatando-a¹²⁷⁴.

Ayres Britto destacou três aspectos que podem ser extraídos de textos normativos consensuais em que “o aborto é uma realidade do mundo do ser transportado para o mundo do dever-ser”¹²⁷⁵, concluindo, posteriormente, que o aborto é a expulsão do produto da concepção¹²⁷⁶. Neste sentido, concluiu também Ayres Britto que o aborto é crime tipificado pelo Código Penal¹²⁷⁷.

Ayres Britto seguiu analisando a possibilidade de se fundamentar o início da vida, ainda que em estado latente, na concepção¹²⁷⁸, esclarecendo que não há na Constituição Federal ou no Código Penal uma definição de vida dada pelo legislador, o que o Ministro considerou “muito estranho”¹²⁷⁹. Enfatizou ainda o Ministro que, “quanto ao início da vida, a Constituição Federal é de um silêncio de morte”¹²⁸⁰.

¹²⁷² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

¹²⁷³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:05:00-0:06:49).

¹²⁷⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:08:00-0:09:00).

¹²⁷⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:13:31-0:13:54).

¹²⁷⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:14:00-0:14:39).

¹²⁷⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:14:40-0:15:31).

¹²⁷⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:16:00-0:16:53).

¹²⁷⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012.. (0:16:49-0:17:59).

¹²⁸⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:18:00-0:18:13).

Para Ayres Brito, “toda vida humana começa com a fecundação do óvulo”¹²⁸¹; no entanto, “não é possível confundir embrião de vida humana com vida humana embrionária”¹²⁸². O zigoto se enquadraria na primeira situação, não sendo vida humana embrionária¹²⁸³, que só se desenvolve com a fecundação do zigoto dentro do útero, que se torna essencial, uma vez que o embrião não é auto-constitutivo¹²⁸⁴.

Defendeu o Ministro então que o organismo embrionário, que está dentro do útero, por sua vez, não é propriedade da mulher, pois é detentor de direitos para o Código Civil (artigo 2º), e pelo Pacto de San José¹²⁸⁵.

Dando continuidade a seu voto, o próximo ponto abordado por Ayres Britto foi o de que não há crime de aborto se o feto for “natimorto cerebral”¹²⁸⁶; isto é, se for um “ser sem viabilidade vital”¹²⁸⁷. Neste caso, o crime não existiria por não existir no feto “uma pessoa humana [...] no sentido biográfico”¹²⁸⁸, segundo o Ministro.

Mais uma vez, como já o havia feito na liminar da ADPF 54, Ayres Britto comparou o feto anencéfalo com a “crisálida que jamais chegará ao estágio de borboleta”¹²⁸⁹, e entendeu que a conduta de um aborto de feto anencéfalo seria atípica, porque a gravidez resultará em

¹²⁸¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:18:40-0:18:50).

¹²⁸² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:19:20-0:19:32).

¹²⁸³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012.. (0:19:33-0:19:37).

¹²⁸⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:19:38-0:20:37).

¹²⁸⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:20:38-0:21:56).

¹²⁸⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:22:11-0:22:34).

¹²⁸⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:22:35-0:22:39).

¹²⁸⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:23:18-0:23:22).

¹²⁸⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:24:14-0:24:18).

um “nada”¹²⁹⁰, o que poderia até ser chamado de aborto no sentido coloquial, mas não no sentido jurídico¹²⁹¹.

Ayres Britto ainda lançou mão dos critérios da morte encefálica para determinar o momento da morte¹²⁹², aproximando a anencefalia de tal conceito¹²⁹³.

A seguir, o Ministro defendeu que, ainda que se considerasse o caso do aborto de anencéfalo um crime, ele não seria punível¹²⁹⁴, porque, no caso concreto, devem-se levar em conta os riscos à saúde física e psíquica da mulher, bem como o fato de que o resultado da gravidez não será a vida¹²⁹⁵.

Para reforçar o argumento, Britto também lembrou que o legislador não puniu o aborto no caso de gravidez decorrente de estupro, ainda que o feto fosse viável¹²⁹⁶, pois, em vista do ato de violência do qual resulta a gravidez, negar à mulher o aborto no caso seria violar sua saúde física, psíquica e moral¹²⁹⁷, uma verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana¹²⁹⁸.

Esclareu a seguir o Ministro que a escolha de se realizar o aborto do feto anencéfalo caberá sempre à mulher, a quem não se vai impor nenhuma conduta¹²⁹⁹. Para ele, no entanto,

¹²⁹⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012.. (0:24:19-0:24:37).

¹²⁹¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:25:30-0:25:42).

¹²⁹² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:27:15-0:28:39).

¹²⁹³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:32:28-0:33:52).

¹²⁹⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012.. (0:33:53-0:34:47).

¹²⁹⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:34:48-0:35:54).

¹²⁹⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:37:30-0:37:48).

¹²⁹⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:37:49-0:39:00).

¹²⁹⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:39:01-0:39:40).

¹²⁹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:40:19-0:40:44).

“gravidez é dar vida, e não morte”¹³⁰⁰, e, de outro modo, a gravidez “não flui”¹³⁰¹. Por essa razão, para Ayres Britto, obrigar a mulher a levar a gravidez até o fim seria equiparável à “tortura, a tratamento cruel cruel”¹³⁰². Dar continuidade à gestação de feto anencéfalo, para o Ministro, é “martírio voluntário”¹³⁰³, que a mulher pode escolher, mas ao que não pode ser obrigada¹³⁰⁴. Para Ayres Britto, finalmente, “é melhor tirar essa plantinha do útero do que deixar cair no abismo da sepultura”, e, a escolha de abortar ou não é uma decisão “sagrada” da mulher¹³⁰⁵.

Assim, Ayres Britto seguiu o voto do Ministro Relator Marco Aurélio, dando uma interpretação conforme à Constituição Federal ao caso, considerando a interrupção da gestação do feto anencéfalo uma conduta atípica¹³⁰⁶.

2.6.8 Voto do Ministro Gilmar Mendes¹³⁰⁷

Logo no início, declarou o Ministro ser cabível a ADPF nº 54, ratificando o seu posicionamento anterior, da liminar¹³⁰⁸.

¹³⁰⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:42:13-0:42:18).

¹³⁰¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012.. (0:42:19-0:43:00).

¹³⁰² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012.. (0:45:20-0:45:33).

¹³⁰³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012.. (0:45:34-0:45:41).

¹³⁰⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:45:42-0:47:10).

¹³⁰⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:48:18-0:48:20).

¹³⁰⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:48:30-0:50:16).

¹³⁰⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

¹³⁰⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:50:22-0:51:14).

Na opinião do Ministro, em casos de omissão, o Supremo avançou, pois tem admitido a técnica aditiva de interpretação¹³⁰⁹. Ademais, para Gilmar Mendes, tendo-se em vista a sensível problemática do aborto do feto anencéfalo, a decisão de cassação da liminar lhe pareceu correta¹³¹⁰. Relembrou ainda o Ministro o ocorrido no caso levado ao Judiciário no Rio de Janeiro, em que o feto anencéfalo nasceu antes do julgamento do processo, tendo sido declarado prejudicado o objeto da ação¹³¹¹. Daí, para Gilmar Mendes a relevância da ADPF 54¹³¹².

Iniciou o debate posicionando-se favorável à participação de entidades religiosas nos debates públicos¹³¹³ e sua habilitação como *amicus curiae* para consagrar a pluralidade¹³¹⁴, criticando a negativa do Supremo com relação a esta habilitação¹³¹⁵.

Com relação ao tema específico do aborto, o Ministro analisou o direito comparado e afirmou que 94 países membros da ONU autorizam esse tipo de aborto há pelo menos uma década, citando entre eles, Espanha, México, Itália e Portugal, mesmo com a existência de forte base religiosa católica nesses países¹³¹⁶. Salientou Gilmar Mendes que as opções desses países foram cercadas de procedimentos que garantem maior segurança no diagnóstico – como, por exemplo, a exigência da confirmação do diagnóstico realizada por mais de um médico, diverso daquele que realizará o procedimento – e na formação da decisão da mulher –

¹³⁰⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:52:00-0:52:47).

¹³¹⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:54:01-0:54:57).

¹³¹¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:54:58-0:58:18).

¹³¹² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:58:19-1:00:45).

¹³¹³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:00:46-1:02:12).

¹³¹⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:02:13-1:05:05 e 1:11:01-1:12:57).

¹³¹⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:11:00-1:17:35).

¹³¹⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:17:35-1:18:55).

especialmente com o aconselhamento sobre planejamento familiar, informações detalhadas a respeito da gestação de feto com anencefalia, etc¹³¹⁷.

Gilmar Mendes, em seguida, destacou dois aspectos relevantes ao caso: i) a diferença entre anencefalia e morte cerebral. Para o Ministro, no primeiro caso, há algumas funções autônomas, como a respiração e o batimento cardíaco, ao passo que, na morte cerebral, essas funções dependem de aparelhos¹³¹⁸; e ii) entendeu o Ministro que a verificação da anencefalia ocorre a partir do final do primeiro trimestre de gravidez, isto é, seria a partir da 10ª semana de gestação que o diagnóstico se daria com segurança¹³¹⁹. Destacou também os vários riscos comuns a esse tipo de gestação, e a inviabilidade extrauterina do feto após horas ou dias do nascimento¹³²⁰.

Baseando-se nesses dois aspectos, à luz do direito brasileiro, Gilmar Mendes refutou alguns argumentos apresentados pelas partes, notadamente o que diz respeito à dignidade, afirmando que, tanto a dignidade da gestante, quanto a do feto, devem ser protegidas, pois, como já decidido na Alemanha, “a vida também passa por esse estágio fetal”¹³²¹.

Para o Ministro, a regra do Código Penal é a proibição do aborto, e a conduta analisada na ADPF 54 não versa sobre conduta atípica, pois o feto nasce com vida¹³²². No entanto, acredita o Ministro que a resposta ao caso pode ser extraída da interpretação do próprio dispositivo penal, em especial, a partir da análise das excludentes legais¹³²³.

¹³¹⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:18:56-1:29:00).

¹³¹⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:29:13-1:29:49).

¹³¹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:30:06-1:30:18).

¹³²⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:30:19-1:31:02).

¹³²¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:35:02-1:34:56).

¹³²² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:35:40-1:36:05).

¹³²³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:36:06-1:38:07).

Defendeu Gilmar Mendes que o aborto de feto anencéfalo encontra-se entre as duas excludentes já existentes¹³²⁴, cabendo apenas uma interpretação evolutiva dos dispositivos legais¹³²⁵. Enquanto o inciso I do artigo 128 do Código Penal protege a vida da mulher, e o inciso II do mesmo artigo protege a saúde psíquica da mulher, ainda que viável o feto¹³²⁶, seria possível reconhecer que a resposta já consta da própria opção do legislador¹³²⁷. Para o Ministro, os riscos desse tipo de gestação nem sempre se enquadram no risco à vida da mulher, protegido pelo inciso I¹³²⁸, e, ao mesmo tempo, a situação da mulher gestante de um feto anencéfalo, que deverá conviver com o diagnóstico da inviabilidade, assemelha-se à figura da saúde psíquica protegida no inciso II do artigo 128 do Código Penal, somando-se ao fato de que no caso do feto anencéfalo, o feto é inviável¹³²⁹. Assim, acredita o Ministro que o legislador não detinha o conhecimento sobre os instrumentos tecnológicos para diagnosticar a anencefalia, e, por isso, não incluiu também essa hipótese de excludente no diploma legal, podendo tal lacuna, pois, ser considerada omissão legislativa não condizente com a Constituição Federal e o próprio “espírito” do Código Penal¹³³⁰.

Gilmar Mendes entendeu, portanto, que a falta de um modelo institucional adequado “contribui para a desproteção”¹³³¹ da mulher, e que não lhe parece tolerável que se imponha à gestante a obrigação de levar uma gravidez de anencéfalo ao término, em face da inexistência de um modelo adequado, de justificativa, ou de excludente¹³³². A imposição da manutenção

¹³²⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:44:56).

¹³²⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:38:59-1:40:18).

¹³²⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:36:06-1:38:07).

¹³²⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:42:36-1:43:38).

¹³²⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:38:25).

¹³²⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:38:47-1:38:58).

¹³³⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (-1:43:40-1:44:56).

¹³³¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 /91:45:54-1:46:23).

¹³³² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:44:57-1:45:28 e 1:45:54-1:46:23).

da gravidez poderia ser considerada tortura física e psíquica¹³³³. Para o Ministro, esse é um caso em que há necessidade de uma postura positiva do Poder Judiciário, diante da falta de um modelo institucional adequado, e em face da violação à privacidade, intimidade, e autonomia individual da mulher¹³³⁴.

No entanto, alerta o Ministro, com base no direito comparado analisado, que é preciso conferir segurança, tanto no que concerne ao diagnóstico, quanto no que diz respeito à formação da decisão da mulher, cabendo ao Ministério da Saúde e ao Conselho Federal de Medicina¹³³⁵ estabelecer critérios para tanto, incluindo medidas preventivas, como a adição do ácido fólico nos alimentos ou durante o período pré-gestacional – que já vem sendo realizada por parte do estado brasileiro¹³³⁶ –, o diagnóstico de dois ou mais médicos¹³³⁷, assistência psicológica à gestante¹³³⁸, etc.

Por fim, julgou Gilmar Mendes procedente a ação com efeitos aditivos, no sentido de que não seja punido o aborto de feto anencéfalo, devendo o diagnóstico ser confirmado por meio de parecer de dois médicos distintos, e que as autoridades competentes e mesmo o legislador, pronunciem-se a respeito para corrigir eventuais omissões¹³³⁹.

2.6.9 Voto do Ministro Celso de Mello¹³⁴⁰

¹³³³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:45:54-1:46:23).

¹³³⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:46:24-1:47:57).

¹³³⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:48:29-1:48:54).

¹³³⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:49:13-1:50:10).

¹³³⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:48:55-1:49:12).

¹³³⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:50:11-1:50:43).

¹³³⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:52:53-1:53:58).

¹³⁴⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

O Ministro Celso de Mello entendeu tratar-se de caso extremamente relevante para determinar o “alcance e sentido da vida e da morte”¹³⁴¹, e que somente em um Estado laico, secular e democrático é possível tratar com dignidade as “experiências da vida”¹³⁴² numa perspectiva “emancipatória dos direitos humanos”¹³⁴³.

Entendeu ainda o Ministro que o tema não é uma disputa entre Estado e Igreja¹³⁴⁴. Para o ele, a laicidade foi a opção brasileira¹³⁴⁵ e é o princípio fundamental do ordenamento brasileiro¹³⁴⁶, de modo que a escolha de determinada religião recai na esfera privada¹³⁴⁷, e “o direito não se submete à religião, embora a respeite”¹³⁴⁸.

O Ministro destacou que o aborto em geral não está sendo autorizado¹³⁴⁹, mas reconheceu o direito da mulher de escolher ou não pela interrupção da gravidez de feto anencéfalo fundamentado em seu direito reprodutivo, na liberdade, na autodeterminação, na dignidade, na autonomia pessoal e na intimidade¹³⁵⁰.

Para o Ministro, como a Constituição não estabelece conceitos de vida e de morte, é necessário extrair esses conceitos de outros elementos¹³⁵¹. Cabe, na visão do Ministro, a

¹³⁴¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:57:26).

¹³⁴² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:57:35-1:57:39).

¹³⁴³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:58:20-1:58:25).

¹³⁴⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:05:18-2:05:35).

¹³⁴⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:06:50).

¹³⁴⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:09:30-2:09:35).

¹³⁴⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:10:47-2:10:53).

¹³⁴⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:11:50-2:11:54).

¹³⁴⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:17:05-2:17:12).

¹³⁵⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:15:20-2:16:13).

¹³⁵¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:20:21-2:21:10).

ponderação de valores¹³⁵², destacando que o direito à sexualidade e fecundidade foi reconhecido como direitos humanos básicos¹³⁵³ em tratados e conferências internacionais¹³⁵⁴.

Afirmou ainda o Ministro que as mulheres têm conquistado seus direitos ao longo da história¹³⁵⁵, e que a elas é reconhecida a igualdade no exercício desses direitos¹³⁵⁶, direitos esses universais e indivisíveis¹³⁵⁷.

Reconheceu o Ministro também, por outro lado, a sacralidade e inviolabilidade do direito à vida¹³⁵⁸, destacando que o valor da pessoa humana e a sua dignidade constituem valores fundantes do estado¹³⁵⁹.

Defendeu o Ministro que interrupção terapêutica de parto não é aborto¹³⁶⁰. No caso do feto anencéfalo, a sua vida intrauterina está apenas em funcionamento porque ligada ao corpo da mulher¹³⁶¹. Para ele, se não há vida a ser protegida, nada justifica a limitação dos direitos da mulher e a aplicação da norma penal poderia ser considerada inconstitucional¹³⁶².

¹³⁵² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:21:35-2:21:50).

¹³⁵³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:25:00-2:25:50).

¹³⁵⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:24:14).

¹³⁵⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:24:50).

¹³⁵⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:27:10-2:30:45).

¹³⁵⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:26:32-2:26:40).

¹³⁵⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:32:22-2:32:28).

¹³⁵⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:32:44-2:33:20).

¹³⁶⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:17:30-2:17:46).

¹³⁶¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:19:17-2:19:37).

¹³⁶² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:19:40-2:20:07).

O Ministro acredita que cabe ao Supremo extrair a máxima eficácia dos direitos¹³⁶³, e que hoje existe uma nova perspectiva do Direito Internacional que considera a dimensão subjetiva da pessoa humana, tendo a dignidade como valor essencial do ordenamento jurídico¹³⁶⁴.

O Ministro entendeu ainda que não há graus de anencefalia e que pensar nesses graus de anencefalia seria algo incompatível com o que se tem tratado na ADPF nº 54¹³⁶⁵.

Continuou Celso de Mello sua análise sobre o início da vida abordando as teorias desde Aristóteles até São Tomás de Aquino, destacando que, inexistindo consenso a respeito do tema dentro da própria igreja, o Papa Pio IX decidiu que a vida se daria no momento da concepção¹³⁶⁶.

No entanto, o Ministro partiu do conceito de morte para encontrar um conceito de vida. A ausência de atividade cerebral, que conceitua a morte, serve de parâmetro para definir o que é vida¹³⁶⁷. *A contrario sensu*, para Celso de Mello, a vida começa com os primeiros sinais da atividade cerebral, embora tenha também lembrado o Ministro a existência de inúmeras correntes científicas que tentam explicar a partir de que momento a vida começaria¹³⁶⁸.

O Ministro Celso de Mello debateu uma nova vertente sobre uma das dimensões do princípio da proporcionalidade, afirmando que a proteção insuficiente ou deficiente de um direito fundamental também permitiriam a aplicação desse princípio – e não apenas a proibição do excesso – pois, tratar-se-iam de direitos fundamentais da mesma estatura a

¹³⁶³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:34:58-2:35:10).

¹³⁶⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:35:40-2:36:23).

¹³⁶⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:04:50-0:04:57).

¹³⁶⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:05:00-0:10:05).

¹³⁶⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:10:40-0:11:00).

¹³⁶⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:11:00-0:11:25).

outros que estariam sujeitos à teoria da “ponderação concreta”¹³⁶⁹. Assim, para o Ministro, mesmo em se tratando de direito à vida, é possível a ponderação¹³⁷⁰.

O Ministro também se valeu da interpretação hermenêutica debatida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso Baby Boy (Resolução 23/81). Nesse caso, a Comissão interpreta a cláusula “em geral” constante do artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹³⁷¹ e entende que se não existisse tal dispositivo, a interpretação seria totalmente diferente, admitindo-se a proteção do direito à vida de forma absoluta desde a concepção, o que não é caso.

O Ministro também analisou a anencefalia do ponto de vista do Direito Penal¹³⁷². Entendeu ele que não existe no feto anencéfalo um “organismo cuja integridade deva ser protegida pela legislação penal”¹³⁷³, pois é considerado um “natimorto”, conforme a Resolução 1752/04 editada pelo Conselho Federal de Medicina, não existindo, portanto, “objeto material do tipo penal”¹³⁷⁴. Assim, para o Ministro, não há aborto no caso do anencéfalo: A interrupção voluntária da gestação de feto anencéfalo é fato atípico e não se trata de mais uma hipótese de excludente¹³⁷⁵. Ainda que a conduta fosse considerada típica, não há “delituosidade”. Trata-se, para o Ministro, de “causa supralegal de exclusão de culpabilidade”¹³⁷⁶, isto é, não há qualquer fundamento que sustente a obrigatoriedade da

¹³⁶⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:16:10-0:17:30).

¹³⁷⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:22:50).

¹³⁷¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:24:30—0:29:25).

¹³⁷² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:29:26-0:29:55).

¹³⁷³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:29:55-0:30:35).

¹³⁷⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:30:55).

¹³⁷⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:47:25).

¹³⁷⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:48:55-0:49:04).

manutenção da gravidez¹³⁷⁷, configurando inexigibilidade de conduta diversa, descaracterizando a delituosidade da conduta.

Por fim, julga procedente a ação para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 124, 126 e 128, I e II d Código Penal¹³⁷⁸.

2.6.10 Voto do Ministro Cezar Peluso¹³⁷⁹

Para o Ministro, o caso do aborto do feto anencéfalo é importante para estabelecer-se o “conceito de vida e sua tutela normativa”¹³⁸⁰. Em primeiro lugar, entendeu o Ministro que existe uma profunda diferença entre este caso, de aborto de anencéfalo, e o das células-tronco¹³⁸¹, uma vez que este envolvia embriões excedentes, que jamais seriam implantados no útero¹³⁸², restando afastada qualquer concepção de vida humana do caso, pois inexistente o “processo vital” que, segundo Peluso, caracterizaria a vida¹³⁸³.

Segundo Peluso, pois, a vida é um processo¹³⁸⁴, entendida como uma “sessão contínua de mudanças”, que não decorre de um conceito jurídico que serve para “eventos operacionais de acordo com diretriz unitária de movimentação autônoma”¹³⁸⁵. Para o Ministro, “não há

¹³⁷⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:50:33).

¹³⁷⁸ O Ministro considera relevante a sugestão do Ministro Gilmar Mendes de exigir que médico diferente daquele que fará o procedimento avalie a condição de anencefalia do feto e que o Ministério da Saúde e o Conselho Federal de Medicina regulem a matéria. (0:54:11).

¹³⁷⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012.

¹³⁸⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:01:30-1:01:39).

¹³⁸¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:04:00-1:04:05).

¹³⁸² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:04:07-1:04:14).

¹³⁸³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:04:15-1:04:30).

¹³⁸⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:04:35-1:04:38).

¹³⁸⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:05:59-1:06:09).

vida no ser que não tenha, ou ainda não tenha, a capacidade de mover-se por si mesmo”¹³⁸⁶, que seria o caso dos embriões excedentes do caso das células-tronco.

Para Peluso, entretanto, os fetos anencéfalos, com exceção daqueles que efetivamente morreram, têm essa capacidade de movimento autônomo “vinculado ao processo contínuo da vida”¹³⁸⁷, e a própria morte encefálica pressupõe a existência de vida¹³⁸⁸.

Segundo o Ministro, no caso da ADI 3510, seu voto seguiu no sentido de se identificar a “ausência de vida no material embrionário congelado”¹³⁸⁹, ainda que goze de “dignidade constitucional própria”¹³⁹⁰, o que é uma situação diversa da do aborto do feto anencéfalo¹³⁹¹.

Ademais, para Peluso, o conceito de morte trazido pela Lei 9.474 tem apenas uma função “operacional” para fins de transplante de órgãos¹³⁹², e, segundo ele, não é possível aplicar-se tal conceito no caso do anencéfalo¹³⁹³.

Lembrou-nos o Ministro ainda de que a morte é irreversível, e, com base nisso, entendeu ele que o resultado da audiência pública da ADPF 54 teria sido “contraditório”¹³⁹⁴. Para Peluso, o próprio termo “anencefalia” induz a erro, pois sugere completa ausência de cérebro, quando, na verdade, a ausência é de apenas “uma parte do encefalo”¹³⁹⁵.

¹³⁸⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:06:25-1:06:32).

¹³⁸⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:07:55-1:08:00).

¹³⁸⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:08:15-1:08:31).

¹³⁸⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:08:35-1:08:50).

¹³⁹⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:08:35-1:08:50).

¹³⁹¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:08:51-1:09:11).

¹³⁹² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:09:35-1:09:59).

¹³⁹³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:10:20-1:10:44).

¹³⁹⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:10:44-1:10:47).

¹³⁹⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:11:12-1:11:38).

Dando continuidade a seu raciocínio, concluiu, então, o Ministro, que a morte encefálica para fins de transplante é uma interrupção do “ciclo vital que chega ao seu termo”¹³⁹⁶, enquanto que a “anencefalia integral, ainda que brevemente, o processo contínuo e progressivo que chamamos vida”¹³⁹⁷, e, portanto, não pode ser interrompida¹³⁹⁸.

Além disso, o Ministro defendeu que o fundamento do aborto e da morte encefálica para transplante de órgãos são diversos¹³⁹⁹: no caso de transplantes, a morte encefálica é declarada visando-se a “salvar a vida alheia”¹⁴⁰⁰; enquanto que, por outro lado, “ninguém sustenta a possibilidade de fazer aborto para salvar vida alheia”¹⁴⁰¹ no caso do anencéfalo¹⁴⁰².

A seguir, Peluso questionou a alusão à liberdade, autonomia e autodeterminação para justificar o aborto do anencéfalo, bem como o argumento de que se a lei não impõe ou não proíbe determinada conduta, como a interrupção da gravidez específica do feto anencéfalo, ela não seria proibida¹⁴⁰³. Para ele, tal tipo de raciocínio simplesmente não se aplica no Direito Penal¹⁴⁰⁴.

¹³⁹⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:11:46-1:12:04).

¹³⁹⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:12:05-1:12:14).

¹³⁹⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:12:15-1:12:29).

¹³⁹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:13:05-1:13:23).

¹⁴⁰⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:12:50-1:12:54).

¹⁴⁰¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:13:00-1:13:04).

¹⁴⁰² Vale lembrar aqui Supiot: “o sentido da vida não reside em nossos órgãos [...]. Recusar compreendê-lo, identificar a razão à explicação científica ou o Direito à regulação biológica só pode escancarar as válvulas da loucura ou da violência mortal”. SUPIOT, Alain. **Homus juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XIV.

¹⁴⁰³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:13:24-1:14:04).

¹⁴⁰⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:14:04-1:14:09).

Peluso também questionou a necessidade de se existir uma potencialidade de vida extrauterina para se configurar o aborto¹⁴⁰⁵. Para o Ministro não há dúvida de que essa potencialidade não é necessária para que a conduta viole a lei¹⁴⁰⁶.

Finalmente, quanto ao apelo à liberdade, autonomia e autodeterminação, para o Ministro, tais valores não podem ser usados de modo preordenado a se acobertar “o cometimento de um crime”¹⁴⁰⁷.

Para Peluso, no aborto do anencéfalo, aplica-se uma “pena capital” ao feto¹⁴⁰⁸, sem reconhecer-lhe ética ou juridicamente a dignidade¹⁴⁰⁹, o que é atentatório a um mundo diverso e plural¹⁴¹⁰; é reduzir o feto à “condição de lixo, imprestável ou incômoda”¹⁴¹¹; uma pena de morte decretada pelo mais forte ao mais fraco¹⁴¹².

Ademais, agrega o Ministro que a alcunha de “mostruosidade” não descaracteriza a proteção jurídica do feto anencéfalo, pois ele pertence à categoria humana¹⁴¹³. Para Cezar Peluso, a liberdade de crença aliada à autonomia individual, “adulteradas”¹⁴¹⁴ para justificar determinadas condutas, poderiam ensejar inclusive a autorização de condutas “satânicas” com

¹⁴⁰⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:14:25-1:14:33).

¹⁴⁰⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:14:34-1:14:56).

¹⁴⁰⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:14:56-1:15:30).

¹⁴⁰⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:15:40-1:15:45).

¹⁴⁰⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:16:14-1:16:17).

¹⁴¹⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:15:47-1:15:51).

¹⁴¹¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 02 mai. 2012 (1:16:04-1:16:14).

¹⁴¹² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:16:43-1:17:17).

¹⁴¹³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:17:18-1:17:57).

¹⁴¹⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:19:37-1:19:39).

“sacrifícios humanos”¹⁴¹⁵. Para o Ministro, nos dois casos, a “agressão do valor constitucional da vida” que se discute é a mesma¹⁴¹⁶.

Ainda para o Ministro, a tipicidade de conduta se enquadra nas disposições legais que tratam do aborto¹⁴¹⁷, pois, se assim não o fosse, seria possível, a partir dessa interpretação, ser aplicada em caso de “assassinatos de bebês anencéfalos recém-nascidos”¹⁴¹⁸ com os mesmos fundamentos de saúde psíquica da mãe, mudando-se apenas o “momento da execução”¹⁴¹⁹.

Rechaça também o Ministro o argumento de que a vida de um feto teria menos valor que a vida de um adulto¹⁴²⁰, pois, para ele, o valor da vida intrauterina, ainda que como projeto de vida, também está protegida pela lei, e o feto é bem jurídico que merece proteção jurídica¹⁴²¹, independentemente de deformidade que possa apresentar ainda no útero, pois sua dignidade já está tutelada¹⁴²².

Para o Ministro, a possibilidade de dispor do feto anencéfalo o transformaria em coisa¹⁴²³, mas o “ser humano é sujeito de direito”¹⁴²⁴. Ainda que não tenha personalidade jurídica, o feto – “anencéfalo ou não”¹⁴²⁵ – tem garantido seus direitos, de acordo com o

¹⁴¹⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:17:58-1:19:16).

¹⁴¹⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:19:48-1:19:51).

¹⁴¹⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:22:50-1:23:10).

¹⁴¹⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:23:17-1:23:28).

¹⁴¹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:23:29-1:23:54). Vide também 1:40:00-1:40:11.

¹⁴²⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:25:10-1:25:16).

¹⁴²¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:27:17-1:25:54).

¹⁴²² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:25:23-1:26:11).

¹⁴²³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:26:30).

¹⁴²⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:26:46).

¹⁴²⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:27:02-1:27:04).

Código Civil¹⁴²⁶. Não se trata, para o Ministro, de “capacidade de exercício desses direitos”¹⁴²⁷, mas de “capacidade passiva”¹⁴²⁸, uma vez que o direito o “reconhece como sujeito de direito enquanto portador de vida”¹⁴²⁹. Assim, para Cezar Peluso, o feto é “sujeito de direito”, nem coisa, nem objeto de direito alheio”¹⁴³⁰.

O Ministro entende que o direito reconhece o “valor supremo da vida humana”¹⁴³¹, e que dar-se a morte não está legitimado¹⁴³², mesmo que haja uma breve duração da vida¹⁴³³. Para Peluso, é preciso confrontar ainda a situação do anencéfalo com a eugenia e com situações semelhantes de angústia e dor¹⁴³⁴. A dignidade é intrínseca à vida humana, e “anterior ao próprio ordenamento”¹⁴³⁵. Para o Ministro, o direito à vida não pode ser relativizado¹⁴³⁶.

Para Peluso, a vida humana é “fundante e inegociável”¹⁴³⁷, não comportando “margem para transigência”¹⁴³⁸. A “curta potencialidade ou perspectiva de vida”¹⁴³⁹ não é razão

¹⁴²⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:26:54-1:28:02).

¹⁴²⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:28:03-1:28:05).

¹⁴²⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:28:11).

¹⁴²⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:28:21).

¹⁴³⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:28:22-1:28:30).

¹⁴³¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:29:38-1:29:48).

¹⁴³² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:30:08).

¹⁴³³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:29:45-1:30:09).

¹⁴³⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:30:10-1:30:26).

¹⁴³⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:30:27-1:30:33).

¹⁴³⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:30:34-1:30:42).

¹⁴³⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:30:44-1:31:01).

suficiente para deixar de autorizar sua manutenção. Para ele, a dignidade humana não se “decompõe”, ainda que o cérebro do feto seja incompleto¹⁴⁴⁰. A curta duração da vida também não autoriza a “antecipação terapêutica da morte”¹⁴⁴¹. A vida é valor supremo, pressuposto de outros “bens materiais e imateriais”¹⁴⁴². Para o Ministro, o feto goza de igual proteção de um adulto, criança ou outro feto sem deformidade¹⁴⁴³.

Peluso também defende que o aborto de feto anencéfalo não se aproxima da eutanásia¹⁴⁴⁴, e também poderia justicar outras práticas abortivas, seja em razão de outras anomalias, seja por razões sociais ou até mesmo econômicas¹⁴⁴⁵, pois, segundo o Ministro, para o direito, essas outras situações é que seriam análogas ao aborto do feto anencéfalo¹⁴⁴⁶.

Para o Ministro, feto não é coisa e não importa seu “grau de inviabilidade extrauterina”¹⁴⁴⁷ ou “prognóstico” de vida, de modo que não pode ser descartado como se fosse “material genético congelado”¹⁴⁴⁸.

O aborto do feto anencéfalo está intimamente ligado ao conceito de inviabilidade, mas, para o Ministro, a apuração da anencefalia ainda é muito difícil de ser verificada com

¹⁴³⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:31:02-1:31:05).

¹⁴³⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:31:10-1:31:24).

¹⁴⁴⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:31:25-1:31:46).

¹⁴⁴¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:32:27-1:32:55).

¹⁴⁴² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:33:00-1:33:44).

¹⁴⁴³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:34:00-1:34:23).

¹⁴⁴⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:35:30-1:35:36).

¹⁴⁴⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:37:20-1:37:22).

¹⁴⁴⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:37:42-1:37:44).

¹⁴⁴⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:40:50-1:41:14).

¹⁴⁴⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:41:14).

segurança¹⁴⁴⁹, pois, como se depreendeu dos debates com especialistas, não haveria instrumentos para diferenciar a meroencefalia mais grave da anencefalia¹⁴⁵⁰.

Para o Ministro, é preciso ter cautela no uso dessas “verdades provisórias”¹⁴⁵¹ trazidas pela ciência, incapaz de trazer conceitos exatos¹⁴⁵², devendo o intérprete se basear na “dignidade e incolumidade da vida humana”¹⁴⁵³. No caso da Marcela, mesmo com a criança com quase um ano e com exames de tomografia, não houve consenso entre os especialistas para afirmar o diagnóstico de anencefalia, quicá o diagnóstico de anencefalia via ultrassonografia do feto ainda no útero¹⁴⁵⁴.

Criticou, ainda, Peluso, o argumento de analogia à tortura, decorrente da imposição à mulher de se levar a gestação até o fim, tratada como conduta que poderia ser evitada¹⁴⁵⁵. Para Peluso, não se trata de uma conduta que possa ser evitada¹⁴⁵⁶. A lei não autoriza outra conduta, que seria, inclusive, tipificada em lei como crime¹⁴⁵⁷.

Além disso, para Peluso, não é possível erradicar o sofrimento da vida humana, pois este lhe seria “inerente”¹⁴⁵⁸. Ademais, o sofrimento não diminui a dignidade¹⁴⁵⁹. O Ministro

¹⁴⁴⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:41:14-1:41:55).

¹⁴⁵⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:41:56-1:42:43).

¹⁴⁵¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:43:57-1:44:00).

¹⁴⁵² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:44:01-1:44:40).

¹⁴⁵³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:44:41-1:46:45).

¹⁴⁵⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:46:46-1:48:24).

¹⁴⁵⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:50:30-1:51:19).

¹⁴⁵⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:51:20-1:51:21).

¹⁴⁵⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:51:22-1:51:55).

¹⁴⁵⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:53:08-1:53:10).

¹⁴⁵⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:53:10-1:53:14).

considera uma “atitude egocêntrica”¹⁴⁶⁰ por parte da mulher se abster de seu sofrimento eliminando-lhe a causa, isto é, o feto¹⁴⁶¹. A vida, para o Ministro, não pode ser suprimida por uma dor, ainda que legítima¹⁴⁶². Diferentemente do que ocorre no caso do estupro, em que a mulher é vítima de um crime violento e engravida à força¹⁴⁶³, o feto anencéfalo decorre de um infortúnio, porém fruto da liberdade sexual do casal¹⁴⁶⁴.

Com relação ao argumento de que a gravidez de feto anencéfalo traz mais risco à mulher, defendeu o Ministro que toda a gravidez é perigosa, e que, com esse critério, seria o caso, então, de proibir qualquer gravidez¹⁴⁶⁵.

Por fim, entendeu o Ministro que caberia ao Poder Legislativo traçar hipóteses de excludentes de punibilidade¹⁴⁶⁶, não podendo o Judiciário assumir a responsabilidade que cabe ao Congresso Nacional¹⁴⁶⁷.

Deste modo, julgou Peluso totalmente improcedente a ação¹⁴⁶⁸.

2.6.11 O Ministro Dias Toffoli

¹⁴⁶⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:56:22).

¹⁴⁶¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:56:23-1:56:27).

¹⁴⁶² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:58:28-1:58:36).

¹⁴⁶³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:59:25-2:00:08).

¹⁴⁶⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:00:09-2:00:14).

¹⁴⁶⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:06:30-2:07:17).

¹⁴⁶⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:07:37-2:07:39).

¹⁴⁶⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:09:27-2:09:47).

¹⁴⁶⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:11:11-2:11:12).

O Ministro Dias Toffoli se absteve de julgar a ADPF 54, declarando-se impedido em vista de ter participado do processo anteriormente como representante da Advocacia Geral da União.

2.6.12 Decisão da ADPF 54

Deste modo, em decisão histórica, em 11 e 12 de abril de 2012, depois de quase 8 anos de tramitação, o Supremo Tribunal Federal, através da maioria de seus Ministros, declarou a inconstitucionalidade da interpretação de que o aborto de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos termos do Código Penal brasileiro.

Por 8 votos a 2, prevaleceu o entendimento de que, conforme a Constituição Federal, não é crime interromper a gravidez em caso de anencefalia. Neste sentido, votaram os Ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio, e Rosa Weber; restando vencidos os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski; e sendo que o Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido e não julgou.

A seguir, a partir da análise dos argumentos trazidos pelas partes e dos argumentos usados pelo Supremo Tribunal Federal, encerraremos nosso trabalho na Parte III, procurando sugerir modelos de interpretação constitucional cabíveis ao caso.

No entanto, antes de adentrar esta parte final do trabalho, vamos ainda estudar como o aborto tem sido tratado no direito comparado, a fim de colocar nosso direito em perspectiva e poder melhor refletir sobre o assunto, e, em seguida, analisar as teorias aplicáveis sobre a restrição do direito à vida para, munidos destes estudos, poder enfrentar o desafio das interpretações constitucionais cabíveis no Brasil ao aborto do feto anencéfalo, e distinguir se algum dos modelos propostos cobriria a decisão a que o STF efetivamente chegou.

3 O ABORTO NO DIREITO COMPARADO

3.1 DIREITO COMPARADO

Diversos são os documentos que nos remetem à proteção internacional do direito à vida, inclusive muitos deles já foram discutidos na Parte I do presente trabalho.

No que tange especificamente ao aborto, e mais especificamente ao aborto de feto anencéfalo, muito pouco podemos acrescentar, uma vez que, na ausência de norma específica sobre o caso, sua proibição ou autorização decorrerá da construção de argumentos válidos em face do ordenamento jurídico envolvido, observando o sentido e o alcance da norma que será crucial para autorizar ou não o aborto.

Ensina Daniel Sarmiento que, a partir da década de 60, houve uma inclinação mundial em favor de se descriminalizar o aborto, especialmente, diante do “processo de emancipação da mulher e o avanço na laicização dos Estados”¹⁴⁶⁹.

Por essa razão, é interessante analisar como o direito interno de alguns países cuidam do direito à vida e como regulam o aborto. Seleccionamos alguns estados¹⁴⁷⁰ em especial,

¹⁴⁶⁹ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 7.

¹⁴⁷⁰ Interessante mencionar o relatório do Comitê de Direitos Humanos que traz o caso de Karen Noelia Llantoy Huamán v. Peru Communication 1153/2003 de 22 de novembro de 2005. Karen engravidou aos 17 anos e descobriu que o feto era anencéfalo, mesmo com recomendação médica para realizá-lo, o aborto foi negado pelo diretor do hospital que justificou que a lei peruana somente permitia o aborto para salvar a vida e preservar a saúde da gestante. O bebê nasceu três semanas depois da data prevista e sobreviveu por quatro dias. Karen alegou que a lei peruana não prevê o aborto nessa situação e sequer dispõe de meios céleres para autorizar o procedimento judicialmente (violando os artigos 2º, 6º, 7º e 17 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos). Alegou, ainda, que a norma não deve ser interpretada restritivamente, pois deixa somente duas opções para a gestante de realizar um aborto clandestino ou levar a gravidez até o final com riscos físicos e psíquicos, de modo que a gravidez poderia ser considerada um tratamento cruel e desumano, tendo sido violada também sua vida privada, pois não poderia decidir sobre a sua vida reprodutiva. O estado peruano não se manifestou a respeito. O Comitê atribui um peso às alegações da autora, tendo em vista a inexistência de defesa por parte do estado, e decidiu que o estado do Peru violou os artigos 2º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, 7º, 17 e 24 do Pacto, negando-se a analisar eventual violação ao artigo 6º. Basicamente, o Comitê destacou que o artigo 7º protege a dor física e mental e que a menor teve de suportar as deformidades do feto e o fato de que morreria logo, fatos que causaram muita angústia e sofrimento ao lhe ser negado o aborto terapêutico, conforme relatórios médicos que comprovaram a profunda depressão que acometia a autora. Além disso, negar a cirurgia é uma intervenção à vida privada da mulher, tendo sido violado também o artigo 17 da Convenção. Tratando-se de menor, o artigo 24 também foi violado, pois lhe foi negado um tratamento especial necessário diante de sua vulnerabilidade. O voto dissidente de Hipólito Solari Yrigoyen também é relevante. Afirma o membro do Comitê que o artigo 6º também foi violado porque mesmo com exames demonstrando a inviabilidade do feto e os riscos de se manter a gravidez, o diretor do hospital, unilateralmente, interpretou o procedimento como aborto voluntário e não terapêutico, impedindo a interrupção da gravidez. Para Hipólito

diante da relevância de sua legislação ou jurisprudência ou, ainda, porque serviram de paradigma, tendo sido mencionados e analisados pela doutrina e tribunais internacionais de Direitos Humanos.

3.1.1 América do Norte

3.1.1.1 Estados Unidos

Como ensina Daniel Sarmento, nos Estados Unidos o aborto em geral é permitido no primeiro trimestre de gravidez¹⁴⁷¹, exceto se comprovada a viabilidade fetal extrauterina¹⁴⁷². No segundo trimestre de gravidez, os estados poderiam regular o direito ao aborto para proteger a saúde da mulher; e, somente a partir do terceiro trimestre de gestação, os estados poderiam proibir o aborto (exceto no caso de perigo à vida ou à saúde da mulher, em que a vida potencial do feto não prevalece)¹⁴⁷³.

O autor esclarece ainda que a proteção dos direitos reprodutivos da mulher ficou parcialmente comprometida com a sentença da Suprema Corte americana no caso *Harris v. Macrae*, de 1980, que desobrigou os estados de realizar abortos na rede pública de saúde ou arcar com as despesas¹⁴⁷⁴.

Solari, colocar a vida de alguém em perigo e não tão somente tirar a vida de alguém, viola o artigo 6º do Pacto. Disponível em: <http://www.cccprcentre.org/doc/ICCPR/AR/A_61_40_vol.II_E.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2011.

¹⁴⁷¹ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 8. Steinbock afirma que menos que 1.5 por cento dos abortos ocorridos nos Estados Unidos ultrapassam a 20ª semana de gestação. A maior parte ocorre até a 12ª semana: “(Fewer than 1.5 per cent of all abortions in the United States take place after twenty weeks; most are done within twelve weeks.)”. STEINBOCK, Bonnie. Mother-fetus conflict. In: **A Companion to Bioethics**. KUHSE, Helga. SINGER, Peter (Blackwell Companion to Philosophy). Massachusetts, EUA. Blackwell Publishing, 1998, p. 135-145.

¹⁴⁷² SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 9. Vide: EUA. Supreme Court of United State. *Caso Planned Parenthood v. Casey*, 505, U.S. 833 (1992).

¹⁴⁷³ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 8-9.

¹⁴⁷⁴ O autor salienta que a postura da Suprema Corte atende à ideia americana de que os direitos fundamentais são “exclusivamente direitos de defesa contra o Estado que não conferem ao cidadão a possibilidade de reclamações efetivas dos poderes públicos em seu favor”. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 10.

É interessante abordar a decisão da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*, que é o *leading case* da legalização do aborto nos Estados Unidos, e conhecer um pouco mais sobre os argumentos usados pelo tribunal americano no caso.

3.1.1.1.1 Caso *Roe v. Wade*

A célebre decisão do caso *Roe v. Wade* é de suma importância para os estudiosos sobre o aborto há 38 anos, e, apesar de também ter defensores, até hoje sofre críticas quanto ao conteúdo e forma do julgamento¹⁴⁷⁵. A Suprema Corte entendeu que os estados da união norte-americana não podem proibir a prática do aborto nos três primeiros meses de gestação, mas podem regulá-lo do quarto ao sexto mês de gestação, quando a saúde da mulher estiver em risco, e somente podem proibir o aborto nos três últimos meses da gravidez, quando o feto se torna viável¹⁴⁷⁶.

A Suprema Corte norte-americana determinou neste caso que a cláusula de “*due process*” da Constituição dos Estados Unidos protege um direito fundamental ao aborto¹⁴⁷⁷. Para tanto, em primeiro lugar, a Corte concluiu que o direito de restar-se livre da intervenção do estado¹⁴⁷⁸, intervenção esta profundamente indesejada em assuntos tão pessoais quanto o de ter uma criança, inclui um direito fundamental ao aborto.

A seguir, em segundo lugar, a Corte questionou se a restrição a esse direito poderia ser justificada sob o teste de “*strict scrutiny*” como necessário para promover um interesse estatal importante (“*compelling*”), e concluiu que apenas quando o feto chega a um certo estágio de viabilidade o interesse do Estado em sua vida efetivamente passa por esse teste e se torna “*compelling*”¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 141-142.

¹⁴⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 142 e 235.

¹⁴⁷⁷ FALLON JR, Richard H. **The Dynamic Constitution**. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 144.

¹⁴⁷⁸ Conhecido como o “direito de ser deixado sozinho, em paz” constituindo no sentido nuclear da privacidade. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 510-511.

¹⁴⁷⁹ FALLON JR, Richard H. **The Dynamic Constitution**. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 144. Ensina Dworkin que a interpretação da Constituição Americana segue no sentido de limitar o poder de o estado prejudicar seus cidadãos. Para tanto, é preciso fazer dois testes de constitucionalidade: cláusula de “*processo legal justo*” (“*due process*”, no original) contido na 14ª Emenda: o estado poderia limitar a liberdade do indivíduo, se existir alguma justificativa racional para tal, mas Dworkin entende tratar-se de uma “restrição

A decisão da Corte tem sido criticada¹⁴⁸⁰ por parte da doutrina norte-americana pelas duas conclusões acima. Para os críticos, a Corte omitiu o ponto moralmente mais relevante da questão: o de que o aborto envolve a destruição de um feto humano. Além disso, o estado deveria, para os críticos, ter interesse em preservar a vida fetal a partir da concepção, também sob argumentos de ordem moral¹⁴⁸¹.

Para Richard Fallon, foi surpreendente que sete ministros de uma Suprema Corte particularmente conservadora, como a que presidiu *Roe v. Wade*, tenham aprovado o direito ao aborto¹⁴⁸². Isto tem sido atribuído ao fato de que mesmo os ministros mais conservadores da Suprema Corte na ocasião eram de orientação secular¹⁴⁸³. Da perspectiva dos ministros, a decisão pareceu um compromisso razoável, que protegeria o direito da mulher de controlar seu corpo até o momento de viabilidade fetal, mas também permitiria ao estado proteger o feto daí por diante. Os ministros – talvez até ingenuamente – não imaginaram que tal compromisso que lhes pareceu tão judicioso e balanceado fosse gerar tanta controvérsia pública¹⁴⁸⁴.

Para Richard Posner, a decisão foi pragmática, e a Suprema Corte dos Estados Unidos tem uma histórica inclinação a sê-lo¹⁴⁸⁵. No entanto, para ele, a verdade é que *Roe v. Wade* atribuiu um valor menor à vida fetal que ao interesse da mulher de controlar sua atividade reprodutiva¹⁴⁸⁶. Como o Ministro White, no voto dissidente do caso análogo *Doe v. Bolton* declarou, “a [Suprema] Corte aparentemente dá mais valor à conveniência da mãe grávida do que a existência e desenvolvimento da vida que ela carrega”¹⁴⁸⁷.

muito frágil”. Além disso, a Constituição escolheria determinadas liberdades, exigindo uma “razão inexorável” para restringi-las, pois transformadas em direitos constitucionais específicos. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 144-145.

¹⁴⁸⁰ Dworkin destaca entre as principais críticas feitas à decisão americana que a Corte tomou uma decisão política, pois não cabia a ela decidir esse assunto em julgamento, pois de competência das assembleias legislativas. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 141-142.

¹⁴⁸¹ FALLON JR, Richard H. **The Dynamic Constitution**. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 144.

¹⁴⁸² FALLON JR, Richard H. **The Dynamic Constitution**. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 144.

¹⁴⁸³ FALLON JR, Richard H. **The Dynamic Constitution**. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 145. Nesse sentido, Ronald Dworkin. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 225.

¹⁴⁸⁴ FALLON JR, Richard H. **The Dynamic Constitution**. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 145.

¹⁴⁸⁵ POSNER, Richard A. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge-MA: Harvard University Press, 2005, p. 125.

¹⁴⁸⁶ POSNER, Richard A. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge-MA: Harvard University Press, 2005, p. 124.

¹⁴⁸⁷ EUA. Supreme Court of United State. *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, 222 (1973) (Tradução nossa).

Robert McCloskey, em seu clássico livro “The American Supreme Court”, afirma que em *Roe v. Wade* a Corte demonstrou-se surpreendentemente inclinada a encontrar na constituição direitos que não estavam expressos no texto. Isso porque, no caso do aborto, o direito de abortar tinha amplo suporte das elites políticas e culturais, as quais a própria Corte pertencia¹⁴⁸⁸. Quando a Suprema Corte fundamentou a decisão no direito de privacidade das mulheres, a discussão rapidamente entrou no debate político da função e direitos da mulher e no impacto que um direito ao aborto teria na possibilidade de as mulheres entrarem na força de trabalho.

Na análise de Dworkin sobre o voto, a Suprema Corte norte-americana fundou-se na autonomia da mulher em administrar seu próprio corpo, pois, para o autor, seria uma espécie de escravidão da mulher manter uma gravidez indesejada¹⁴⁸⁹.

Além disso, Dworkin explica que o sofrimento gerado às mulheres em decorrência da criminalização do aborto as impulsionava a agir contrariamente à lei, colocando em risco a própria vida ou sua saúde ao submeter-se a abortos clandestinos¹⁴⁹⁰.

Ademais, para Dworkin, os argumentos para autorizar o aborto observaram as diretrizes constitucionais americanas, de modo que a restrição à liberdade individual não poderia ser arbitrada por parte do estado¹⁴⁹¹. Para o filósofo, a Constituição Americana seleciona algumas liberdades e “as transforma em direitos constitucionais específicos que o Estado não pode restringir ou revogar a menos que tenha uma razão muito forte para fazê-lo”¹⁴⁹².

¹⁴⁸⁸ MCCLOSKEY Robert. **The American Supreme Court**. Chicago: The University of Chicago Press, 2a edição, 1994, p. 166-167.

¹⁴⁸⁹ “[...]. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. Além do mais, isso é só o começo. Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas, porque elas próprias não deixaram de ser crianças, porque não mais poderão trabalhar, estudar ou viver de acordo com o que consideram importante, ou porque não têm condições financeiras de manter os filhos. (Sem dúvida, esses diferentes tipos de prejuízo serão multiplicados e intensificados se na origem da gravidez estiver um incesto ou estupro, ou se a criança nascer com graves deficiências físicas ou mentais)”¹⁴⁸⁹. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 143.

¹⁴⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 143-144. Para o autor, a adoção não resolveria o problema, pois geraria um sofrimento terrível entregar um filho nessa situação. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 143.

¹⁴⁹¹ Para Dworkin, é uma restrição frágil. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 144.

¹⁴⁹² DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 144-145.

O argumento seguinte era o de que o direito à privacidade da mulher de procriar incluiria o direito ao aborto, e que não existiria, por exemplo, uma forte razão que se contrapusesse a isso até o sexto mês da gestação¹⁴⁹³. Dworkin segue entendendo que a decisão *Roe v. Wade* manteve-se coerente com os casos anteriormente julgados pela Suprema Corte, pelos quais se garantia o direito à mulher de conceber ou não filhos, o que, consequentemente, determinaria a escolha de decidir sobre tê-los ou não. Esse argumento foi pautado no direito constitucional específico da mulher de decidir sobre “questões de procriação”¹⁴⁹⁴, verificando-se, portanto, a possibilidade de a mulher decidir sobre suas relações sexuais e sobre as alterações em seu próprio corpo, comuns durante uma gravidez, protegendo, assim, a Suprema Corte, a integridade física da mulher¹⁴⁹⁵. Daí, porque, para Dworkin, a decisão sobre o aborto está na esfera privada¹⁴⁹⁶.

Outro aspecto interessante suscitado por Dworkin é que a criminalização do aborto normalmente é justificada na proteção à vida humana, e, daí, para o autor, é importante estabelecer qual a responsabilidade do estado na proteção do direito à vida: se é independente ou derivativa. No primeiro caso, o estado poderia proibir o aborto e proteger a vida simplesmente pelo valor intrínseco dela (ou seja, a vida teria um valor em si mesma)¹⁴⁹⁷, como vimos na primeira parte deste trabalho. Já, no segundo caso, o feto teria direitos a partir da concepção, devendo o estado proteger seus interesses como o faz de todos os indivíduos (ou seja, o feto seria sujeito de vários direitos, e o estado, por isso, teria a responsabilidade de protegê-los como o faz em relação às pessoas em geral)¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹³ Dworkin esclarece que, por outro lado, analisando o voto dissidente do Juiz Rehnquist, negou-se às mulheres esse direito, afirmando-se existir apenas um “interesse de liberdade”. Para Rehnquist, entretanto, esse “interesse seria forte o bastante para tornar inconstitucional qualquer lei que proíba o aborto quando necessário para salvar a vida da mãe”. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 145-146.

¹⁴⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 146-147.

¹⁴⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 147. Dworkin trata da difícil constatação ao estabelecer diferenças entre aborto e medidas contraceptivas, já que estas podem atuar como abortíferos de tal forma que “é evidente, portanto, que o tribunal não pode sustentar que o direito da mulher a controlar seu papel na procriação termina com a fertilização, se não permitir que os Estados proíbam a venda desses contraceptivos” (*Caso Griswold v. Connecticut* de 1968). No entanto, Dworkin aduz que há diferenças entre pôr fim a vida do feto e impedir que a vida se inicie. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 148.

¹⁴⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 147.

¹⁴⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 149.

¹⁴⁹⁸ No entanto, Dworkin afirma que essas responsabilidades podem entrar em conflito quando temos, por exemplo, um caso de Eutanásia. Por essa razão, é necessário, na concepção de Dworkin, verificar se o estado tem a responsabilidade derivativa ou independente, pois esta última autorizaria o governo impedir que um indivíduo

Dworkin também se questionou se existiria na constituição americana um direito constitucional ao aborto¹⁴⁹⁹. Afirmar que a decisão de fazer um aborto não diz respeito somente à mulher (ou ainda, extensivamente, ao pai), pois as “decisões individuais afetam valores coletivamente compartilhados”¹⁵⁰⁰. No entanto, indaga Dworkin se a comunidade política, para proteger a “santidade ou a inviolabilidade da vida humana”, poderia exigir que as pessoas reconhecessem esses valores em suas decisões particulares¹⁵⁰¹. Seria tal estado digno?¹⁵⁰²

Para responder à questão, Dworkin faz a seguinte analogia inversa: Se entendêssemos que a “santidade da vida” seria violada com a manutenção da gravidez de um feto com má-formação, seria correto impor às mulheres interromper a gravidez por ser esta a vontade da maioria, “mesmo contrariando suas convicções religiosas ou éticas”?¹⁵⁰³ Parece ao filósofo restar pouca dúvida de que esta situação hipotética seria absurda. Afirmar ele, então, que o contrário ocorre quando o aborto é proibido (ou seja, o estado, neste caso, obriga a mulher a continuar a gravidez contra suas convicções), e, em vista do que concluímos com a analogia inversa, devemos compreender que o “estado insulta com igual violência a dignidade de uma mulher grávida quando a força a fazer a escolha oposta”¹⁵⁰⁴. Para Dworkin, o fato de ser uma escolha da maioria não é justificativa suficiente, nem para proibir o aborto, nem para exigilo¹⁵⁰⁵.

Entende Dworkin que as “convicções sobre o valor intrínseco da vida humana são religiosas”¹⁵⁰⁶, e, em razão disso, um estado que proíbe o aborto “se compromete com uma interpretação polêmica da santidade da vida e, por esse motivo, restringe a liberdade ao impor

pratique a eutanásia, simplesmente para garantir o valor intrínseco da vida em qualquer situação, ainda que existam motivos para a pessoa escolher a morte. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 149-150.

¹⁴⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 206 e 209.

¹⁵⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 209.

¹⁵⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 209-210.

¹⁵⁰² DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 163.

¹⁵⁰³ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 222.

¹⁵⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 223.

¹⁵⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 223.

¹⁵⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 231.

uma postura essencialmente religiosa em detrimento de outras”¹⁵⁰⁷. Para Dworkin, o direito da mulher de decidir pelo aborto (ou não) é um direito em consonância com a “dignidade humana individual”, ou seja, é o “direito moral” e a “responsabilidade moral” que pertence exclusivamente a cada indivíduo de se questionar “sobre o significado e o valor de suas próprias vidas”¹⁵⁰⁸. Assim, Dworkin vê o direito de escolher o aborto como decorrente do direito à autonomia procriadora individual, fundamentado na constituição americana¹⁵⁰⁹, e qualquer impedimento ao livre exercício desse direito é indevido,¹⁵¹⁰ de modo que restrições ou a proibição seriam medidas inconstitucionais¹⁵¹¹.

Além disso, esclarece Dworkin que, no caso *Roe v. Wade*, foi necessário estabelecer-se uma posição constitucional quanto à personalidade jurídica do feto¹⁵¹², já que a própria constituição americana garante direitos iguais às pessoas. Em vista da decisão, a personalidade jurídica foi negada ao feto pela Suprema Corte, o que tem sido confirmado nas leis que se seguiram¹⁵¹³, pois, se tal personalidade tivesse sido admitida, para Dworkin, ainda que a gravidez causasse risco à vida da mulher, não poderia ser autorizado o aborto¹⁵¹⁴.

¹⁵⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 230-231.

¹⁵⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 233.

¹⁵⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 232.

¹⁵¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 242.

¹⁵¹¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 214. Outra coisa é exigir do estado o financiamento do aborto, mas no caso de um aborto em que as mulheres precisem fazer, o não financiamento é equiparado à coerção. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 244 e 246.

¹⁵¹² Afirma Dworkin que “a questão preliminar que Blackmun teve de decidir é diferente da questão de se o feto tem direitos morais, ou se tem interesses que seria moralmente condenável violar ou ignorar”. Para o autor, o feto teria um direito moral à vida na perspectiva teológica, mas que para quase todos que defendem isso, também entendem que o argumento não é fundamental para a discussão constitucional, em razão da separação da Igreja e do estado. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151.

¹⁵¹³ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 154-155.

¹⁵¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 154-155. Vale dizer que Dworkin critica a posição dos críticos que defendem aos estados instituírem livremente sobre o aborto, pois para o autor se o feto for considerado pessoa, os estados não podem, mas devem proibir o aborto. Em razão disso, para Dworkin, “aqueles que dizem que o Supremo Tribunal deveria deixar que os Estados decidam a questão do aborto ao sabor de suas tendências políticas, estão na verdade admitindo que o feto não é uma pessoa constitucional”. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 152 e 154. Vale dizer, ainda, que Dworkin aponta um aspecto importante quando se atribui ao feto um *status* de pessoa. O autor afirma que uma lei que protege a grávida de eventual crime, não atribui automaticamente o *status* de pessoa ao feto porque ao se atribuir esse caráter ao feto, estaria autorizado também a diminuição de outros direitos constitucionais. Assim, por exemplo, se fosse reconhecido esse caráter de pessoa a uma árvore, garantindo-lhe

Vale dizer ainda que, para o autor, a lógica que protege a mulher grávida não é a mesma que atribui *status* de pessoa ao feto¹⁵¹⁵, e, portanto, legislações que protegem o feto em razão da gravidez não estão automaticamente transformando-o em sujeito de direitos.

Afirma Dworkin, ainda, que admitir o aborto no caso de fetos inviáveis não provoca necessariamente uma cultura de insensibilização. Dworkin ensina que sociedades europeias em que o aborto é permitido no primeiro trimestre têm se mostrado muito menos violentas do que outras sociedades em que o aborto é proibido¹⁵¹⁶.

Finalmente, sobre a possibilidade de a lei exigir um período de quarentena para que as gestantes que desejam realizar abortos reflitam sobre a decisão, Dworkin alerta que proibir o aborto por um determinado período para reflexão, em geral, não mudaria a opinião das mulheres, mas, no entanto, prejudicaria aquelas mais pobres, que moram longe dos centros hospitalares, pois são estas mulheres que, provavelmente, optariam por não realizar o aborto – não por terem mudado sua convicção a respeito, mas, simplesmente, em razão da dificuldade de acesso aos hospitais¹⁵¹⁷. Sumarizando, nos Estados Unidos o direito ao aborto é visto como um direito fundamental da mulher, e não pode ser proibido, de modo algum, nos três primeiros meses de gestação. Do quarto ao sexto mês, os estados da união podem regulamentá-lo, sem proibi-lo; e, somente a partir dos três últimos meses de gravidez, podem proibi-lo, em razão do grau de desenvolvimento a que chega o feto¹⁵¹⁸.

3.1.2 Europa

3.1.2.1 Inglaterra

igualmente o direito à vida, poderia ser proibida a publicação de livros, mesmo existindo a liberdade de expressão. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 157-158.

¹⁵¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 157.

¹⁵¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 161.

¹⁵¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 242-243.

¹⁵¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 142 e 235.

Na Inglaterra, o aborto é permitido nas primeiras 24 semanas de gestação por razões sociais e econômicas da gestante; e, além deste período, a qualquer tempo, mas apenas em caso de a gravidez envolver risco à vida ou à saúde física ou mental da gestante, e em caso de risco de má-formação do feto que poderia fazer com que, se a criança viesse a nascer, sofresse de graves deficiências físicas ou mentais, sendo, em qualquer caso, exigido um certificado emitido por dois médicos atestando a razão que justifica o aborto¹⁵¹⁹.

3.1.2.2 Espanha

Na Espanha, permite-se o aborto, inclusive em caso de crimes sexuais, até 14 semanas. Em caso de risco à saúde e à vida da mulher, o aborto pode ser realizado a qualquer tempo; e, em caso de má-formação do feto, até 22 semanas. Neste último caso, são também necessárias duas opiniões médicas corroborando a má-formação¹⁵²⁰.

Daniel Sarmiento salienta que, na Espanha, em 1985, um projeto de lei aprovado autorizou o aborto nos moldes citados acima, mas foi impugnado porque não estabelecia um segundo diagnóstico feito por médico diverso daquele que realizaria o procedimento cirúrgico¹⁵²¹. Essa impugnação deu origem à decisão STC 53/1985 do Tribunal Constitucional Espanhol, que comentaremos abaixo.

¹⁵¹⁹ Dispõe o “*Abortion Act of 1967*” do Reino Unido, em seu Artigo 1º - *Section 1: Medical termination of pregnancy. (1) Subject to the provisions of this section, a person shall not be guilty of an offence under the law relating to abortion when a pregnancy is terminated by a registered medical practitioner if two registered medical practitioners are of the opinion, formed in good faith— .(a) that the pregnancy has not exceeded its twenty-fourth week and that the continuance of the pregnancy would involve risk, greater than if the pregnancy were terminated, of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family; or (b) that the termination is necessary to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman; or (c) that the continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, greater than if the pregnancy were terminated; or (d) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped. (2) In determining whether the continuance of a pregnancy would involve such risk of injury to health as is mentioned in paragraph (a) or (b) of subsection (1) of this section, account may be taken of the pregnant woman’s actual or reasonably foreseeable environment.* Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/section/1>>. Acesso em: 22 fev. 2012. A respeito do aborto na Inglaterra, vide também: NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 618.

¹⁵²⁰ NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 617.

¹⁵²¹ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 19.

Um novo projeto de lei corrigiu as falhas do anterior¹⁵²² e prevaleceu até julho de 2010, quando uma nova lei sobre o tema entrou em vigor na Espanha¹⁵²³.

Atualmente, como exposto acima, a lei espanhola autoriza o aborto até 14 semanas de gestação, e até 22 semanas para os casos de risco à saúde ou à vida da gestante, e, ainda, no caso de má-formação do feto.

Destacamos que a lei espanhola autoriza o aborto, no momento do diagnóstico, nos casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida, e no caso de enfermidade extremamente grave e incurável. Nos casos em que a causa da interrupção for médica, será necessário um (ou conforme o caso, dois) parecer emitido por médicos distintos daquele que fará o aborto.

O novo texto normativo ampliou o tempo em que originalmente era possível praticar-se o aborto, de 12 semanas para 14 semanas, e também autorizou o aborto para jovens entre 16 e 18 anos de idade¹⁵²⁴.

Tendo em vista a relevância do debate desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Espanhol sobre o aborto em 1985, vale a pena discorrer sobre os argumentos usados pelo Tribunal por ocasião da decisão STC 53-1985, ainda que atualmente a lei a tenha suplantado no plano normativo espanhol.

Em meados da década de 80, três decisões do Tribunal Constitucional Espanhol abordaram a temática da descriminalização do aborto na Espanha: a STC 75/1984 de 27 de junho, a STC 53 de 11 de abril de 1985, e a STC 70/1985¹⁵²⁵ de 31 de maio do mesmo ano.

¹⁵²² SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 20.

¹⁵²³ ESPANHA. Ley Orgánica 02/2010 de 03 de marzo de 2010. Entrou em vigor em 05 jul. 2010.

¹⁵²⁴ *In verbis*: Artículo 14. *Interrupción del embarazo a petición de la mujer*. Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras **catorce semanas** de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley. b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención. Artículo 15. *Interrupción por causas médicas*. Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) **Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada** y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen. b) **Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.** c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico. (negrito nosso)

¹⁵²⁵ Na sentença STC 70/1985, o Tribunal Constitucional Espanhol começou a desenvolver o entendimento constitucional espanhol quanto ao aborto ao afirmar que existe um limite para a proteção da vida intrauterina em relação aos direitos da mulher à liberdade pessoal e intimidade.

A STC 53-1985 tornou-se a mais célebre decisão sobre o aborto na Espanha por enfrentar direta e corajosamente a questão da personalidade do feto humano, e concluiu que o feto é um *objeto jurídico constitucionalmente protegido* pelo artigo 15 da Constituição Espanhola, mas que, a despeito disso, *não é considerado pessoa*.

Assim, o tribunal espanhol deixou claro que, embora exista uma proteção constitucional do nascituro desde a gestação como parte do bloco de constitucionalidade, o que garante a proteção constitucional da vida desde o momento de sua existência, não lhe foi reconhecida a personalidade, de modo que o feto e o embrião não são titulares do direito à vida.

3.1.2.3 Irlanda

Como veremos a seguir, ao analisar a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, o aborto na Irlanda é proibido, mas muitas mulheres irlandesas acabam fazendo o aborto na Inglaterra¹⁵²⁶. A discussão da lei irlandesa é mais rica e interessante no contexto da análise da Corte Europeia, daí a analisarmos adiante.

É interessante notar que a Irlanda tem um alto índice de fetos com defeitos no tubo neural comparado com o de outros países europeus¹⁵²⁷.

3.2 INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS A RESPEITO DO ABORTO

3.2.1 A Corte Europeia de Direitos Humanos e o aborto¹⁵²⁸

¹⁵²⁶ NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 619.

¹⁵²⁷ OBEIDE, Nidaa et al. The Natural History of Anencephaly. **Prenatal Diagnosis**, 2010. 30, p. 357. Recente estudo demonstrou que 6,41 de cada 10.000 das gestações correspondem à gestação de feto anencéfalo na Irlanda. OBEIDE, Nidaa et al. The Natural History of Anencephaly. **Prenatal Diagnosis**, 2010. 30, p. 359.

¹⁵²⁸ Vale lembrar algumas interpretações relevantes que tratam especificamente a respeito do aborto. Destacamos a interpretação feita pela Comissão Européia de Direitos Humanos no caso X contra Reino Unido que restringiu-se ao termo contido no artigo 2º da Convenção Européia “toda pessoa”, isto é, se o feto poderia ser compreendido como uma pessoa protegida pelo artigo, pois, para a Comissão, nem mesmo a Convenção determina o momento que essa proteção do direito à vida começa, e tampouco quando ela termina. Para a Comissão, a proteção da vida contida no artigo 2º da Convenção européia não abarca o feto e tampouco

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) tem dois dispositivos importantes no que se refere à proteção e respeito ao direito à vida, englobando, inclusive aspectos sobre a vida privada e familiar.

O artigo 2º da Convenção EDH¹⁵²⁹ estabelece que o direito à vida de qualquer pessoa é garantido em lei, e que ninguém poderá ser intencionalmente privado desta.

Ao lado desse artigo, mais adiante, o artigo 8 da CEDH¹⁵³⁰ estabelece que qualquer um tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, sendo possível existir limites se houver previsão legal, ou quando seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, para a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, para a proteção da saúde ou da moral, ou para a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros¹⁵³¹.

Daniel Sarmento esclarece que, na década de 80, a Comissão entendeu que o artigo 8º da Convenção Europeia usava o termo “pessoa” garantindo o direito à vida somente aos

garantiria um caráter absoluto do direito à vida ao feto, estando os direitos do feto limitados pelos direitos e interesses da mãe. O entendimento também não segue no sentido de limitar à questão tão somente na esfera da vida privada, mas considerar todos os direitos em jogo. Luísa Neto explica que apesar de dispositivos internacionais que garantem a proteção da vida (Cita o artigo 3º da DUDH, 6º do PIDCP, 2º CEDH e Convenção para Repressão do Crime de Genocídio de 1.12.48), tal direito não é definido, como se verifica nas decisões emitidas pela Comissão dos Direitos do Homem, no caso Paton v. Reino Unido (N.R. o caso também é conhecido como X v. Reino Unido mencionado). NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 448. Luísa Neto explica ainda que “[...] quanto aos que por contrato dispõem do próprio corpo, em termos de renúncia genérica e não especificamente abrangida por casos de legítima defesa ou estado de necessidade, nem o direito internacional nem o direito nacional obriga a evitar que estranhos percam a vida”. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 448. Vide também REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 85.

¹⁵²⁹ *In verbis*: 1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei. 2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário: a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente; e c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.

¹⁵³⁰ *In verbis*: 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

¹⁵³¹ Vide artigo 8º da CEDH.

“indivíduos já nascidos”, e que o aborto ocorrido no início da gravidez deveria ser ponderado em respeito ao direito à saúde e vida privada da mulher¹⁵³².

Em 1992, a Corte Europeia, em um caso envolvendo a Irlanda, decidiu que a vida intrauterina não poderia ser protegida com igual intensidade atribuída à vida de alguém já nascido¹⁵³³.

Para Jan Kratochvil, os diplomas internacionais não resolvem os dois problemas principais sobre o tema do aborto: se o feto tem direito à vida e quais direitos prevalecem quando existirem conflitos entre direitos protetivos ao feto e direitos das gestantes.¹⁵³⁴

No primeiro caso, para o autor, não há uma resposta clara dada pela Corte Europeia ou por outros órgãos de Direitos Humanos¹⁵³⁵ ao problema.

No segundo caso, há muitas situações em que o direito à vida, liberdade de tratamento desumano, direito à privacidade foram considerados violados na hipótese de proibição ao aborto¹⁵³⁶.

Para Kratochvil, a Comissão de Direitos Humanos tende muito mais a proteger os direitos da gestante do que os dos fetos, e a leitura por eles atribuída à Convenção demandaria que os estados descriminalizassem a maior parte de abortos, mas, ao mesmo tempo, sem favorecer a prática de aborto incondicionalmente¹⁵³⁷.

Segundo Kratochvil, a Corte Europeia pacificou o entendimento de que a vida da mãe estaria protegida pelo artigo 2º no caso de a gravidez colocar em risco sua vida¹⁵³⁸. Já com relação às outras circunstâncias, a jurisprudência da Corte não é clara¹⁵³⁹.

¹⁵³² SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 21.

¹⁵³³ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 22.

¹⁵³⁴ KRATOCHVIL, Jan. **The Righth to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 23>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹⁵³⁵ KRATOCHVIL, Jan. **The Righth to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 23>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹⁵³⁶ KRATOCHVIL, Jan. **The Righth to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 24>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹⁵³⁷ KRATOCHVIL, Jan. **The Righth to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 24>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹⁵³⁸ Autor exemplifica com o caso X v. United Kigdom, 8416/78. KRATOCHVIL, Jan. **The Righth to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 24>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹⁵³⁹ KRATOCHVIL, Jan. **The Righth to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 25>. Acesso em: 10 jun. 2011.

Kratochvil afirma que a Corte entendeu que o direito à saúde da mãe pode ser violado quando uma lei é muito rígida em favor do feto (totalmente contra o aborto, por exemplo)¹⁵⁴⁰, mas ainda não existe uma sedimentação do entendimento da Corte nesse sentido.

Critica, ainda, Jan Kratochvil a inexistência de jurisprudência e dispositivos internacionais mais claros a respeito do tema, bem como a falta de um padrão universal adotado pelos estados, de modo que a decisão no sentido de se uma lei que proíbe o aborto viola ou não os direitos da mulher recai na margem nacional adotada em cada estado¹⁵⁴¹.

Em 2010, uma nova decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos tratou do tema, trazendo à baila argumentos interessantes, como veremos a seguir.

3.2.1.1 Caso A, B e C v. Irlanda

Em recente decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos foi discutida a possibilidade de aborto em duas situações à luz do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (caso A, B e C v. Irlanda).

A principal demanda (com relação à dois requerentes) versava sobre a proibição do aborto em caso de saúde e bem-estar na Irlanda. Com relação à terceira requerente, a discussão versava sobre a falha de uma implementação efetiva do direito constitucional ao aborto na Irlanda em caso de risco à vida da mulher¹⁵⁴², único caso em que o aborto é legal na Irlanda.

Os fatos trazidos pela Corte possuem traços semelhantes: uma das mulheres envolvidas na demanda, (A), residente na Irlanda, viajou para a Inglaterra em 28 de fevereiro de 2005 para realizar um aborto não permitido na Irlanda, a nove semanas e meia de uma

¹⁵⁴⁰ O autor cita o caso *Open Door and Dublin Well Woman Centre* em que a Corte entendeu que uma lei contrária ao aborto poderia ser desproporcional. KRATOCHVIL, Jan. **The Right to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 25>. Acesso em: 10 jun. 2011. Por outro lado, indica a decisão no caso *Brügemann and Scheuten* em que a Comissão entendeu que nem toda a regulamentação proibitiva de aborto, constitui uma interferência à vida privada da mulher. KRATOCHVIL, Jan. **The Right to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 25>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹⁵⁴¹ KRATOCHVIL, Jan. **The Right to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=951225>, p. 25>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹⁵⁴² ECHR. *Case A, B e C v. Ireland*. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 2 (Tradução nossa).

gravidez¹⁵⁴³ inesperada, diante da possibilidade de infertilidade de seu parceiro¹⁵⁴⁴. Na época, estava desempregada, solteira e vivendo na pobreza (ou miséria), com quatro outros filhos pequenos que estavam sob a custódia da assistência social em vista de problemas decorrentes de seus antecedentes de alcoolismo¹⁵⁴⁵. Além disso, a gestante sofria de depressão¹⁵⁴⁶. Em vista destas circunstâncias, a gestante entendeu que o aborto seria a decisão mais correta para ela¹⁵⁴⁷. Depois de realizar o aborto na Inglaterra; mais especificamente, no dia seguinte ao aborto, (A) retornou à Irlanda, com náuseas, sangramentos e dores, decorrentes de complicações após o aborto a que se submeteu¹⁵⁴⁸.

A outra requerente, também residente na Irlanda, grávida de sete semanas, (B), em 17 de janeiro de 2005, viajou, também para a Inglaterra para realizar o aborto, acreditando que sua situação não se enquadrava nas hipóteses de excludentes do crime de aborto na Irlanda¹⁵⁴⁹. A gravidez indesejada ocorrera mesmo com uso da pílula-do-dia-seguinte. Médicos já a haviam alertado sobre o risco de que viesse a sofrer uma gravidez “ectópica”, mas esse fato não poderia ser diagnosticado antes de 6-10 semanas de gravidez.¹⁵⁵⁰ Ela esperou várias semanas até que conseguisse arcar com as despesas da viagem e, mesmo com a confirmação de que não se tratava de uma gravidez “ectópica”¹⁵⁵¹, (B) realizou o aborto na Inglaterra. Chegou na noite anterior ao procedimento, e permaneceu na Inglaterra na noite do

¹⁵⁴³ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 13-14 (tradução nossa).

¹⁵⁴⁴ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 14 (tradução nossa).

¹⁵⁴⁵ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 14 (tradução nossa). No ano anterior à gravidez, (A) manteve-se sóbria e vinha tentando conseguir a guarda de seus filhos. Somente depois que ingressou com o pedido à Corte, (A) recuperou a guarda de dois filhos e outros dois continuam em tratamento. ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 17 (tradução nossa).

¹⁵⁴⁶ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 14 (tradução nossa).

¹⁵⁴⁷ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 16-17 (tradução nossa). (A) entendia que a gravidez em 2005 não era a melhor opção para ela, diante de inúmeros problemas. Depois de ingressar com o pedido à Corte, (A) ficou novamente grávida e deu à luz a outro bebê. ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 17 (tradução nossa).

¹⁵⁴⁸ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 16 (tradução nossa).

¹⁵⁴⁹ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 18-19 (tradução nossa).

¹⁵⁵⁰ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 19 (tradução nossa).

¹⁵⁵¹ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 19 (tradução nossa).

aborto, e depois retornou para a Irlanda. Todavia, posteriormente, também teve complicações decorrentes do aborto¹⁵⁵².

A última das recorrentes, (C), também residente na Irlanda, buscou o aborto na Inglaterra em 3 de março de 2005, acreditando não ser possível fazer valer seu direito ao aborto¹⁵⁵³. A recorrente estava no primeiro trimestre de gravidez¹⁵⁵⁴. Ela havia feito sessões de quimioterapia durante três anos como tratamento de um câncer raro e, ao perguntar ao médico sobre as implicações de uma gravidez neste contexto, o médico lhe havia respondido que não seria possível prever se haveria ou não danos ao feto, ou qual o impacto da gravidez ou da suspensão da quimioterapia no câncer, e que poderia ser perigoso ao feto se a quimioterapia fosse realizada, especialmente nos três primeiros meses da gravidez¹⁵⁵⁵.

Alegou a requerente que, durante uma série de testes para o câncer – todos contraindicados durante a gestação, descobriu que estava grávida. Ademais, alegou que consultou também o médico geral responsável a respeito de seu caso, mas que não recebeu informações suficientes com relação ao impacto da gravidez na sua saúde e vida, nem dos testes conduzidos anteriormente no feto¹⁵⁵⁶. Ela, então, teria consultado os riscos pela internet e daí decidido fazer um aborto induzido (já que estava no início da gravidez), por meio de pílulas, mas, acreditando que não conseguiria acesso a essas pílulas legalmente na Irlanda¹⁵⁵⁷, acabou aguardando oito semanas para que o aborto cirúrgico fosse possível¹⁵⁵⁸, na Inglaterra. Ao retornar para Irlanda, sofreu complicações devido à um aborto incompleto, com hemorragia e infecção¹⁵⁵⁹.

A Corte Europeia de Direitos Humanos analisou o pedido das requerentes à luz do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A Corte entendeu que os principais pontos levantados pelas requerentes foram que o artigo 8º foi violado no que tange às restrições de aborto na Irlanda, visto que não seria possível abortar em razão de saúde ou

¹⁵⁵² ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 20-21 (tradução nossa).

¹⁵⁵³ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 22 (tradução nossa).

¹⁵⁵⁴ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 22 (tradução nossa).

¹⁵⁵⁵ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 23 (tradução nossa).

¹⁵⁵⁶ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 24 (tradução nossa).

¹⁵⁵⁷ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 25 (tradução nossa).

¹⁵⁵⁸ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 26 (tradução nossa).

¹⁵⁵⁹ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 26 (tradução nossa).

bem-estar¹⁵⁶⁰, bem como – no caso da demandante C – por força da falta de qualquer legislação de implementação do artigo 40.3.3 da Constituição Irlandesa¹⁵⁶¹, que tem sido entendido no sentido de se conferir autorização de aborto em caso de risco à vida da gestante.

Alegaram as requerentes que a aplicação das restrições interferia intimamente em suas vidas familiares e privadas, bem como em sua integridade psíquica¹⁵⁶². Alegaram, ainda, que o debate não versava diretamente a respeito da lei irlandesa, mas em relação ao modo como o estado irlandês interpretava a lei, de maneira muito restritiva¹⁵⁶³. Afirmaram, ainda, que as mulheres irlandesas viajavam para abortar de qualquer modo, de maneira que o estado tampouco mantinha de forma legítima a proteção do direito à vida do feto¹⁵⁶⁴. Alegaram que a proteção da vida do feto – exceto em casos em que a vida da mãe esteja em risco – não refletia a posição do povo irlandês e era desproporcionalmente rígida¹⁵⁶⁵.

O estado se defendeu basicamente fazendo uso da margem de apreciação¹⁵⁶⁶ para proteger a vida do feto¹⁵⁶⁷, alegando que a proteção da vida do nascituro estava fundada em “profundos valores morais” da sociedade irlandesa¹⁵⁶⁸. O governo admitiu que não existia

¹⁵⁶⁰ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 32 (tradução nossa).

¹⁵⁶¹ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 44 (tradução nossa).

¹⁵⁶² ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 168 (tradução nossa).

¹⁵⁶³ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 137 (tradução nossa).

¹⁵⁶⁴ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 170 (tradução nossa).

¹⁵⁶⁵ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 170-171 (tradução nossa).

¹⁵⁶⁶ André de Carvalho Ramos explica que a teoria da margem de apreciação baseia-se na “subsidiariedade da jurisdição internacional e prega que determinadas questões polêmicas relacionadas com as restrições estatais a direitos protegidos devem ser discutidas e dirimidas pelas comunidades nacionais, não podendo o juiz internacional apreciá-las”. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 110. Ensina ainda o autor que a teoria da margem de apreciação nacional decorre da enorme “confiança nos Estados europeus, que seriam todos democráticos e defensores de direitos humanos”. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 117. Para muitos, no entanto, a aplicação dessa teoria poderia fazer com que o estado deixasse de assegurar os direitos humanos, ensejando a possibilidade de se relativizar os direitos humanos. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116-117. André de Carvalho Ramos entende que a margem de apreciação nacional é verdadeiro “disfarce teórico para o relativismo no campo dos direitos humanos”. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 183. Ler sobre universalidade e relativismo: CARVALHO RAMOS, André de. **Avanços e Recuos: a universalidade dos Direitos Humanos no século XXI**. In: **Direitos Humanos em Concreto**. COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Coord.) Curitiba: Juruá, 2008.

¹⁵⁶⁷ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 137 e 172 (tradução nossa).

¹⁵⁶⁸ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 180 (tradução nossa).

nenhuma proposta em curso na Irlanda para se debater o aborto¹⁵⁶⁹, mas que referendos em 1983, 1992 e 2002 deixaram clara a opinião contrária ao aborto do povo irlandês¹⁵⁷⁰. O estado também afirmou que a proteção da vida do feto não dependia de mero consenso sobre quando a vida começa, mas de “equilíbrio” e legitimidade de escolha¹⁵⁷¹.

A Corte iniciou a análise abordando o consenso europeu a respeito da permissão do aborto. O consenso europeu atual era claramente favorável à extensão do direito ao aborto na Irlanda. Mesmo sem haver um consenso sobre a definição do início da vida, haveria um consenso sobre os “standards” mínimos para os serviços de aborto preservando a saúde e bem-estar da mulher¹⁵⁷². Segundo a Corte, tal “consenso” é possível de ser verificado na medida em que, dos 47 estados europeus sujeitos à jurisdição da Corte, 31 permitem o aborto no primeiro trimestre; e 42 dos 47 estados permitem o aborto se a saúde da mulher estiver em risco. Ademais, 32 estados dos 47 permitem o término da gravidez em caso de anormalidade fetal, estando a Irlanda entre os quatro estados que possuem regras penais mais restritivas em caso de aborto (juntamente com Malta, São Marino e Andorra)¹⁵⁷³.

Com relação ao artigo 2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Corte entendeu que a Irlanda teria um direito soberano para estabelecer quando a vida começa a ser protegida e, com base nesse direito à vida, os direitos à privacidade e integridade física deveriam ser medidos¹⁵⁷⁴, pois tais direitos também não são absolutos¹⁵⁷⁵, assim como, a gravidez não deve ser analisada exclusivamente na esfera privada¹⁵⁷⁶. A Corte reconheceu que não há hierarquia formal entre direito à vida e direito à saúde, devendo ambos direitos ser protegidos pelo estado¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁶⁹ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 180 (tradução nossa).

¹⁵⁷⁰ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 183 (tradução nossa).

¹⁵⁷¹ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 186 (tradução nossa).

¹⁵⁷² ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 175 (tradução nossa).

¹⁵⁷³ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 175 (tradução nossa).

¹⁵⁷⁴ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 197 (tradução nossa).

¹⁵⁷⁵ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 199 (tradução nossa).

¹⁵⁷⁶ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 199 (tradução nossa).

¹⁵⁷⁷ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 209 (tradução nossa).

A Corte afirmou, ainda, que o significado de vida privada contido no artigo 8º da Convenção é amplo e engloba o direito à autonomia e desenvolvimento pessoal¹⁵⁷⁸. Isso alcança, para a Corte, matérias envolvendo identificação de gênero, orientação sexual e vida sexual¹⁵⁷⁹. Além disso, englobaria a integridade física e psíquica do indivíduo¹⁵⁸⁰.

É possível admitir, para a Corte, que a interrupção da gravidez “toca a esfera da vida privada da mulher”¹⁵⁸¹, mas também enfatiza que o artigo 8º não pode ser interpretado no sentido de que a gravidez e sua terminação pertencem unicamente à vida privada da mulher¹⁵⁸². Para a Corte, quando a mulher está grávida, cria-se uma ligação com o feto em desenvolvimento¹⁵⁸³, de modo que o direito ao respeito da vida privada da mulher deve ser pesado em relação a outros direitos e liberdades, inclusive quanto aos direitos do nascituro¹⁵⁸⁴. O artigo 8º também não poderia ser interpretado no sentido de conceder um direito ao aborto, para a Corte.¹⁵⁸⁵

Com relação às duas primeiras requerentes dos casos acima, a Corte entendeu que existem obrigações positivas inerentes ao efetivo respeito à vida privada, e que a proibição do aborto no caso de risco de saúde e bem-estar seria equiparado a uma interferência do estado no direito ao respeito pela vida privada da mulher¹⁵⁸⁶. Portanto, o aspecto que deve ser analisado é se a proibição do aborto é uma intervenção indevida por parte do estado¹⁵⁸⁷, ou se a interferência estatal é legítima¹⁵⁸⁸.

Considerou a Corte que a proteção do feto nesses casos decorreria de uma escolha moral de reconhecer-se a qualidade de pessoa ao feto¹⁵⁸⁹. E, no entanto, a Corte não considera

¹⁵⁷⁸ (Tradução nossa). A Corte cita o caso *Pretty v. The United Kingdom* vide §61. Parágrafo 212.

¹⁵⁷⁹ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 212 (tradução nossa).

¹⁵⁸⁰ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 212 (tradução nossa).

¹⁵⁸¹ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 213 (tradução nossa).

¹⁵⁸² ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 213 (tradução nossa).

¹⁵⁸³ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 213 (tradução nossa).

¹⁵⁸⁴ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 213 (tradução nossa). Vide casos *Tysiac v. Poland* §106 e *Vo v. France*, §76-82.

¹⁵⁸⁵ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 214 (tradução nossa).

¹⁵⁸⁶ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 216 (tradução nossa).

¹⁵⁸⁷ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 216 (tradução nossa).

¹⁵⁸⁸ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 217 e 221 (tradução nossa).

¹⁵⁸⁹ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 223-227 (tradução nossa).

que esses aspectos morais decorrentes de crenças religiosas ou outras sejam determinantes para se estabelecer restrições ao aborto¹⁵⁹⁰.

A Corte entendeu que o uso da margem de apreciação deve ser limitado nos casos em que uma faceta importante para a existência de um indivíduo ou de identidade está em jogo, embora não haja consenso sobre qual a importância que deva ser dada aos interesses em discussão¹⁵⁹¹. Se, de um lado, ampliar a margem de apreciação seria conceder ao estado irlandês o direito de determinar um certo equilíbrio local (isto é, irlandês) para o direito à vida dos nascituros, por outro, a situação implica também os direitos conflitantes das mulheres envolvidas, e a Irlanda precisaria também respeitar sua vida privada¹⁵⁹².

A Corte entendeu que a Irlanda é o único estado sob sua jurisdição que permite o aborto apenas quando há risco à vida da mãe, mas que as recorrentes A e B poderiam ter obtido um aborto legal em cerca de 30 estados, e a Recorrente C, em 40 estados. Afirmou, ainda, que a tendência internacional é de ampliar o acesso ao aborto¹⁵⁹³, embora isso por si só não deva restringir a margem de apreciação da Irlanda. Finalmente, a Corte entendeu que, apesar de a Irlanda proibir o aborto, permite que as mulheres viajem para outros estados para fazê-lo legalmente, e que tem medidas para garantir o tratamento médico e cuidados pós-aborto às pacientes¹⁵⁹⁴.

Em vista do exposto, no caso das recorrentes A e B, a Corte entendeu que não houve violação ao artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos por parte da Irlanda, afirmando que o país não excedeu a margem de apreciação aplicável ao caso, com base nas opiniões morais profundas do povo irlandês quanto à natureza da vida, e em virtude da consequente proteção a ser acordada ao direito à vida do feto¹⁵⁹⁵.

Com relação à terceira requerente, vale dizer que o objeto da demanda versava sobre a falha na implementação do Artigo 40.3.3 por parte do estado irlandês de introduzir modos de se efetivar a modalidade de aborto legal em razão do risco à vida e à gravidez da mulher¹⁵⁹⁶.

¹⁵⁹⁰ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 228 (tradução nossa).

¹⁵⁹¹ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 232 (tradução nossa).

¹⁵⁹² ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 234 (tradução nossa).

¹⁵⁹³ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 235 (tradução nossa).

¹⁵⁹⁴ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 239 (tradução nossa).

¹⁵⁹⁵ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 241 (tradução nossa).

¹⁵⁹⁶ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 243-250 (tradução nossa).

Neste caso, a Corte conclui que houve violação ao artigo 8º da CEDH, rejeitando o argumento do estado da Irlanda de que a recorrente não teria conseguido esgotar internamente¹⁵⁹⁷ a questão¹⁵⁹⁸. Além do mais, o estado não teria cumprido suas obrigações positivas, ou seja, não garantiria o respeito à vida privada da terceira recorrente em razão da ausência de qualquer regulamentação que possibilitasse a ela um aborto legal na Irlanda¹⁵⁹⁹, em especial, em razão do risco à sua vida e à do feto.

Merecem destaque alguns argumentos contidos nos votos concorrentes e dissidentes da Corte.

Em voto concorrente com a decisão da Corte, o Juiz López Guerra considerou que os estados têm direito à margem de apreciação para regulamentar o aborto¹⁶⁰⁰, mas que devem ser levados em consideração também “o grau de intensidade e gravidade do perigo para a saúde da mulher”¹⁶⁰¹, bem como seu bem-estar. Para o juiz, a Corte limitou-se a analisar se a lei irlandesa era compatível com o artigo 8º da CEDH¹⁶⁰², ao invés de analisar o caso concreto em si, ou seja, declarar qual a gravidade do perigo para a saúde da gestante nessas situações específicas¹⁶⁰³, e se esse fato diminuiria a margem de apreciação do estado para com casos semelhantes¹⁶⁰⁴.

Já o voto concorrente do Juiz Geoghegan Finlay aponta a questão de se a Corte deveria ou não levar em conta o consenso em relação aos estados que permitem o aborto para analisar se foi alcançado um “justo equilíbrio” entre o direito à vida do feto e os direitos de (A) e (B)¹⁶⁰⁵ na Irlanda. Respondendo à indagação, para ele, o consenso nos demais estados

¹⁵⁹⁷ Conforme ensina Guilherme Assis de Almeida “no DIDH, vigora a regra do esgotamento dos recursos internos, ou seja, qualquer denúncia sobre violação de direitos humanos só será apreciada pelas instâncias internacionais, depois de esgotadas todas as medidas judiciais cabíveis no plano interno, ou a existência de fortes indícios de que tais medidas não serão eficazes”. ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos humanos e não-violência**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 64.

¹⁵⁹⁸ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 267 (tradução nossa).

¹⁵⁹⁹ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 267, p. 49 (tradução nossa).

¹⁶⁰⁰ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 1-3 (tradução nossa). Voto Concorrente do Juiz López Guerra.

¹⁶⁰¹ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 3 (tradução nossa). Voto Concorrente do Juiz López Guerra.

¹⁶⁰² ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 4 (tradução nossa). Voto Concorrente do Juiz López Guerra.

¹⁶⁰³ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 4-5 (tradução nossa). Voto Concorrente do Juiz López Guerra.

¹⁶⁰⁴ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 5 (tradução nossa). Voto Concorrente do Juiz López Guerra.

¹⁶⁰⁵ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 3-5 (tradução nossa). Voto Concorrente do Juiz Geoghegan Finlay.

contratantes não poderia ser apresentado para diminuir a margem de apreciação nacional da Irlanda¹⁶⁰⁶.

Por fim, vejamos o voto conjunto parcialmente dissidente dos juízes Christos Rozakis, Françoise Tulkens, Elisabet Fura, Päivi Hirvelä, Giorgio Malinverni, e Mihai Poalelungi¹⁶⁰⁷.

Entenderam os juízes que o direito à vida da mãe e do feto é desigual¹⁶⁰⁸. Para eles, houve uma confusão a respeito de que determinar o momento em que a vida se inicia ficaria no âmbito da margem de apreciação de cada estado¹⁶⁰⁹. Além disso, entenderam os juízes que, para se verificar se um estado violou o direito à vida privada, seria preciso analisar dois aspectos: Se existe consenso europeu a favor do aborto, e a sanção prevista no caso de abortos realizados para proteger a saúde ou bem-estar da mulher na Irlanda¹⁶¹⁰. Para os juízes, por um lado, esse consenso diz respeito à tentativa de harmonização da proteção dos direitos humanos¹⁶¹¹. Essa harmonização, por outro lado, deve ser limitada¹⁶¹², assim como o é a margem de apreciação¹⁶¹³.

Por fim, discordaram os juízes do argumento de que a possibilidade de sair do país para fazer um aborto garante o direito à vida privada, e de que isso seria suficiente para se tratar o aborto no país de acordo com as concepções morais do povo irlandês¹⁶¹⁴. Para eles, a Corte não enfrentou diretamente o problema da interferência do estado na vida privada das

¹⁶⁰⁶ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 9-10 (tradução nossa). Voto Concorrente do Juiz Geoghegan Finlay.

¹⁶⁰⁷ (Tradução nossa). ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 9-10 (tradução nossa). Voto em conjunto Parcialmente Dissidente dos Juízes Christos Rozakis, Françoise Tulkens, Elisabet Fura, Päivi Hirvelä, Giorgio Malinverni e Mihai Poalelungi.

¹⁶⁰⁸ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 2 (tradução nossa). Voto em conjunto Parcialmente Dissidente dos Juízes Christos Rozakis, Françoise Tulkens, Elisabet Fura, Päivi Hirvelä, Giorgio Malinverni e Mihai Poalelungi.

¹⁶⁰⁹ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafos 2-3 (tradução nossa). Voto em conjunto Parcialmente Dissidente dos Juízes Christos Rozakis, Françoise Tulkens, Elisabet Fura, Päivi Hirvelä, Giorgio Malinverni e Mihai Poalelungi.

¹⁶¹⁰ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 3 (tradução nossa). Voto em conjunto Parcialmente Dissidente dos Juízes Christos Rozakis, Françoise Tulkens, Elisabet Fura, Päivi Hirvelä, Giorgio Malinverni e Mihai Poalelungi.

¹⁶¹¹ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 5 (tradução nossa). Voto em conjunto Parcialmente Dissidente dos Juízes Christos Rozakis, Françoise Tulkens, Elisabet Fura, Päivi Hirvelä, Giorgio Malinverni e Mihai Poalelungi.

¹⁶¹² (Tradução nossa). ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 5 (tradução nossa). Voto em conjunto Parcialmente Dissidente dos Juízes Christos Rozakis, Françoise Tulkens, Elisabet Fura, Päivi Hirvelä, Giorgio Malinverni e Mihai Poalelungi.

¹⁶¹³ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 5 (tradução nossa). Voto em conjunto Parcialmente Dissidente dos Juízes Christos Rozakis, Françoise Tulkens, Elisabet Fura, Päivi Hirvelä, Giorgio Malinverni e Mihai Poalelungi.

¹⁶¹⁴ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 6-7 (tradução nossa). Voto em conjunto Parcialmente Dissidente dos Juízes Christos Rozakis, Françoise Tulkens, Elisabet Fura, Päivi Hirvelä, Giorgio Malinverni e Mihai Poalelungi.

recorrentes¹⁶¹⁵, e, pela primeira vez, ignorou o consenso europeu, permitindo que as concepções morais irlandesas se sobrepujassem a ele¹⁶¹⁶.

3.2.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o aborto

Na Corte Interamericana, o sentido de vida vem sendo construído como vimos em detalhes na Parte I deste trabalho.

No entanto, a Corte Interamericana ainda não tem decisões especificamente versando sobre o aborto, ou sobre o aborto do feto anencéfalo¹⁶¹⁷.

Com relação ao aborto, vale mencionar novamente que, como vimos na Parte I deste trabalho, o artigo 4º, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, afirma que “toda pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção”¹⁶¹⁸. Daniel Sarmento ensina, entretanto, que a disposição “em geral” deve ser entendida como um princípio e não uma regra, pois não teria havido intenção

¹⁶¹⁵ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 8 (tradução nossa). Voto em conjunto Parcialmente Dissidente dos Juízes Christos Rozakis, Françoise Tulkens, Elisabet Fura, Päivi Hirvelä, Giorgio Malinverni e Mihai Poalelungi.

¹⁶¹⁶ ECHR. Case A, B e C v. Ireland. Application no. 25579/05. Julgamento 16 dez. 2010. Parágrafo 9 (tradução nossa). Voto em conjunto Parcialmente Dissidente dos Juízes Christos Rozakis, Françoise Tulkens, Elisabet Fura, Päivi Hirvelä, Giorgio Malinverni e Mihai Poalelungi.

¹⁶¹⁷ Vide Caso Baby-Boy citado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 35-36, fl. 588-589. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. O caso Baby-Boy (Resolução 23/81 – Caso 2141 de 06 mar. 1981), como foi conhecido, foi interposto por Christian S. White y Gary K. Potter à Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra os Estados Unidos da América e o Estado de Massachusetts. A vítima – Baby-Boy (nome atribuído ao feto) – foi morta por um processo abortivo. Buscou-se a condenação do estado americano pela violação dos direitos consagrados na Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, especialmente, do direito à vida contido no artigo 1º, por permitir o aborto, notadamente, após a sentença no caso Roe v. Wade. A Comissão, entretanto, entendeu que os Estados Unidos não violaram o direito à vida disposto no DUDH. Incidentalmente, interpretou o artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos entendendo que a leitura do direito à vida contido ali deve ser realizada levando-se em conta a cláusula “em geral”, de modo que as “implicações jurídicas da cláusula ‘em geral, desde o momento da concepção’ são substancialmente diferentes da cláusula mais curta ‘desde o momento da concepção’, inexistindo, portanto, o carácter de proteção absoluta a esse direito. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/estadosunidos2141.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Vide especialmente os parágrafos 30 e 19 (tradução nossa).

¹⁶¹⁸ No voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0 que visava a declaração da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105 de 24 mar. 2005 (Lei de Biossegurança) ao analisar o termo “em geral”, afirma que a vida começa desde a concepção, mas “podendo a lei do Estado signatário da Convenção deixar, eventualmente, de protegê-la, em situações excepcionais, caso outros valores estejam em jogo”. Como exemplo, menciona a hipótese de exclusão de antijuridicidade do aborto necessário expresso no artigo 128, I, Código Penal. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 35.

de “conferir à vida intra-uterina uma proteção absoluta”¹⁶¹⁹, cabendo, nesse caso, a relativização do direito à vida¹⁶²⁰.

Em vista da ausência de casos abordando especificamente o aborto, seria prematuro opinar com relação ao caminho que a Corte Interamericana deve seguir com relação ao tema. No futuro, devemos ter a oportunidade de constatar se a Corte Interamericana seguirá a tendência da Corte Europeia, e o quão importante serão as influências culturais que seguramente se farão sentir no debate, notadamente, a do catolicismo, sempre muito forte no ocidente, especialmente na parte “latina” da América; dos Estados Unidos, em vista de sua inegável influência econômica, política e cultural em níveis mundial e regional; da Europa, de onde provém originalmente muitos dos povos que hoje habitam as Américas, e nossa eterna fonte de inspiração jurídica por afinidade histórica e também cultural; e da crescente laicização das sociedades no mundo moderno – que, atualmente, vêm também enfrentando a resistência de um verdadeiro renascimento da religiosidade popular, inclusive de fundamentalismos.

O que fica claro, entretanto, das análises, tanto de nosso direito pátrio, quanto do direito comparado, de outros países e internacionais, é que o aborto envolve direitos conflitantes – especialmente, direitos vários que a gestante possa ter, e o direito à vida – que alguns defendem haver, outros que não – do feto.

A seguir, pois, passaremos a estudar as teorias que normalmente se aplicam para restringir direitos fundamentais, com ênfase justamente no direito à vida, em mais um passo necessário rumo à conclusão de nosso trabalho.

¹⁶¹⁹ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 35. Ensina ainda Fábio Konder Comparato: “Ao dispor o artigo 4º [da CADH] que o direito à vida deve ser protegido pela lei desde o momento da concepção, vedou em princípio a legalização do aborto. Digo ‘em princípio’, porque a cláusula *em geral*, constante dessa disposição, parece abrir a possibilidade do estabelecimento de exceções à regra [...]. Uma exceção eticamente admissível a essa regra geral proibitiva parece ser a da obtenção de embriões clonados para tratamento de doenças neurodegenerativas do próprio sujeito [...]”.COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 369.

¹⁶²⁰ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 35.

4 TEORIAS APLICADAS SOBRE RESTRIÇÃO AO DIREITO À VIDA

4.1 CONFLITOS E LIMITES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como vimos, no caso do direito à vida, encarado como princípio, é possível pensar em outros direitos fundamentais que se lhe podem vir a colidir. E, nesses casos, como superar tais conflitos? Aplicando-se a norma mais favorável? Mais favorável a quem? O critério da proporcionalidade é suficiente?

Norberto Bobbio questiona o valor absoluto de um direito fundamental. Afirma o autor que “dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis”¹⁶²¹, e que considerá-los dessa maneira é uma ilusão¹⁶²²; daí porque, para o autor, os direitos fundamentais são relativos, pois “a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental”¹⁶²³.

Nessa linha, ensina Jane Reis Gonçalves Pereira que “a assertiva de que os direitos fundamentais não são absolutos soa natural e lógica”¹⁶²⁴, e, para ela, a justificativa decorre da necessária harmonização entre direitos e valores consagrados por determinada ordem jurídica¹⁶²⁵, observando-se dois fatores¹⁶²⁶: i) a universalidade dos direitos fundamentais; e, ii) a constitucionalização do conjunto de direitos fundamentais. O primeiro denota que a coexistência desses direitos é necessária, já que a todos se atribui a titularidade desses

¹⁶²¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 21.

¹⁶²² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 22.

¹⁶²³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 41. Para Bobbio, “é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas”. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 41.

¹⁶²⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 132.

¹⁶²⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133.

¹⁶²⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133.

direitos, e somente seria possível essa coexistência se os direitos estiverem devidamente “harmonizados”¹⁶²⁷. O segundo corresponderia à ideia de que os direitos fundamentais estão “constitucionalizados como um conjunto, e não isoladamente”¹⁶²⁸, de forma que precisam ser harmonizados levando-se em conta “outros direitos e bens protegidos pela Constituição Federal”¹⁶²⁹. Daí a necessidade de uma “acomodação hermenêutica”¹⁶³⁰: um princípio deve “ceder, parcial ou totalmente, em favor do outro”¹⁶³¹.

Explica ainda Golçalves Pereira que alguns direitos já trazem limites inerentes que decorrem de sua própria natureza¹⁶³², enquanto que outros exigem uma “densificação de seu conteúdo e a regulação ou detalhamento das condições e formas de seu exercício”¹⁶³³, pois são tratados de forma ampla¹⁶³⁴.

Além de constituírem verdadeiros “objetos de limitação”¹⁶³⁵, os direitos fundamentais também constituiriam “limites ao estado”¹⁶³⁶, como se atuassem em uma via de mão dupla¹⁶³⁷,

¹⁶²⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133.

¹⁶²⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133.

¹⁶²⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133.

¹⁶³⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134.

¹⁶³¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134.

¹⁶³² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134.

¹⁶³³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134.

¹⁶³⁴ Para a autora, tratados de “modo sintético e aberto”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134.

¹⁶³⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 136.

¹⁶³⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 136.

¹⁶³⁷ Para a autora constitui verdadeiro “paradoxo”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 136.

ora como comandos para determinar a ação estatal¹⁶³⁸, ora como comandos de limites para o exercício de outros direitos.

Ainda para Jane Reis Gonçalves Pereira, embora muitas terminologias sejam adotadas pela doutrina, os limites dos direitos fundamentais, em princípio, têm dois sentidos diversos: i) o de constrição; e ii) o de contorno¹⁶³⁹. A constrição ou limitação corresponderiam a uma “diminuição da esfera máxima de incidência do direito”¹⁶⁴⁰, e o contorno (configuração, conformação, delimitação ou regulação) corresponderia à “densificação do conteúdo normativo do direito”¹⁶⁴¹, por meio do qual poderiam ser apontadas medidas para que o direito possa ser assegurado, ou especificações para seu exercício, por exemplo¹⁶⁴².

Vamos a seguir estudar as principais teorias doutrinárias que tratam da restrição de direitos fundamentais. Buscaremos entender se seria possível restringir o direito à vida do feto anencéfalo, e quais teorias poderiam ser aplicadas para justificar essa restrição.

4.2 TEORIA INTERNA

Ensina Virgílio Afonso da Silva que a teoria interna¹⁶⁴³ se funda na ideia de que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno dele¹⁶⁴⁴; daí falamos em

¹⁶³⁸ A autora afirma que nesse caso, a “atividade de conformação dos direitos fundamentais operada pelo legislador também está sujeita à limitações”, constituindo o “limite dos limites”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135.

¹⁶³⁹ Para a autora: “de um lado, corresponde à idéia de constrição; e, de outro, relaciona-se à noção de contorno ou alcance máximo de alguma coisa”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 137.

¹⁶⁴⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138.

¹⁶⁴¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138.

¹⁶⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138.

¹⁶⁴³ Não sendo admitida restrições externas a esses direitos. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

¹⁶⁴⁴ Também denominado de concepção estrita do conteúdo dos direitos. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

limites imanes¹⁶⁴⁵. Esses limites internos, imanes, não sofrem influência de aspectos externos, e tampouco emergem devido a conflitos com outros direitos¹⁶⁴⁶.

Jane Reis Gonçalves Pereira explica que os direitos fundamentais, na teoria interna, só podem ser “delimitados”, e não limitados, se o texto constitucional nada dispuser nesse sentido¹⁶⁴⁷. Assim, a atividade interpretativa ou legislativa não poderia restringir os direitos fundamentais. Na atividade interpretativa, o conflito de direitos e seu eventual sopesamento não seriam possíveis; e na, atividade legislativa, poder-se-ia apenas “detalhar suas formas de exercício dentro do âmbito de seu conteúdo constitucionalmente previsto”¹⁶⁴⁸. Deste modo, para a autora, a interpretação do direito seria feita em uma etapa só, pois não seria necessária a “harmonização com outros direitos ou bens”¹⁶⁴⁹.

Por isso que, para Virgílio Afonso da Silva, esse sistema é próprio das regras cujos conteúdos normativos se valem de uma situação fática previamente determinada, razão pela qual não podem ser sopesadas¹⁶⁵⁰. O direito garantido precisa ser definitivo e não *prima facie*, como explica o autor. Ou o direito subjetivo existe ou não existe e, se existir, poderá ser “naturalmente exercido no âmbito de seus limites”¹⁶⁵¹.

Explica Jane Reis que os defensores dessa teoria buscam uma “maior segurança e previsibilidade à atividade hermenêutica”¹⁶⁵². Além disso, entende que a teoria interna evitaria “falsos casos constitucionais”; ou seja, um direito não poderia ser protegido se estivesse além

¹⁶⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 128.

¹⁶⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 128.

¹⁶⁴⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

¹⁶⁴⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 141.

¹⁶⁴⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142. A autora exemplifica o estudo no caso de liberdade de expressão que não poderia ser limitada pelo direito à honra ou imagem, pois “as condutas humanas são ou não protegidas pelo direito”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142-143.

¹⁶⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 129.

¹⁶⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 130.

¹⁶⁵² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 144.

da esfera de proteção da Constituição Federal, o que evitaria a “inflação de direitos fundamentais”¹⁶⁵³ e o consequente “enfraquecimento de sua força vinculante”¹⁶⁵⁴.

Portanto, ressaltamos que, segundo a teoria interna, cada direito encontraria restrições internamente, conhecidos como limites imanescentes.

4.2.1 Limites imanescentes

Esse fundamento – que visa a justificar que o limite interno decorre do próprio direito fundamental – consagra a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos e seus limites são definidos pela Constituição, implícita ou expressamente¹⁶⁵⁵. Os limites, na verdade, decorreriam da “própria essência dos direitos fundamentais”.¹⁶⁵⁶ Assim, por exemplo, não seria possível sacrificar seres humanos no exercício de sua liberdade religiosa, pois tal conduta encontraria seus próprios limites, implícitos ou explícitos, no texto constitucional¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 144.

¹⁶⁵⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 144.

¹⁶⁵⁵ Vide exemplos trazidos por Virgílio Afonso da Silva ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, embora para o autor, não exista uma “linha jurisprudencial coerente” no Supremo Tribunal Federal a respeito. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 131.

¹⁶⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 132.

¹⁶⁵⁷ O autor traz diversos exemplos desenvolvidos por José Carlos Vieira de Andrade a respeito do tema. Ler mais a respeito. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 132-133. Jane ensina que a concepção de Vieira de Andrade conjuga aspectos das teorias interna e externa. Para ela, Vieira de Andrade admite a irrestringibilidade abstrata e restringibilidade concreta, de modo que seria possível aplicar a ponderação “para restringir direitos sujeitos à reserva legal” pelo legislador ou “para solucionar conflitos concretos entre direitos e bens constitucionais” pelo Judiciário, de forma que tais direitos fundamentais “são irrestringíveis no plano abstrato, pelo legislador, mas são restringíveis no plano concreto, pela atuação judicial”. Vale dizer que para o direito fundamental sujeito à reserva legal, se admite a ponderação e para os demais caberia a “harmonização legislativa” para que o juiz possa solucionar o caso concreto. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 155-157. Jane Reis apresenta críticas à essa tese, afirmando a dificuldade em estabelecer leis “harmonizadoras”, sem criar “restrições recíprocas”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 157-158. A autora lembra que essas restrições somente seriam possíveis para Vieira de Andrade, se autorizadas pela Constituição Federal. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma

Extraímos, portanto, dos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva, a diferença entre limites imanentes e restrições a direitos fundamentais que decorrem do conflito entre tais direitos: no primeiro caso, o direito fundamental possui limites próprios que estão expressa ou implicitamente previstos, mas que precisam ser declarados; já, no caso de restrições dos direitos fundamentais diante do conflito entre direitos fundamentais, podem surgir novas restrições a esses direitos, que decorrem de *outros direitos*, e não de seus próprios limites¹⁶⁵⁸.

Virgílio Afonso da Silva trata da ideia da “proibição por mera não-proteção”¹⁶⁵⁹. Isso significa que determinada conduta seria proibida não por existir uma proibição ou restrição imposta, mas simplesmente porque o direito em questão não comporta aquela conduta. Em outras palavras, a proibição existe porque o direito não protege determinada conduta, não a abrange¹⁶⁶⁰, e, ainda que venha a existir uma imposição legal restringindo-a, tal restrição não seria uma verdadeira limitação, pois não ultrapassaria “os limites dessa liberdade”¹⁶⁶¹.

No entanto, a dificuldade está em demarcar o que está de fato¹⁶⁶² ou não protegido, em se tratando de “suporte fático restrito aos direitos fundamentais”¹⁶⁶³, lembrando, como o fez

contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 155.

¹⁶⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 132.

¹⁶⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 133.

¹⁶⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 133.

¹⁶⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 133.

¹⁶⁶² Virgílio Afonso da Silva traz como um dos argumentos favoráveis à teoria interna aquela desenvolvida por Peter Häberle que aproxima as ideias de limite imanente e de conteúdo essencial de direitos fundamentais, também denominada pelo autor de teoria institucional de direitos fundamentais. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 134. Vide também: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152-155. Virgílio Afonso da Silva explica que Häberle buscou desenvolver sua teoria no “conceito de instituição” de Maurice Hauriou. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 134.

¹⁶⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 133. Virgílio Afonso da Silva também traça diferenças entre o suporte fático restrito e suporte fático amplo em relação à teoria interna e externa e que a tendência é considerá-las mais no sentido suporte fático restrito/teoria interna e suporte fático amplo/teoria externa. Afirma, ainda, o autor que não existe uma dicotomia necessária entre as teorias. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 158-159. Afirma, ainda, que a teoria de Pieroth e Schlink é diferente da teoria de Robert Alexy. Para aquele “o âmbito de proteção do direito fundamental não pode ser feita de forma isolada, sem uma análise sistemática de outros direitos fundamentais e de outras disposições constitucionais”, enquanto que para Robert Alexy “toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, *isoladamente considerada*, faça parte do ‘âmbito temático’ de determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis*”. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161. Para o autor, a teoria de Pieroth e Schlink está ligada à teoria externa com um suporte fático restrito, admitindo uma exclusão *a priori* de determinada conduta. Essa

Virgílio Afonso da Silva, que admitir a teoria dos limites imanentes importa a exclusão total do conceito de sopesamento¹⁶⁶⁴.

4.3 TEORIA EXTERNA¹⁶⁶⁵

A teoria externa leva em consideração a existência do direito propriamente dito e suas restrições. As restrições, portanto, dizem respeito ao exercício do direito, e não ao seu conteúdo, fato que pode ser sopesado, observando critérios específicos de proporcionalidade, e também subcritérios de adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente ditos¹⁶⁶⁶. Além disso, esta teoria sustenta que, ainda que um direito seja restringido por outro, ele não perde sua validade, constituindo o que tratamos acima de *prima facie*¹⁶⁶⁷.

Conforme ensina Jane Reis Gonçalves Pereira, existe uma diferença entre a simples “delimitação de conteúdo”, defendida na teoria interna, e a “restrição de direitos fundamentais”¹⁶⁶⁸. Nesta última, a interpretação se dá em dois momentos¹⁶⁶⁹: i) a verificação do “conteúdo do direitos”¹⁶⁷⁰ que diz respeito à observação exclusivamente do que está sendo protegido por determinado direito fundamental, de forma abrangente¹⁶⁷¹; e ii) em seguida, a

teoria opõe-se à posição defendida pelo autor. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161-164.

¹⁶⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 133. Vide também PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152.

¹⁶⁶⁵ Ou concepção ampla. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 146.

¹⁶⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 138.

¹⁶⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 138-139.

¹⁶⁶⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 146.

¹⁶⁶⁹ Segundo a autora, o primeiro momento se encontraria o “conteúdo inicialmente protegido” para, em seguida, após analisar os demais direitos que fazem fronteira com o direito analisado, encontrar o “conteúdo definitivamente protegido”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 147.

¹⁶⁷⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 146.

¹⁶⁷¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 147.

identificação dos limites externos que surgem da harmonização com outros direitos fundamentais¹⁶⁷².

Significa dizer que, depois de verificado *a priori* o que está sendo protegido, é preciso conciliar o que foi verificado com outros direitos também *a priori* protegidos, e, finalmente, encontrar o que está sendo protegido *efetivamente*¹⁶⁷³.

Dessa maneira, como ensina Virgílio Afonso da Silva, a relação entre esta teoria e os direitos fundamentais não poderia ser mais próxima, pois os “direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*”¹⁶⁷⁴. Para o autor, o princípio¹⁶⁷⁵ é ilimitado, e, diante de sua carga expansiva, pode colidir com outros direitos. Daí, é crucial a distinção na teoria externa entre *prima facie* e direito definitivo, uma vez que este último será efetivamente definido na teoria externa a partir do sopesamento realizado em relação às condições fáticas e jurídicas existentes¹⁶⁷⁶.

Assim, como vimos, o princípio abarca uma ideia de “mandamento de otimização”, com um conteúdo *prima facie* ilimitado, até mesmo em razão de sua carga expansiva¹⁶⁷⁷. No entanto, dois aspectos são levados em consideração por Virgílio Afonso da Silva: i) os direitos fundamentais não são absolutos; e ii) a restrição do princípio decorre da existência de outros princípios¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 146.

¹⁶⁷³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 147.

¹⁶⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 139.

¹⁶⁷⁵ Para Jane Reis Gonçalves Pereira “Em síntese esquemática, a teoria externa preceitua que: i) os direitos fundamentais são princípios, veiculando comandos *prima facie*; ii) os direitos fundamentais são restringíveis; iii) as restrições aos direitos fundamentais são motivadas pela existência de conflitos entre estes e outros direitos e bens constitucionais; iv) a legitimidade constitucional da restrição é de ser examinada mediante um juízo de ponderação, que irá sopesar os direitos e bens em conflito, através da aplicação do princípio da proporcionalidade”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152.

¹⁶⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 140. Vide [N.R.] 1721 sobre o caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, também citado por Jane Reis Gonçalves Pereira. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 150.

¹⁶⁷⁷ De acordo com Virgílio Afonso da Silva. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 140.

¹⁶⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 140.

Para Virgílio Afonso da Silva, entretanto, a restrição da qual estamos tratando poderia ocorrer não somente pela existência de princípios, como também por meio de regras¹⁶⁷⁹. A primeira situação importa uma restrição material e outra formal¹⁶⁸⁰.

A restrição material decorre da restrição em decorrência da existência de um ou mais princípios colidentes, exigindo-se a limitação de pelo menos um deles para solucionar o problema.

Na restrição formal, por outro lado, a limitação pode decorrer da existência de uma regra, ou porque não houve uma ponderação feita pelo legislador¹⁶⁸¹, fato que exigirá do intérprete judicial uma manifestação sobre qual princípio prevalecerá¹⁶⁸².

Quanto à restrição decorrente de regras, vale dizer que, conforme elucida Virgílio Afonso da Silva, a restrição tem origem na legislação infraconstitucional, isto é, a existência de uma regra na esfera infraconstitucional pode limitar uma conduta *prima facie* garantida constitucionalmente¹⁶⁸³, ou permitir uma “ação estatal cujo efeito é a restrição da proteção que um direito fundamental *prima facie* garantida”¹⁶⁸⁴.

Várias críticas são feitas à teoria externa¹⁶⁸⁵. Virgílio Afonso da Silva aponta seis críticas principais: i) a da contradição lógica; ii) da ilusão desonesta; iii) da racionalidade; iv) da segurança jurídica¹⁶⁸⁶; v) da inflação judiciária; e vi) dos direitos irrealis¹⁶⁸⁷.

A primeira crítica, contradição lógica, se refere à limitação total ou parcial do exercício de um direito garantido integralmente¹⁶⁸⁸. O autor defende que esse raciocínio é

¹⁶⁷⁹ Nesse sentido. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 151.

¹⁶⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 142.

¹⁶⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 142-143.

¹⁶⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 143.

¹⁶⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 141.

¹⁶⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 141.

¹⁶⁸⁵ Jane Reis Gonçalves Pereira aponta, ainda, que a “multiplicação desordenada de conflito entre os direitos fundamentais” pode levar ao “enfraquecimento” desses direitos, pois como inexitem critérios para orientar a interpretação, o intérprete não saberia objetivamente identificar quais princípios deveriam prevalecer em relação a outros. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 158.

¹⁶⁸⁶ Além da segurança jurídica, poderia comprometer a “legitimidade democrática das decisões”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 159.

¹⁶⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 143-156.

próprio das regras e, portanto, da teoria interna, mas não é adequado quando se trata da teoria externa. Na teoria externa, tem-se os princípios que comportariam a noção de que, apesar de um direito ser garantido *integralmente*, ele pode não ser necessariamente exercitado na sua integralidade,¹⁶⁸⁹ em razão da existência de outros direitos e da necessidade de harmonização entre todos eles.

Com relação à segunda crítica, de ilusão desonesta, Virgílio Afonso da Silva concorda com a posição doutrinária que afirma que um direito *prima facie* não fundamenta necessariamente a garantia desse direito, mas “uma pretensão a um sopesamento entre princípios”¹⁶⁹⁰, pois, em geral, é preciso analisar-se todos os princípios colidentes que estão em jogo e o peso que receberão no caso em estudo¹⁶⁹¹. O direito seria, portanto, ilusório, porque não estaria garantido sem que se analisassem também todos outros princípios que lhe pudessem ser colidentes.

Com relação à crítica da racionalidade, em razão de inexistirem critérios para o sopesamento, o mesmo poderia ser considerado uma “decisionismo disfarçado”¹⁶⁹². Para o autor, entretanto, é impossível evitar certo grau de subjetividade ao intérprete e ao aplicador do direito¹⁶⁹³, já que, no direito, não se é possível garantir uma resposta única e correta objetivamente¹⁶⁹⁴. Até nos sistemas aparentemente mais objetivos é difícil aplicar o direito de maneira totalmente objetiva¹⁶⁹⁵.

Essa situação de subjetividade leva à construção das duas outras críticas à teoria externa, a da (in) segurança jurídica, e a da inflação judiciária (esta última em razão das inúmeras possibilidades de colisão entre direitos fundamentais, aumentando significativamente as demandas judiciais)¹⁶⁹⁶. A solução proposta por Virgílio Afonso da

¹⁶⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 144.

¹⁶⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 145.

¹⁶⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 146.

¹⁶⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 146.

¹⁶⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147.

¹⁶⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147.

¹⁶⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147.

¹⁶⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147.

¹⁶⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 148-153.

Silva para essas duas críticas, basicamente, seria traçar “parâmetros” para direcionar a interpretação do direito¹⁶⁹⁷ e exigir do Poder Judiciário decisões coerentes¹⁶⁹⁸.

Por fim, com relação à crítica sobre direitos irreais, explica Virgílio Afonso da Silva que o direito poderia abarcar situações ilícitas ou imorais, mesmo que isso parecesse incoerente *a priori*. O autor exemplifica falando do direito à liberdade de expressão, que, em princípio, admitiria a proteção do direito à calúnia¹⁶⁹⁹. Por outro lado, admitir-se uma restrição *prima facie* a esse direito implicaria declarar-lhe limites imanentes, o que não se compatibilizaria com a teoria externa¹⁷⁰⁰.

A diferença fundamental, enfim, entre a interpretação da teoria externa e da interna nestes casos estaria no fato de que, para esta, o direito encontra limites que lhe são internos, enquanto que, para aquela, o direito só seria limitado em razão da colisão com outros direitos fundamentais¹⁷⁰¹, ou seja, após realizado um *sopesamento*¹⁷⁰².

4.3.1 Sopesamento

Como ensina Robert Alexy, o sopesamento é possível quando apurado um conflito entre princípios. No caso do direito à vida, diante de sua carga expansiva, bem como de sua natureza, é inegável os inúmeros conflitos que podem advir de sua análise.

Como vimos, o sopesamento pode ser realizado na teoria externa, pois essa teoria admite a possibilidade de restrição de direitos por fatores externos, alheios ao conteúdo interno do próprio direito em si.

Conforme ensina Virgílio, a maioria das restrições a direitos fundamentais são feitas por meio de regras, comumente presentes no texto constitucional¹⁷⁰³. Isso ocorre, como

¹⁶⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 148.

¹⁶⁹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 151-153.

¹⁶⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 153.

¹⁷⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 154.

¹⁷⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 155.

¹⁷⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 156.

¹⁷⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 178.

explica o autor, quando o intérprete precisa fazer um sopesamento entre dois ou mais princípios, cujo resultado é trazido pela lei infraconstitucional¹⁷⁰⁴.

Se, no processo de constitucionalidade do dispositivo infraconstitucional, existir uma restrição a um direito fundamental, aplica-se a regra de proporcionalidade para resolver o conflito¹⁷⁰⁵.

No entanto, se não houver uma lei infraconstitucional que venha a restringir um direito fundamental para resolver um conflito, isto é, se existir uma lacuna a respeito da solução de um conflito entre princípios, aplica-se o sopesamento para verificar qual – ou quais – o princípio aplicável para solucionar o caso concreto¹⁷⁰⁶.

4.3.2 Proporcionalidade

Como vimos, a proporcionalidade será aplicada se existir uma lei infraconstitucional que venha a restringir a aplicação de determinado direito fundamental prevista no texto normativo constitucional porque, se não houver regra a ser adotada, não será possível contrapor-la em relação às medidas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

André de Carvalho Ramos ensina que esse princípio¹⁷⁰⁷ é uma “técnica de controle do poder estatal”¹⁷⁰⁸, e que “consiste na aferição da idoneidade, necessidade e equilíbrio da

¹⁷⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 178-179.

¹⁷⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179.

¹⁷⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179.

¹⁷⁰⁷ Virgílio Afonso da Silva trata como regra. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 167-169. Não pode ser considerado princípio na teoria de Robert Alexy. SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50, especialmente, p. 25-27. Nesse sentido, para Walter Claudius Rothenburg, a proporcionalidade não é um princípio, mas um critério. Para o autor, há três aspectos que devem ser considerados: i) em razão do conteúdo, pois a proporcionalidade não diz respeito a valores, mas a como certas normas devem ser aplicadas; ii) em razão do objeto: a proporcionalidade diz respeito “indiretamente ao comportamento”, pois diretamente ligada às normas e iii) em razão da pertinência, a proporcionalidade é uma regra de interpretação/aplicação do direito. ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da Proporcionalidade. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (coord). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 292-294.

¹⁷⁰⁸ CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 136.

intervenção estatal em determinado direito fundamental”¹⁷⁰⁹, mas entende que deve ser aplicado com moderação e justiça, ainda quando usado para resguardar outro direito fundamental¹⁷¹⁰.

Essa regra da proporcionalidade pressupõe a análise de três medidas¹⁷¹¹, como ensina Virgílio Afonso da Silva: i) A medida adotada pelo estado é adequada para alcançar¹⁷¹² o objetivo da lei? ii) A medida é necessária? iii) A medida é proporcional em sentido estrito?¹⁷¹³ – isto é, há “ponderação entre a finalidade perseguida e os meios adotados para sua consecução”¹⁷¹⁴.

Essas medidas visam a evitar arbitrariedade¹⁷¹⁵, tornando o sistema mais transparente¹⁷¹⁶.

A primeira medida visa ao combate de medidas inadequadas, inúteis¹⁷¹⁷, e seu fim deve ser também constitucionalmente legítimo¹⁷¹⁸.

¹⁷⁰⁹ CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 136.

¹⁷¹⁰ CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 137.

¹⁷¹¹ Para Virgílio Afonso da Silva as “sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si”, de modo que não é necessário que o juiz as examine sempre quando o ato for abusivo. SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50, especialmente, p. 34-35.

¹⁷¹² Virgílio Afonso da Silva explica que o significado correto do termo em alemão é fomentar e não alcançar. Assim, para o autor, não basta alcançar o fim pretendido, mas também como o objetivo é fomentado, “ainda que o objetivo não seja completamente realizado”. SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50, especialmente, p. 36-37.

¹⁷¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179.

¹⁷¹⁴ CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 137.

¹⁷¹⁵ Uma das críticas desse sistema é exatamente a possibilidade de arbitrariedade por parte do intérprete. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 148.

¹⁷¹⁶ CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 137.

¹⁷¹⁷ CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 137-138. André de Carvalho Ramos trata da faceta negativa do critério da proporcionalidade, como, no caso da exigência do diploma de jornalista, antes do RE 511.961-SP. Vide importantes comentários feitos na nova edição da obra. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 172-173.

¹⁷¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 169-170. Ensina Walter Claudius Rothenburg que esse momento configura “a capacidade de proporcionar, ou pelo menos contribuir para, o objetivo pretendido. Não se exige aptidão para *alcançar efetivamente* os objetivos previstos [...], bastando a *possibilidade de promover ou fomentar* o objetivo, ou seja, a provável idoneidade da restrição para proporcionar a finalidade almejada”. ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípio da Proporcionalidade**. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (coord). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 295. No caso Cicarelli analisado pelo autor, a adequação autorizaria a ideia de que “a proibição de veiculação das cenas de sexo entre os namorados (esse o meio, restritivo dos direitos de informação e comunicação) mostrar-se-ia hábil a proteger-lhes a privacidade (esse o fim)”. ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípio da Proporcionalidade**. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (coord). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 295.

A segunda medida refere-se àquela menos gravosa¹⁷¹⁹, e não necessariamente à uma medida de urgência que deva ser realizada. Para Virgílio trata-se de um exame comparativo, diferente da primeira medida, cujo critério é absoluto – decorrente de uma relação de meio e fim¹⁷²⁰. Nessa medida, compara-se verificando a “eficiência” da medida e o “grau de restrição ao direito fundamental” em jogo¹⁷²¹. Para André de Carvalho Ramos, é a análise da medida menos gravosa ou restrita dentre aquelas que poderão ser aplicadas¹⁷²².

A última medida trata da proporcionalidade em sentido estrito¹⁷²³, e leva em consideração o equilíbrio alcançado entre as vantagens na aplicação de determinada medida, e o sacrifício decorrente da restrição de certo direito fundamental¹⁷²⁴. Como ensina André de

¹⁷¹⁹ CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 139. Ensina Virgílio Afonso da Silva que “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. São Paulo: Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50, especialmente, p. 38.

¹⁷²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170-171.

¹⁷²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

¹⁷²² CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 138-139. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 174-175. Para Walter Claudius Rothenburg, a necessidade refere-se à ideia de que “o meio utilizado deve trazer o menor sacrifício possível para alcançar com semelhante eficácia o objetivo pretendido”. Para o autor, a verificação da “necessidade do meio em relação ao fim” não é fácil, pois exige “a menor restrição ao direito e a maior eficácia de resultado”. ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da Proporcionalidade. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (coord). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 297. A título de curiosidade, no caso Cicarelli “os provedores de internet que armazenavam as imagens foram instados a tirá-las de circulação, mas afirmaram que não havia como fazê-lo, porque inúmeras e diversas fontes reinseriam as imagens em circulação. Portanto, a retirada dos próprios provedores seria a única alternativa vislumbrada (daí por que não se poder pretender um sacrifício menor) para obter o resultado com semelhante grau de eficácia.” ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da Proporcionalidade. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (coord). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 297-298.

¹⁷²³ No caso Cicarelli, de acordo com Walter Rothenburg, esse aspecto levaria à análise “sobre o grau de afronta ao direito de privacidade das pessoas envolvidas (invasão de privacidade em grau máximo, por revelar cenas de sexo) é suportável em relação ao grau de restrição do direito à expressão e informação pública (restrição também em grau máximo, pois significaria a proibição de divulgação das cenas mediante a suspensão de exibição dos próprios provedores)”. ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da Proporcionalidade. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (coord). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 299-300.

¹⁷²⁴ CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 139-140. Virgílio Afonso da Silva entende que essa medida “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”. SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50, especialmente, p. 40. O autor exemplifica indicando uma situação de restrição de direitos fundamentais para o combate da Aids: “se para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos deveriam fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária – nos termos previstos pela regra da proporcionalidade -, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma

Carvalho Ramos, é preciso verificar “a proporcionalidade entre a restrição de um direito (meio) e o benefício de outro (finalidade)”¹⁷²⁵, especialmente diante do fato da eficácia irradiante dos direitos humanos, e diante do fato de que nesses casos é totalmente ineficaz tentar aplicar a norma mais favorável ao indivíduo¹⁷²⁶, pois frequentemente existem indivíduos com interesses divergentes no caso concreto¹⁷²⁷.

Virgílio Afonso da Silva ensina que essa técnica constitui um “sopesamento entre os direitos envolvidos”, com o objetivo de evitar-se a desproporção exagerada de “que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar”¹⁷²⁸.

Alerta o autor para as diferenças entre proporcionalidade e sopesamento. Em um caso em que se discute a constitucionalidade de lei que limita direitos fundamentais, deve-se recorrer à regra da proporcionalidade,¹⁷²⁹ verificar-se se a lei é adequada para alcançar seus objetivos, e se não há outra opção mais eficaz e menos onerosa, e, por fim, “se há um equilíbrio entre a restrição de um direito e a realização de outro”¹⁷³⁰. Nesse caso, deve existir

dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6º)”. SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. São Paulo: Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50, especialmente, p. 40-41.

¹⁷²⁵ CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 141.

¹⁷²⁶ Nesse sentido, André de Carvalho Ramos. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 141.

¹⁷²⁷ Walter Claudius Rothenburg traz um exemplo interessante envolvendo o direito fundamental à saúde trabalhando todas as medidas. Ensina que um indivíduo pleiteia ao Estado uma cirurgia ortopédica e que há três possibilidades: “cirurgia, de resultado mais imediato, mas alto custo; a fisioterapia, de resultado mais demorado, mas de baixo custo; tratamento analgésico, de resultado imediato e baixíssimo custo, mas que oferece apenas um paliativo. A avaliação médica é de que o problema ainda não é muito grave e pode ser contornado por algum tempo com o emprego paliativo” [...] embora não muito eficiente, pois “o problema tende a agravar-se e pode atingir, em alguns anos, gravidade tal que somente a cirurgia poderá corrigi-lo”. [...] a “fisioterapia intensa poderá resolvê-lo, com alguma demora” e a cirurgia “é igualmente eficiente desde logo”. O paliativo não é adequado, a cirurgia não é necessária, “pois existe outro meio relativamente menos gravoso (a fisioterapia, que demanda mais tempo, porém compromete menos recursos públicos sempre escassos e potencialmente faltantes a outras pessoas em situação de maior gravidade, e submete o paciente a um desconforto suportável) e com eficiência (benefício) equiparável”. O resultado proporcionalmente indicado é a fisioterapia. O autor alerta que mesmo essa análise envolve ponderações. ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da Proporcionalidade. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (coord). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 312-313.

¹⁷²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 175.

¹⁷²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179.

¹⁷³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179.

uma “medida concreta que será testada”¹⁷³¹. Por outro lado, se não existir uma lei que trate do conflito entre dois princípios, será necessário realizar a ponderação entre eles¹⁷³².

No caso do direito à vida, é óbvia a existência de conflitos reais ou potenciais entre direitos fundamentais, especialmente do direito à vida com o direito à autonomia individual, à liberdade e à dignidade¹⁷³³.

O caso específico sobre o direito à vida do feto anencéfalo e os direitos fundamentais da gestante tem uma configuração complexa. Ao mesmo tempo em que uma lei infraconstitucional procura limitar o exercício de direitos fundamentais da mulher, procura ela também garantir o direito à vida do feto, o que entra em conflito com outros princípios.

Virgílio Afonso da Silva entende que uma situação como essa é mesmo perfeitamente possível de ocorrer. Para solucioná-la, além da aplicação da técnica de sopesamento, poder-se-ia admitir a regra da proporcionalidade, conforme a complexidade do tema¹⁷³⁴.

4.4 CONTEÚDO ESSENCIAL

Esclarece Virgílio Afonso da Silva que a restrição a um direito fundamental deve passar pelo teste da proporcionalidade, mas questiona se seria possível, em um caso concreto, que uma restrição a determinado direito fundamental passasse pelo teste e, posteriormente, fosse declarado inconstitucional porque esvaziara o conteúdo essencial do direito fundamental restringido¹⁷³⁵. Em se tratando do direito à vida, por exemplo, o tema fica particularmente complexo. Aceitar a pena de morte, por exemplo, esvaziaria por completo o conteúdo essencial do direito à vida.

¹⁷³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179.

¹⁷³² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179.

¹⁷³³ Carolina Alves de Souza Lima entende que no caso de aborto de feto anencéfalo, a adequação e a necessidade referem-se ao aborto como “único meio idôneo” para poder “preservar a saúde e a liberdade de autonomia da mulher” – objetivo visado. “Se ele é necessário é porque, nesse caso, é adequado”. LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1ª.ed. (ano 2008), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 156-157. Já no que se refere à terceira medida, o “processo de ponderação, avalia-se a importância de realizar cada um dos direitos em conflito”. LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1ª.ed. (ano 2008), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 158.

¹⁷³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182.

¹⁷³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 181-182.

Um exemplo interessante trazido por Virgílio Afonso da Silva decorre do argumento formulado pelo Ministro Celso de Mello no caso *Ellwanger*¹⁷³⁶, que posteriormente se repetiu também no voto proferido na ADI 3510-0 sobre células-tronco¹⁷³⁷. Para o Ministro, a ponderação não poderia esvaziar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, principalmente em se tratando do direito à vida¹⁷³⁸. Por essa razão, Virgílio Afonso da Silva explica que o Ministro “faz menção a um método (ponderação) de resolução de colisões entre direitos fundamentais (princípios) que deve levar em consideração o contexto completo do caso para se decidir sobre qual direito deverá prevalecer”¹⁷³⁹. Para Virgílio Afonso da Silva, em algumas situações, poderá aplicar-se a regra da “ponderação ou sopesamento”¹⁷⁴⁰ e a regra da proporcionalidade, desde que não se esvazie o conteúdo essencial do direito fundamental em análise¹⁷⁴¹. Haveria, portanto, para o Virgílio Afonso da Silva, duas garantias: a proporcionalidade e o conteúdo essencial¹⁷⁴².

Ensina ainda Virgílio Afonso da Silva que, para definir o conteúdo essencial, é preciso observar duas dimensões, uma objetiva, e uma subjetiva¹⁷⁴³.

A dimensão objetiva tem o fim de analisar se a proteção do conteúdo essencial de um determinado direito fundamental “implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles”¹⁷⁴⁴. Entretanto, Virgílio Afonso da Silva entende que através dessa análise não se agrega nenhuma outra

¹⁷³⁶ Vide HC 82.424. Vide importante parecer emitido por Celso Lafer no caso *Ellwanger*. LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005, p. 33-88.

¹⁷³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182 e 200. Vide também voto do Ministro Celso de Mello. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 32-33, fl. 585-586. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁷³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182 e 200. Vide também voto do Ministro Celso de Mello na ADI 3510-0. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 32-33, fl. 585-586. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁷³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182 e 200.

¹⁷⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182 e 200.

¹⁷⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182 e 200.

¹⁷⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 200.

¹⁷⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185.

¹⁷⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185.

proteção a direitos fundamentais no ordenamento além daquelas naturalmente alcançadas pelas cláusulas pétreas¹⁷⁴⁵.

A dimensão subjetiva visa a proteger os direitos fundamentais de uma “restrição excessiva”, e verificar se tais direitos protegem as “condutas ou posições jurídicas individuais”¹⁷⁴⁶.

Passando a restrição do direito à vida pelo teste da proporcionalidade, poderia ser tal restrição considerada inconstitucional? Virgílio Afonso da Silva entende que não¹⁷⁴⁷, e, justifica sua posição na diferença entre conteúdo essencial relativo e absoluto.

4.4.1 Conteúdo essencial relativo

Virgílio Afonso da Silva afirma que existem direitos fundamentais que não possuem contornos definidos, e que podem variar conforme o caso concreto, tendo em vista os demais direitos fundamentais envolvidos¹⁷⁴⁸, consagrando assim um caráter relativizado desse direito.

O autor aproxima a noção de conteúdo essencial relativo e proporcionalidade¹⁷⁴⁹, defendendo que é possível não esvaziar o conteúdo essencial de um direito fundamental, ainda que nada reste desse direito a ser aplicado diante de sua restrição e da proteção de outros bens jurídicos¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 186.

¹⁷⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 186. Para Virgílio Afonso da Silva é possível que uma restrição a direito fundamental não viole a dimensão objetiva, mas poderia violar a dimensão subjetiva do conteúdo essencial daquele direito. Podemos extrair um exemplo exposto pelo autor: pena de morte no Brasil em caso de guerra. Nesse caso, todo o conteúdo essencial de dimensão subjetiva é eliminado, mas o mesmo não ocorre com o conteúdo da dimensão objetiva. Por isso, o autor defende a proteção, mesmo nesses casos, da dimensão individual. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 186-187.

¹⁷⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 206-207.

¹⁷⁴⁸ O autor aponta a existência de críticas, mas entende que essa teoria indica a direção correta. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 196.

¹⁷⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 200.

¹⁷⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 196-197.

Por esta razão, para o autor, se a restrição de um direito fundamental passar pelo teste da proporcionalidade, não terá seu conteúdo essencial atacado¹⁷⁵¹, desde que a restrição seja justificada¹⁷⁵², sendo necessária a dupla garantia da proporcionalidade e do conteúdo essencial¹⁷⁵³.

4.4.2 Conteúdo essencial absoluto

A teoria do conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais defende a existência de um núcleo desses direitos que se lhes constitui um limite absoluto que nenhuma restrição pode ultrapassar¹⁷⁵⁴, muito embora vários doutrinadores entendam que não existe um núcleo imutável¹⁷⁵⁵, mesmo que seja absoluto. Tal núcleo seria uma “barreira intransponível”¹⁷⁵⁶. No entanto, é difícil afirmar o que faz parte ou não desse conteúdo¹⁷⁵⁷.

Virgílio Afonso da Silva aponta duas espécies de conteúdo essencial absoluto, o *dinâmico*, e o *estático*.

Na primeira espécie, a do conteúdo essencial absoluto dinâmico, não se fala em ‘imutabilidade’, e o conteúdo pode ser alterado com o tempo¹⁷⁵⁸.

A segunda espécie, a do conteúdo essencial absoluto estático, atribui-se ao conteúdo absoluto a intangibilidade e a imutabilidade¹⁷⁵⁹. Para o autor, isso não proibiria uma mudança

¹⁷⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 197.

¹⁷⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 198.

¹⁷⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 200.

¹⁷⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 187.

¹⁷⁵⁵ Conteúdo essencial absoluto-dinâmico. Há aqueles que entendem existir um conteúdo essencial além de intangível, imutável, denominado pela doutrina de conteúdo essencial absoluto-estático. Nesse caso, há quem admita a existência de um núcleo estático, imutável que pode ser mais abrangente ou menos, podendo ser até mais flexível. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 188-191.

¹⁷⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 187.

¹⁷⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 187.

¹⁷⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 188. O conteúdo é absoluto porque não pode ser relativizado, conforme o autor. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 188.

¹⁷⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 189.

do “conteúdo total” do direito, porque isso dependeria ainda de se saber se o tal conteúdo é restrito ou não¹⁷⁶⁰. Naturalmente, quanto maior a extensão desse núcleo “imutável”, nesse modelo estático, menor a capacidade de interpretação sobre o direito em questão¹⁷⁶¹.

Ainda no contexto desta análise, interessante o raciocínio utilizado por Virgílio Afonso da Silva para analisar a dignidade da pessoa humana, e também muito útil para este trabalho.

A dignidade poderia ser observada sob duas óticas relevantes: i) dignidade como conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais; e ii) dignidade como conteúdo essencial absoluto¹⁷⁶².

Se a dignidade for entendida como conteúdo essencial de *todos* os direitos, teríamos que admitir que somente a dignidade teria um núcleo absoluto, enquanto os demais direitos teriam um núcleo relativo¹⁷⁶³.

Por outro lado, se a dignidade for compreendida como conteúdo absoluto, seria possível atribuir-lhe característica de regra e princípio¹⁷⁶⁴. Assim, conforme ensina Virgílio Afonso da Silva, a parte da dignidade que se revelasse como regra não aceitaria uma ponderação, ao passo que, a parte que fosse princípio, sim¹⁷⁶⁵.

Além disso, seria possível imaginar-se a “hipertrofia da dignidade e da consequente absolutização de todos os direitos fundamentais”, como ensina, Virgílio Afonso da Silva¹⁷⁶⁶.

Assim, diante dos aspectos analisados acerca das restrições dos direitos fundamentais, em se tratando do direito à vida, concluímos que, em caso de conflito com outros direitos, entendidos como princípios, necessário se faz respeitar a proporcionalidade e lançar mão do sopesamento, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, especialmente

¹⁷⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 190.

¹⁷⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 191.

¹⁷⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 192.

¹⁷⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 192.

¹⁷⁶⁴ Virgílio Afonso da Silva recorre à Robert Alexy nesse aspecto. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 201.

¹⁷⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 201. Entende o autor que a dignidade “tende a ter um conteúdo essencial relativo”, seguindo o caminho de boa parte dos princípios, exceto aqueles em que o texto constitucional proíbe a ponderação. Virgílio Afonso exemplifica com o artigo 5º, III, da Constituição Federal que veda a tortura e o tratamento degradante. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 202.

¹⁷⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 193. O autor critica a “banalização do uso da garantia da dignidade da pessoa humana” no Brasil. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 193.

porque o direito à vida deve ser cumprido na maior medida possível, e só pode ser restringido em casos específicos.

A seguir, munidos deste embasamento teórico, vamos finalmente propor quatro modelos possíveis de interpretação constitucional ao caso específico do aborto do feto anencéfalo no Brasil, e sugerir qual deles nos parece mais plausível em vista do contexto normativo e jurisprudencial em que estamos imersos, levando em conta, especialmente, a recente decisão do STF sobre o tema.

PARTE III – O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO E O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL ADEQUADO

1 QUATRO MODELOS POSSÍVEIS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Diante de tudo o que foi tratado, pretendemos, inspirados na linha adotada por Fernando Rey Martínez ao tratar da eutanásia na Espanha¹⁷⁶⁷, apresentar alguns modelos de interpretação possíveis da nossa Constituição Federal no que tange aos conflitos suscitados pelo aborto do feto anencéfalo.

Os modelos interpretativos que vamos propor podem ser analisados a partir de várias regras e princípios que são encontrados no texto constitucional, não se limitando apenas ao artigo 5º da Constituição Federal. A abertura dos termos constitucionais e legais aplicáveis acaba fazendo com que surjam mais controvérsias, diferentemente do que ocorreria se o texto contivesse termos precisos¹⁷⁶⁸.

Podemos extrair do texto constitucional diversas disposições que são pertinentes a nossa matéria. O direito à vida, o direito à liberdade, o direito à liberdade ideológica e religiosa, o direito à integridade física e psíquica, o direito à saúde física e psíquica, a proibição de tratamento desumano e degradante, o princípio da autodeterminação, o da autonomia da vontade, os direitos reprodutivos e sexuais, o direito à família, o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à vida digna ou com qualidade de vida, e, ainda, o direito à igualdade¹⁷⁶⁹. Para concluirmos pela autorização ou não do aborto, é necessário avaliar o direito à vida em conjunto com todos os demais direitos indicados, além de

¹⁷⁶⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 12.

¹⁷⁶⁸ Nesse sentido Fernando Rey Martínez afirma que a interpretação será construída e não encontrada no texto constitucional espanhol. A mesma coisa é aplicada ao caso em tela. REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 81. Ao analisar a Constituição Americana, Dworkin traz duas leituras possíveis: i) constituição de detalhes, “mas segura, porém mais ‘mundana’” ou ii) constituição de princípios, “mais grandiosa, mas talvez mais perigosa”. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 170.

¹⁷⁶⁹ Vale dizer que proibir o aborto de feto anencéfalo e permitir outras situações de aborto, como por exemplo estupro e risco à vida da mãe, causa, no mínimo, uma violação ao princípio da igualdade perante à lei. REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 121-122.

considerar a interpretação que se lhes tem sido conferida pela doutrina e jurisprudência nacional e internacional. Não está em jogo somente o direito à vida do feto ou o direito à vida em geral que a Constituição brasileira garante. Em jogo estão também outros direitos, tanto previstos na Constituição, quanto em tratados internacionais dos quais o Brasil é parte.

Em especial, o conflito entre a liberdade e a vida não é de fácil solução.

Por um lado, precisamos ter em mente que a vida é um bem jurídico que deve ser protegido *independentemente da vontade de seu titular*, pois, além de ter uma dimensão individual, também tem uma coletiva¹⁷⁷⁰, pela importância que tem a vida para a coletividade. Neste sentido, ensina Fernando Rey Martínez, a respeito da vida, que

ao mesmo tempo em que transforma em problemática sua adição à categoria clássica de direito subjetivo, [e] explicita a importância da sua dimensão objetiva ou extraindividual, [a vida] se trataria de um bem indisponível por sua direta conexão com a mesma conservação do núcleo social; mas isso não quer dizer, entendo, que a vida humana seja um bem jurídico exclusivo da comunidade (...). A vida não é um bem exclusivamente social, mas também não é exclusivamente individual¹⁷⁷¹.

É interessante observar que, neste mesmo sentido, seguiu o Ministro Lewandowski em seu voto na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 3510-0, que versou sobre a constitucionalidade de se realizar pesquisas com células-tronco, ao afirmar que o direito à vida deve ser entendido como um bem coletivo, ou seja, um direito comum a todos¹⁷⁷².

Por outro lado, a liberdade é um dos fundamentos mais importantes da democracia. Ainda na esteira de Rey Martínez, não podemos nos esquecer de que, em vista da importância que tem a cláusula geral de liberdade, e da interpretação amplamente aceita nas democracias de que, de um modo geral, o que não está proibido ou ordenado é permitido, a inexistência de proibições explícitas no texto constitucional devem também ser levadas em conta no momento da aplicação do direito¹⁷⁷³. Deste modo, assim como, para Rey Martínez, a ausência

¹⁷⁷⁰ Nesse sentido, voto do Ministro Joaquim Barbosa na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 4. O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão proferindo sua decisão em maio de 2008, aprovando o uso de células-tronco embrionárias nas pesquisas científicas e declarando, assim, constitucional o artigo 5º da Lei 11.105/05. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Vide também Ronald Dworking a respeito. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 209.

¹⁷⁷¹ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 155, (tradução nossa)..

¹⁷⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 23-24. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁷⁷³ Luísa Neto entende que, no caso do aborto, não existindo uma “proibição total ao aborto”, igualmente não existe o “reconhecimento constitucional de um direito ao aborto”. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 450.

de uma proibição da eutanásia na Espanha poderia ser entendida como um silêncio eloquente, que a autoriza¹⁷⁷⁴, a ausência de uma proibição expressa do aborto do feto anencéfalo no Brasil também o poderia. Resta patente, pois, a enorme tensão entre o direito à vida e à liberdade no caso em tela.

Em vista das considerações acima e das formidáveis dificuldades e indagações que o tema nos apresenta, ainda inspirados em Rey Martínez, a fim de facilitar a análise e compreensão do caso do aborto do feto anencéfalo no Brasil, especialmente em vista dos conflitos de princípios e direitos suscitados pela questão, gostaríamos de sugerir quatro modelos interpretativos do direito constitucional brasileiro possíveis de serem aplicados ao aborto do feto anencéfalo em nosso país, deduzidos de argumentos jurídicos válidos à luz de nossa Constituição: i) o modelo da proibição absoluta; ii) o modelo da livre-disposição; iii) o modelo da liberdade limitada; e iv) o modelo da exceção permitida.

Posteriormente, discutiremos também se seria possível interpretar-se a decisão do STF sobre o caso como estando coberta por algum desses modelos.

1.1 O MODELO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROIBIÇÃO ABSOLUTA DO ABORTO DO ANENCEFÁLICO

O primeiro modelo de interpretação constitucional proposto defende que a proteção à vida conferida pelo artigo 5º do texto constitucional deve ser interpretada do modo mais amplo possível, que a proibição do aborto, assim, deve ser entendida de modo absoluto, abarcando a proteção à vida do ser humano desde a concepção, independentemente de existir ou não má-formação fetal, risco à saúde ou mesmo à vida da mãe, etc.

Esse modelo de interpretação se fundamenta principalmente em preceitos religiosos, de predominância católica, que pressupõem que a vida é uma dádiva divina e, por isso, absolutamente indisponível¹⁷⁷⁵.

Neste modelo, aplicar-se a sanção penal ao aborto do feto anencefálico não seria apenas e tão-somente totalmente de acordo com a proteção constitucional da vida, mas

¹⁷⁷⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 166.

¹⁷⁷⁵ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 84.

também, uma eventual descriminalização seria inconstitucional¹⁷⁷⁶. Segundo esta interpretação, inclusive, até mesmo as formas de aborto já permitidas pelo Código Penal seriam inconstitucionais.

A proteção da vida neste modelo seria a proteção da vida como valor abstrato¹⁷⁷⁷, a qualquer custo¹⁷⁷⁸. A vida seria indisponível e teria um valor em si mesma¹⁷⁷⁹ – ainda que à beira da extinção, ainda que não haja vida extrauterina ou que haja vida por poucos minutos, ainda que a vida seja breve e consumida por sofrimentos atrozes e incuráveis, ainda que esta vida violenta de modo cruel e desumano a saúde física e psíquica da mulher, sua liberdade no sentido mais amplo, sua dignidade, e qualquer outro direito que possa ter.

De um modo geral, o voto do Ministro Peluso na ADPF 54 se encaixa neste modelo interpretativo. Neste sentido, vale lembrar que, *inter alia*, Peluso expressamente defendeu que a vida é o valor supremo, pressuposto de todos outros “bens materiais e imateriais”¹⁷⁸⁰, “fundante e inegociável”¹⁷⁸¹, e que, portanto, não admite “margem para transigência”¹⁷⁸², de modo que, para ele, o direito à vida não pode ser relativizado¹⁷⁸³.

1.2 O MODELO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIVRE DISPOSIÇÃO

¹⁷⁷⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 84.

¹⁷⁷⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 41.

¹⁷⁷⁸ Parece-nos que esta teoria está bem alinhada à posição apresentada por Dworkin sobre a santidade e sacralidade da vida.

¹⁷⁷⁹ Luísa Neto comenta que uma interpretação da vida humana “enquanto valor em si” implicaria, além da atribuição de um valor absoluto à vida, também uma proibição ao suicídio, o direito a uma vida digna, a condições mínimas de subsistência, etc, e que, em vista disso, tal direito acabaria funcionando como a matriz originária dos principais direitos sociais. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 450.

¹⁷⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:33:00-1:33:44).

¹⁷⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:30:44-1:31:01).

¹⁷⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:31:02-1:31:05).

¹⁷⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:30:34-1:30:42).

No segundo modelo de interpretação constitucional proposto, o da livre disposição, compreende-se o direito a realizar o aborto como um direito fundamental da mulher de dispor do próprio corpo¹⁷⁸⁴.

As premissas que fundamentam este modelo são totalmente diferentes das do modelo anterior. Aqui não existe uma obrigação de se levar a gravidez de um feto anencéfalo até o final, pois o direito à vida não é absoluto e deve ser considerado em relação aos demais princípios constitucionais como, por exemplo, o princípio da autodeterminação, do livre desenvolvimento da personalidade, da liberdade, da dignidade humana, da integridade física e psíquica, da proteção contra tratamento desumano e degradante, da liberdade religiosa e ideológica, do direito à saúde, e outros.

Neste modelo de interpretação constitucional, o aborto – inclusive de fetos perfeitos – seria o exercício legítimo de direitos fundamentais da mulher e, neste caso, a criminalização do aborto é que seria considerada inconstitucional. O direito ao aborto seria deduzido do texto constitucional através da interpretação de que os princípios que lhe seriam mais favoráveis, mencionados acima, seriam absolutos ou, no mínimo, quase absolutos – e, certamente, mais importantes do que o direito à vida ou à proteção do feto, que seriam relativizados.

Vale lembrar, como bem o fez Rey Martínez quando tratou da eutanásia¹⁷⁸⁵, que, neste modelo, mesmo a mulher podendo decidir pelo aborto, ela não estaria obrigada a realizá-lo, e a lei poderia, inclusive, estabelecer alguns limites procedimentais para salvaguardar a autonomia da mulher, garantindo a manifestação de seu consentimento livre¹⁷⁸⁶. Rey Martínez nos lembra também de que o fato de que juridicamente é possível fazer alguma coisa não significa obrigatoriamente dizer que seja conveniente¹⁷⁸⁷ à sociedade fazê-lo¹⁷⁸⁸.

Enfim, segundo este modelo de interpretação constitucional, não seria constitucionalmente permitido ao estado de modo algum proibir o aborto do feto anencefálico

¹⁷⁸⁴ Carolina Alves de Souza Lima entende que o aborto no caso de feto anencéfalo deve ser considerado um exercício regular do direito e, para ela, trata-se de um direito constitucional da gestante interromper a gravidez. LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1ª.ed. (ano 2008), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 165-166.

¹⁷⁸⁵ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 85.

¹⁷⁸⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 85.

¹⁷⁸⁷ De modo semelhante, mas não idêntico, vale lembrar o famoso brocardo, “*Non omne quod licet honestum est*”, ou seja, “nem tudo o que é lícito é honesto”; bem como o texto bíblico da primeira epístola de Paulo aos coríntios, “Todas as coisas me são lícitas, mas nem todas as coisas convêm; todas as coisas me são lícitas, mas nem todas as coisas edificam.” (I Coríntios, 10:23).

¹⁷⁸⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 88.

(ou do feto perfeito!), na medida em que o direito fundamental da mulher de dispor de seu corpo seria mais importante do que qualquer direito de proteção que o feto pudesse ter.

No julgamento da ADPF 54, nenhum Ministro optou de modo claro por este modelo de interpretação constitucional, nem mesmo as Ministras.

1.3 O MODELO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ABORTO DO FETO ANENCÉFALO COMO LIBERDADE LIMITADA

O terceiro modelo, denominado modelo da liberdade limitada, considera o aborto como liberdade constitucional que pode ser legislativamente limitada, configurando, de certo modo, uma subespécie do segundo modelo, que parte da liberdade como direito fundamental prevalente. Porém, este modelo é mais rigorosamente articulado tecnicamente, e não aceita a liberdade de abortar da mulher como absoluta, admitindo-lhe possíveis limites implementáveis através da lei. E, no entanto, tal lei não poderia restringir o direito da mulher arbitrariamente.

Neste modelo, não se deduz da Constituição um direito ao aborto, mas a cláusula geral de liberdade ampara muitas condutas que não receberam expressa proteção como direitos fundamentais, e proíbe o poder público de impor limitações irrazoáveis, arbitrárias e irracionais¹⁷⁸⁹.

Neste contexto, depreender-se-ia do direito fundamental à liberdade um direito constitucionalmente protegido ao aborto em geral, e ao aborto do feto anencéfalo em particular, e simplesmente proibir-se o aborto em qualquer circunstância seria inconstitucional porque caracterizaria uma restrição *arbitrária* à liberdade.

No entanto, uma proibição que não caracterizasse tal restrição arbitrária, seria constitucionalmente aceitável – mas dependeria da ação do legislador. Ou seja, para este modelo de interpretação, a Constituição seria *a priori* permissiva quanto a qualquer forma de aborto, até que a lei o proibisse de modo que não fosse arbitrário. Parece-nos que a Constituição dos Estados Unidos tem sido interpretada conforme este modelo.

Neste contexto, vê-se que proibir o aborto do feto anencéfalo seria um verdadeiro desafio ao legislador, em vista da premissa de que a Constituição privilegiaria a liberdade da

¹⁷⁸⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 86.

mulher, e, portanto, o legislador, se quisesse realmente proibir o aborto do feto anencéfalo, teria que apresentar uma mui persuasiva fundamentação para justificar tal restrição à liberdade da gestante.

Em conclusão, segundo este modelo de interpretação, o legislador poderia, atendendo a interesses públicos, limitar a liberdade constitucional ao aborto, inclusive ao aborto do feto anencéfalo, mas a condição para se entender a constitucionalidade dessa limitação seria sua *razoabilidade*. Limitações irrazoáveis, arbitrárias e irracionais seriam inconstitucionais.

Nenhum dos votos dos Ministros do STF na ADPF 54 foi total e consistentemente articulado a partir deste modelo de interpretação constitucional. No entanto, a argumentação de que a liberdade só poderia ser restringida em vista de fundamentos importantes foi usada em partes de diversos votos. Neste sentido, Marco Aurélio defendeu a necessidade de se analisar se “há justificativa para a lei compelir a mulher a manter a gestação quando ausente a expectativa de vida para o feto”¹⁷⁹⁰, e que cabe à mulher decidir sobre a manutenção ou não da gravidez de feto anencéfalo no exercício de seu direito à privacidade¹⁷⁹¹. Também Rosa Weber mencionou em seu voto que uma proibição a se abortar o feto anencéfalo violaria a liberdade de escolha da gestante¹⁷⁹², e Joaquim Barbosa entendeu que deve ser garantido o exercício dos direitos reprodutivos ligados à liberdade e autodeterminação da mulher¹⁷⁹³.

1.4 O MODELO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA EXCEÇÃO PERMITIDA AO ABORTO DO FETO ANENCÉFALO

O quarto e último modelo de interpretação constitucional – o modelo da exceção permitida – entenderia que o aborto constitui uma exceção legítima à proteção geral do Estado à vida sob certas condições.

¹⁷⁹⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 33.

¹⁷⁹¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 76.

¹⁷⁹² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:58:00-0:58:04).

¹⁷⁹³ GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 87-88.

Assim como no modelo de interpretação anterior, seria aceitável o aborto, e a descriminalização ocorreria sob certas condições. No entanto, este modelo se alicerça em bases teóricas distintas do modelo anterior¹⁷⁹⁴: O terceiro modelo, do aborto do feto anencéfalo como liberdade limitável, se origina de uma concepção ideológica que é favorável ao fenômeno da liberdade; por outro lado, este quarto modelo entende que o aborto é uma *exceção* ao direito à vida, e, por isso, apesar de permitido, deve ser interpretado restritivamente.

Em outras palavras, no modelo da exceção permitida, o direito à vida em geral é a regra, mas, excepcionalmente, ele pode ser limitado, sendo que as exceções ao direito geral devem, por sua vez, ser interpretadas restritivamente.

E, no entanto, isso não quer dizer que essas exceções possam ser, por sua vez, interpretadas restritivamente de modo arbitrário. Também neste modelo de interpretação constitucional, apesar da primazia geral do direito à vida, o legislador e o intérprete do direito não gozam de uma liberdade absoluta para restringir a liberdade das pessoas, pois, sempre que a liberdade individual for restringida, será preciso que a restrição se fundamente nos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, a fim de se evitar com isso arbitrariedades por parte do estado¹⁷⁹⁵.

Os Ministros do STF, no julgamento de mérito da ADPF 54, parecem, de um modo geral, ter partido da primazia do direito à vida, para então o relativizar no conflito com outros direitos. No entanto, com a exceção de Peluso, nenhum Ministro defendeu expressamente a primazia da vida em seu voto. A posição de destaque a que foi alçado o direito à vida decorre

¹⁷⁹⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 87.

¹⁷⁹⁵ No mesmo sentido em relação à eutanásia em face da Constituição Espanhola, ver REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 166. A respeito da possibilidade de aplicar a regra da proporcionalidade, vide item 4.3.2. Além disso, na ADI 3510-0, o Ministro Gilmar Mendes explica que na doutrina alemã, “o ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção”. Essa descrição refere-se ao princípio da proporcionalidade de excesso. Já o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente refere-se à obrigação de o Estado tomar as medidas legais e materiais para efetivar a proteção adequada. Para o Ministro, no caso das células-tronco, a lei de biossegurança não estaria de acordo com esse último princípio. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 14-15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Também no voto proferido na ADI 3510-0, a Ministra Ellen Gracie afirma que não há ofensa à vida ou à dignidade humana na utilização de “pré-embriões inviáveis ou congelados”. Para ela, a Lei de Biossegurança trata do pré-embrião, ou seja, uma “massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir”, e não do conceito de embrião propriamente dito, isto é, uma “unidade biológica detentora de vida humana individualizada”, que surge após o 14º dia. Por fim, a Ministra destaca buscar o “resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível”, de modo que seria melhor aproveitar a utilidade dos embriões do que simplesmente descartá-los. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 3 e 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

da leitura completa dos votos dos Ministros, que, implicitamente, reconhecem sua primazia ao contrapô-lo com os outros direitos em conflito, e, inclusive, a fim de justificar sua relativização, chegam a negar que o conceito jurídico de vida se aplique ao feto anencéfalo.

Neste sentido, apesar de defender que não existiria hierarquia do direito à vida em relação aos demais direitos fundamentais¹⁷⁹⁶, o Ministro Marco Aurélio parece reconhecer, ainda que indiretamente, a primazia do direito à vida, procurando, para resolver o caso, afastar sua aplicabilidade¹⁷⁹⁷, argumentando que não há vida¹⁷⁹⁸ e nem mesmo vida em potencial¹⁷⁹⁹ no feto anencéfalo, sendo que o próprio Conselho Federal de Medicina considerou o anencéfalo natimorto¹⁸⁰⁰.

Também Rosa Weber parece partir da primazia da vida ao analisar a possibilidade do aborto do feto anencéfalo. Defende a Ministra que, para ser tutelado, o organismo deve ter condições de ser pessoa, possuindo o mínimo intrínseco das capacidades humanas¹⁸⁰¹, e que é essa a vida protegida pela Constituição¹⁸⁰², de modo que, para ela, a anencefalia não seria sequer compatível com o conceito de aborto¹⁸⁰³, pois, para caracterizá-lo, seria necessário que houvesse também vida neste sentido¹⁸⁰⁴, o que não ocorre no feto anencéfalo.

¹⁷⁹⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 65-66.

¹⁷⁹⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 60.

¹⁷⁹⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 53.

¹⁷⁹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 60.

¹⁸⁰⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 50.

¹⁸⁰¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:52:15-0:55:35).

¹⁸⁰² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:57:05).

¹⁸⁰³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:56:34-0:56:37).

¹⁸⁰⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:56:38-0:57:15).

Joaquim Barbosa também parece ter reconhecido a primazia do direito à vida em relação aos outros direitos, mas entendeu que há graus de proteção da vida¹⁸⁰⁵, concluindo que o feto anencéfalo, apesar de biologicamente vivo, não encontraria amparo jurídico em decorrência da precariedade de sua condição¹⁸⁰⁶.

Cármem Lúcia mais claramente parece partir da primazia do direito à vida no estado de direito, ao afirmar, logo de início, que, independentemente de ser favorável ou não ao aborto do feto anencéfalo, todos prezam a vida, e que a vida “impõe respeito” em uma democracia¹⁸⁰⁷, para, posteriormente, relativizar o direito à vida de acordo com os conceitos “de vida e da própria vida”¹⁸⁰⁸, conforme a Constituição¹⁸⁰⁹, levando-se em conta no caso em tela que o feto anencéfalo “não tem perspectiva de vida”¹⁸¹⁰.

Ayres Britto também parece acolher a primazia da vida, ainda que indiretamente, para justificar seu voto no sentido de que não há crime de aborto se o feto for “natimorto cerebral”¹⁸¹¹. Para o Ministro, ainda que a vida goze de proteção, o feto anencéfalo seria um “ser sem viabilidade vital”¹⁸¹², e, portanto, não existiria no feto “uma pessoa humana [...] no sentido biográfico”¹⁸¹³, o que justificaria que seu direito à vida fosse relativizado.

Também Celso de Mello, apesar do destaque dado em seu voto aos direitos da mulher, seu direito reprodutivo, direito à liberdade, autodeterminação, dignidade, autonomia pessoal e

¹⁸⁰⁵ GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 90.

¹⁸⁰⁶ GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 90-91.

¹⁸⁰⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármem Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:18:52).

¹⁸⁰⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármem Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:07:19).

¹⁸⁰⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármem Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:07:49-2:07:51).

¹⁸¹⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Cármem Lúcia. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&list=PL7655EB015996CBBE&index=2&feature=plpp_video>. Acesso em: 25 abr. 2012 (2:18:56).

¹⁸¹¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WxtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:22:11-0:22:34).

¹⁸¹² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WxtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:22:35-0:22:39).

¹⁸¹³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WxtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012. (0:23:18-0:23:22).

intimidade¹⁸¹⁴, ressaltou a sacralidade e inviolabilidade do direito à vida¹⁸¹⁵, alçando-o a condição privilegiada em relação aos outros direitos, destacando o valor da pessoa humana e a sua dignidade como valores fundantes do estado¹⁸¹⁶, e concluiu que o feto anencéfalo não estaria vivo no sentido jurídico e que, portanto, uma vez que não há vida a ser protegida, nada justificaria a limitação dos direitos da mulher¹⁸¹⁷.

A argumentação dos votos de Cármen Lúcia e Celso de Mello brevemente comentada acima nos parece particularmente importante por deixar claro o padrão de argumentação que encontramos nos votos da maioria dos Ministros: De um modo geral, eles implicitamente reconhecem a primazia do direito à vida sobre os demais direitos constitucionais, e sentem a necessidade de relativizá-lo no conflito com os outros direitos envolvidos no caso do anencéfalo. Porém, o direito à vida é tão poderoso, que é preciso justificar muito bem sua relativização, mesmo em face de outros direitos absolutamente fundamentais, como são a liberdade, a autodeterminação, a dignidade, e o direito à saúde. Assim, o argumento de que o feto anencéfalo não teria vida no sentido jurídico passa a ser utilizado seguidamente pelos Ministros que, deste modo, afastam sua aplicabilidade ao caso sem realmente sopesar e ponderar os direitos em jogo. O que, no entanto, deixa patente a primazia do direito à vida no modelo brasileiro de interpretação constitucional – tão importante é o direito à vida, que o principal modo de “relativizá-lo” encontrado pelos Ministros é negar a própria existência da vida (jurídica) do anencéfalo.

Tornaremos a analisar os principais argumentos usados na ADPF 54 com relação ao modelo de interpretação constitucional adotado no Brasil pelo STF sobre o aborto do feto anencéfalo de modo mais sistematizado no capítulo 2.3, abaixo.

¹⁸¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:15:20-2:16:13).

¹⁸¹⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:32:22-2:32:28).

¹⁸¹⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:32:44-2:33:20).

¹⁸¹⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:19:40-2:20:07).

2 O MODELO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL MAIS ADEQUADO À REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA: UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO

2.1 MODELOS *A PRIORI* INADEQUADOS À REALIDADE JURÍDICA ATUAL DO BRASIL

Apesar de que em tese os quatro modelos de interpretação constitucional propostos seriam possíveis, podemos dizer que, no direito brasileiro atual, *a priori*, o aborto claramente não é totalmente proibido, pois, como vimos, existem hipóteses legais permitindo sua prática, inclusive o caso analisado neste trabalho, o da gestação de feto anencéfalo¹⁸¹⁸ – apesar de que a argumentação do Ministro Peluso na ADPF 54, de que o direito à vida não poderia ser relativizado¹⁸¹⁹, possa sugerir o contrário.

Nosso direito, por outro lado, tampouco ampara o aborto de forma generalizada – ao contrário, também como já analisado, a regra geral de nosso sistema é a de que o aborto é proibido, ainda que não absolutamente¹⁸²⁰.

A posição brasileira está, pois, em algum ponto intermediário deste *continuum*, cujos extremos são, de um lado, a proibição do aborto, e, do outro, sua autorização – ambas, absolutas¹⁸²¹.

Em vista desses fatos, descartamos, pois, a possibilidade de que o modelo de interpretação constitucional brasileiro a ser adotado venha a ser o da proibição absoluta ou o da livre disposição, e enfocaremos, então, nossa análise, nos dois modelos restantes: O da liberdade limitada e o da exceção permitida.

A fim de procurar melhor identificar qual desses dois modelos de interpretação constitucional seria mais adequado à realidade brasileira, passamos, a seguir, a revisar os

¹⁸¹⁸ Vide especialmente capítulo 3.4.2 da primeira parte deste trabalho.

¹⁸¹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (1:30:34-1:30:42).

¹⁸²⁰ Vide especialmente o capítulo 1 da terceira parte deste trabalho.

¹⁸²¹ Entende Luísa Neto, analisando o tema em relação a Portugal, que, no caso do aborto, também não existe em seu país uma “proibição total ao aborto”, nem um “reconhecimento constitucional de um direito ao aborto”. In NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 450.

argumentos indicados pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema¹⁸²², tendo como base, principalmente, os votos dos Ministros na decisão da ADPF 54 e em sua liminar, já amplamente analisadas neste trabalho¹⁸²³; e os votos dos Ministros na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 3510-0, que também já foi julgada pelo STF, e que versou sobre a possibilidade de pesquisas com células-tronco, assunto que traz muitas analogias válidas para o caso do aborto do feto anencéfalo. Em nossa análise, levaremos em conta também, sempre que necessário, os principais argumentos doutrinários aplicáveis.

Vale dizer que o modo de atuação do STF não permite uma opção clara por um dos modelos sugeridos. Como afirma Conrado Hübner Mendes, é difícil encontrar uma posição que se possa atribuir ao Supremo Tribunal Federal, cujas decisões correspondem a “um diálogo de surdos”¹⁸²⁴. Para Hübner, os votos dos Ministros “nem sequer conversam entre si”, impedindo uma “opinião institucional coesa”, capaz de orientar e fortalecer “a linguagem dos direitos fundamentais”¹⁸²⁵.

Por essa razão, nos resta a tentativa de buscar nos argumentos isolados dos Ministros um caminho que nos leve em direção a um dos modelos interpretativos propostos, e que nos permita identificar o que chamaremos de interpretação brasileira.

2.2 O FETO ANENCÉFALO E O PAPEL DO JUDICIÁRIO

Antes de partir propriamente para a análise de qual dos modelos de interpretação constitucional seria mais adequado ao Brasil, gostaríamos de, brevemente, discutir o papel do Judiciário em face dos desafios trazidos pelo mundo moderno, o avanço da ciência, e as expectativas da sociedade.

Como o Ministro Sepúlveda Pertence nos lembrou em seu voto da liminar da ADPF 54, novas interpretações judiciais podem surgir a partir de novos conhecimentos científicos, e

¹⁸²² Como afirma Dworkin, não se busca uniformidade, mas a integridade do direito nas decisões tomadas pelos juízes. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 204-205.

¹⁸²³ E alguns argumentos desenvolvidos na ADI 3510 que podem servir de parâmetro. O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão proferindo sua decisão em maio de 2008, aprovando o uso de células-tronco embrionárias nas pesquisas científicas e declarando, assim, constitucional o artigo 5º da Lei 11.105/05. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸²⁴ HÜBNER MENDES, Conrado. **Onze Ilhas**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>>. Acesso em: 5 jun. 2012.

¹⁸²⁵ HÜBNER MENDES, Conrado. **Onze Ilhas**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>>. Acesso em: 5 jun. 2012.

o que era indiscutível até então, pode ser reanalisado através de um novo olhar¹⁸²⁶. O problema do feto anencéfalo é um exemplo disso, já que seu diagnóstico só é possível hoje graças ao avanço constante da medicina e das ciências.

Por sua vez, especificamente com relação ao feto anencéfalo, alerta o Ministro Joaquim Barbosa que a violação ao direito da mulher é patente, e a existência de inúmeras decisões contraditórias acaba por violar mais ainda o direito da gestante¹⁸²⁷. Qual o papel do Judiciário em vista deste desafio?

Entendeu o Ministro que a ADPF não deveria buscar uma interpretação conforme¹⁸²⁸ ou a “declaração de constitucionalidade sob reserva de interpretação”¹⁸²⁹, que seria uma das formas em que se pode obter uma manifestação do órgão de cúpula¹⁸³⁰.

No entanto, entendeu ele também que a ADPF deve ser compreendida como um mecanismo de “alargamento da ação protetiva dos direitos fundamentais”¹⁸³¹, em defesa dos mais vulneráveis¹⁸³².

Mas será isso mesmo? Para responder essa questão, é preciso ter em mente qual o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal hoje na sociedade, já que, como afirmam

¹⁸²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 8, fl. 234. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 3-4, fl. 142-143. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 2, fl. 141. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>> Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 3, fl. 142. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 3, fl. 142. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 8, fl. 147. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 8, fl. 147. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

Flávia Piovesan e Tamara Amoroso Gonçalves, a “arena jurisdicional”¹⁸³³ tem sido o verdadeiro “foco” das estratégias dos movimentos sociais feministas¹⁸³⁴, e não mais o Executivo e o Legislativo.

Na opinião de Piovesan e Amoroso Gonçalves, o papel das Cortes Constitucionais seria o de desenvolver “a cultura e a consciência de direitos e a supremacia constitucional, tendo seus julgados o impacto de transformar legislações e políticas públicas, contribuindo para o avanço na proteção dos direitos humanos”¹⁸³⁵.

Alexandre de Moraes, por sua vez, entende que o Poder Judiciário pode interferir¹⁸³⁶, excepcionalmente e de forma “minimalista” por meio de método de interpretação ampliativa, denominada de ativismo judicial¹⁸³⁷, quando se verificar a “gravidade dos casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos direitos fundamentais”¹⁸³⁸. Destaca Moraes que,

¹⁸³³ PIOVESAN, Flávia; GONÇALVES, Tamara Amoroso. Gênero no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (coords). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**, p. 389.

¹⁸³⁴ PIOVESAN, Flávia; GONÇALVES, Tamara Amoroso. Gênero no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (coords). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**, p. 389.

¹⁸³⁵ PIOVESAN, Flávia; GONÇALVES, Tamara Amoroso. Gênero no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (coords). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**, p. 390.

¹⁸³⁶ Afirma Alexandre de Moraes que com o “fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional pela Constituição Federal de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade e pelo vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos *erga omnes* e vinculantes, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo”. MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 39.

¹⁸³⁷ Alexandre de Moraes destaca a dificuldade de conceituar a expressão. MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 39. Luís Roberto Barroso ensina que a judicialização, isto é, a “transferência de poder para juízes e tribunais” para decidir questões de grande “repercussão política ou social” tem três causas principais: a redemocratização do Brasil, abrangência da Constituição Federal e o controle de constitucionalidade brasileiro. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>, p. 2-3. Acesso em: 10 jan. 2012. Para o autor, a judicialização e o ativismo judicial são parentes. No entanto, enquanto a judicialização é um “fato que decorre do sistema constitucional adotado pelo Brasil, o ativismo é “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>, p. 5. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸³⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 41. Para o autor é essencial “o bom-senso entre a ‘passividade judicial’ e o ‘pragmatismo jurídico’, entre ‘o respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes’ e ‘a necessidade de garantir às normas constitucionais à máxima efetividade’”. Para Alexandre de Moraes, o Supremo deve se valer do ativismo judicial de forma “clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo

muitos direitos fundamentais foram efetivados por meio dessa prática. Dentre eles, por exemplo, “o reconhecimento do direito constitucional ao aborto, como projeção do direito à privacidade” no caso *Roe v. Wade*¹⁸³⁹.

A “face positiva” do ativismo judicial, como ensina Luís Roberto Barroso, é a possibilidade de o Poder Judiciário atender “a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento”.¹⁸⁴⁰

Explica Luís Barroso que o Poder Judiciário passa a participar intensamente “na concretização dos valores e fins constitucionais”¹⁸⁴¹, o que pode ocorrer: i) aplicando-se a Constituição em casos não contemplados expressamente e sem atuação do legislador;¹⁸⁴² ii) declarando-se a inconstitucionalidade de atos normativos fundados “em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”¹⁸⁴³; e, iii) estabelecendo-se procedimentos ou os recusando, em relação especialmente à políticas públicas¹⁸⁴⁴. Destaca Barroso, quanto a esta última conduta do Judiciário, o exemplo de distribuição de medicamentos, em que o juiz age diretamente sobre as políticas, determinando a entrega de

a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais”. MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 41. Luís Roberto Barroso explica que “o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.” BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>, p. 15. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 40. Luís Roberto Barroso cita também *Brown v. Board of Education*, *Griswold v. Connecticut*, envolvendo negros e direito à privacidade respectivamente, entre outros casos americanos clássicos que inspiraram a prática no Brasil. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>, p. 5-6. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>, p. 7. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>, p. 5. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>, p. 5. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>, p. 5. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>, p. 5. Acesso em: 10 jan. 2012.

medicamentos, terapias, e procedimentos *a priori* não disponibilizados pelo estado para tratamento de certas doenças, muito embora isso possa comprometer a manutenção de tais políticas públicas ou dos recursos públicos¹⁸⁴⁵.

Em sentido contrário ao ativismo judicial, vale lembrar Elival da Silva Ramos, que defende que uma análise das decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal sugere um aumento irrazoável desse ativismo¹⁸⁴⁶, em grande parte causado por “ineficiência dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas à concretização do projeto social-democrático desenhado na Carta de 1988”¹⁸⁴⁷. Para o autor, o atual ativismo judicial em voga no Brasil, especialmente no STF, leva a uma “principiologização do direito”, que “valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos do que seria lícito fazer” abre “as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais”, deixando de “concretizar a Constituição” para “construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores”¹⁸⁴⁸.

Até o momento, o Projeto de Lei do Senado 50/2011, que descriminaliza o aborto de feto anencéfalo quando precedido de consentimento da gestante (ou de seu representante legal, no caso de gestante incapaz), segue tramitando no Congresso Nacional, mas não tem previsão para ser votado, sendo que, desde 24 de maio último, aguarda a designação de um Relator para a Comissão de Assuntos Sociais do Senado, que deverá revisá-lo¹⁸⁴⁹. Mas o fato de não existir claramente uma regulamentação no caso do aborto, não exclui o papel importante que tem sido exercido pelo Poder Judiciário na proteção de direitos fundamentais. Ao contrário, a lacuna na regulamentação ressalta a importância das cortes na análise dos casos concretos, em especial, a do STF.

¹⁸⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>, p. 13. Acesso em: 10 jan. 2012. O autor critica os impactos dessas decisões, propondo a cautela contra esses “riscos sistêmicos”. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>, p. 13. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁴⁶ Marcos Paulo Veríssimo afirma que, embora a competência do Supremo Tribunal originalmente fosse solidificar a interpretação da Constituição como “órgão responsável” pela “guarda da Constituição”, tem alcançado papel importante na “política” brasileira, decidindo temas relevantes na seara política, como, por exemplo, a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, debatida na ADI 3.510. VERISSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”**. *Rev. direito GV* [online]. 2008, vol.4, n.2, p. 407-440. ISSN 1808-2432, p. 3-4, 6 e 8. O autor analisa estatisticamente o aumento significativo dos julgamentos proferidos pela Corte Constitucional nos últimos anos. A essa atividade incessante do Supremo, o autor denomina “ativismo à brasileira”. VERISSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”**. *Rev. direito GV* [online]. 2008, vol.4, n.2, pp. 407-440. ISSN 1808-2432, p. 9.

¹⁸⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 314.

¹⁸⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 314.

¹⁸⁴⁹ A tramitação do Projeto de Lei do Senado 50/2011 pode ser acompanhada e está disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165>. Acesso em 5 de junho de 2012.

É interessante lembrar que Dworkin, ao tratar do drama constitucional e as teorias de interpretação da constituição americana, criticou a posição de Scalia de que o direito ao aborto não deveria existir nos Estados Unidos porque não fora expressamente escrito na Constituição Americana¹⁸⁵⁰. Certamente, a função da mais alta corte de um país precisa ir muito além de ler o que já está explícito na letra da constituição¹⁸⁵¹.

Assim, neste contexto de efetivação dos direitos humanos, devemos repensar esses argumentos a respeito do papel do Judiciário, tanto no caso do aborto do feto anencéfalo, quanto em outros casos envolvendo direitos humanos e fundamentais. Precisamos entender que o Poder Judiciário passou a exercer um papel importante de afirmação dos direitos humanos, inclusive das mulheres¹⁸⁵², e que, com base neste novo papel que tem assumido, tem também feito uma nova leitura dos direitos expressamente consagrados pela Constituição, como pudemos ver, inclusive, no julgamento final da ADPF 54.

2.3 DISCUSSÃO SOBRE DECISÕES E OS PRINCIPAIS MODELOS DE INTERPRETAÇÃO

Como vimos, é razoavelmente tênue a diferença entre os modelos de interpretação constitucional da liberdade limitada e da exceção permitida ao aborto do feto anencéfalo.

Para distinguir qual modelo melhor se adapta ao Brasil, pergunta-se: É possível depreender-se de nossa Constituição Federal um verdadeiro direito da mulher ao aborto do feto anencéfalo, direito este que decorre de outros direitos, especialmente do direito à liberdade, e não que pode ser limitado de forma arbitrária – ainda que possa ser limitado? Ou o direito à vida em geral é a regra de nossa Constituição Federal, e, apenas excepcionalmente, ele pode ser restringido?

A pergunta encerra a resposta de qual o modelo mais adequado ao Brasil. E, no entanto, chegar a ela é muito difícil, ainda mais se levarmos em conta que, faticamente, ambos

¹⁸⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 200.

¹⁸⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 200.

¹⁸⁵² PIOVESAN, Flávia; GONÇALVES, Tamara Amoroso. Gênero no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (coords). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: Balanço e Crítica. p. 390.

modelos provavelmente conduzem o intérprete à mesma conclusão no caso prático – a autorização do aborto do anencéfalo.

Para enfrentar a questão, vejamos os principais argumentos que o STF tem usado com relação ao direito à vida do feto ou embrião humano, e com relação aos direitos que podem com ele colidir.

2.3.1 Argumentos no sentido de que o direito à vida não é absoluto

Conforme já exposto neste trabalho, o Ministro Relator Marco Aurélio concedeu a liminar na ADPF 54 levando em conta a existência de risco à vida e à saúde da mulher, além da frustração e dor de se levar a termo uma gestação em que o feto não sobreviverá¹⁸⁵³, entendendo que a manutenção da gravidez violaria sua integridade moral e psicológica, além da saúde física da mulher¹⁸⁵⁴.

Ademais, argumentou Marco Aurélio na decisão da ADPF 54 que, ainda que fosse admitido um direito à vida intrauterina do feto anencéfalo¹⁸⁵⁵, esta vida gozaria de uma proteção menos intensa¹⁸⁵⁶, uma vez que direito à vida comportaria gradações, posição já adotada pelo Ministro na ADI 3510 e confirmada a partir de suas análises dos casos de aborto e de homicídio, que, para ele, demonstram que a proteção à vida se alarga com o desenvolvimento do indivíduo¹⁸⁵⁷.

Admite, portanto, o Ministro, que proibir o aborto da gestação de um feto anencéfalo geraria um conflito com outros direitos e princípios protegidos constitucionalmente, tais

¹⁸⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁵⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 65.

¹⁸⁵⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 67.

¹⁸⁵⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 66-67.

como, o princípio da dignidade humana, o direito à liberdade e à autonomia da vontade¹⁸⁵⁸. Assim, a proibição ao aborto não pode ser reconhecida como constitucionalmente válida na sua totalidade, de forma absoluta – como já não o é –, pois encontra limites em razão da existência de outros direitos e princípios.

Para corroborar esse entendimento, destacamos também, o voto da Ministra Cármen Lúcia no recente julgamento do STF sobre pesquisa com células-tronco, cujo raciocínio e lógica foram mantidos no voto de mérito da ADPF 54. Defendeu a Ministra no caso da pesquisa com células-tronco que o direito à vida não é absoluto no Brasil, exemplificado na existência da previsão expressa e lícita de aborto em certas circunstâncias¹⁸⁵⁹. Para a Ministra, é, pois, necessária a ponderação do direito à vida com os demais direitos constitucionalmente garantidos¹⁸⁶⁰. Afirma Cármen Lúcia que “a Constituição garante não apenas o direito à vida, mas assegura a liberdade para que o ser humano dela disponha”¹⁸⁶¹.

Agregou a Ministra a esse argumento que o princípio da dignidade da pessoa humana transcendeu o indivíduo e “a intangibilidade e a indisponibilidade da vida passaram a considerar cada um e todos”¹⁸⁶², já que esse princípio não “permite desconhecer o que a liberdade pode possibilitar em termos de dignificação do homem”¹⁸⁶³. E, para ilustrar sua argumentação, invocou a Ministra especificamente o exemplo do aborto conforme disposição do artigo 128, I e II, do Código Penal brasileiro, afirmando que a Constituição Federal somente reconhece a inviolabilidade do direito à vida em análise conjunta com outros direitos fundamentais que o tornam efetivo¹⁸⁶⁴. Para Cármen Lúcia, é o viver digno que cabe ao estado oferecer¹⁸⁶⁵.

¹⁸⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Embora a Ministra faça a distinção entre os temas, só o aduz para “demarcar o estatuto jurídico constitucional do direito à vida”. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p.16. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁶¹ Afirmando, para tanto, pela liberdade de pesquisa com células-tronco. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p.17. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 34-35. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 36. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 16. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 41. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

O Ministro Celso de Mello também defendeu argumento semelhante ao de Cármen Lúcia, ao tratar das células-tronco. Também para o Ministro, o direito à vida não seria absoluto, inexistindo quaisquer dispositivos no direito brasileiro e internacional nesse sentido¹⁸⁶⁶, razão pela qual, o direito à vida comportaria ponderação¹⁸⁶⁷, admitindo inclusive cláusulas permissivas de aborto¹⁸⁶⁸. Vale dizer que o Ministro Celso de Mello, apesar de defender a sacralidade e a inviolabilidade da vida¹⁸⁶⁹ como verdadeiro núcleo fundante e eticamente legítimo do ordenamento jurídico¹⁸⁷⁰, admite também ele que a laicidade representa a liberdade de religião e a igualdade de crença, estando garantida a liberdade de consciência e culto, bem como o respeito ao pluralismo da sociedade brasileira¹⁸⁷¹. Ademais, para o Ministro, é fundamental que efetivamente exista vida para que seja tutelada¹⁸⁷². Constatada sua inexistência, não há que se falar em proteção¹⁸⁷³. No mérito da ADPF 54, Celso de Mello também admitiu a possibilidade de ponderação do direito à vida¹⁸⁷⁴, inclusive lembrando-nos da interpretação hermenêutica da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso Baby Boy (Resolução 23/81)¹⁸⁷⁵, que já analisamos.

Também Joaquim Barbosa entendeu que há graus de proteção da vida¹⁸⁷⁶, indicando, inclusive, que, apesar de biologicamente vivo, o feto anencéfalo não encontra amparo jurídico¹⁸⁷⁷.

¹⁸⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 34-36. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 34. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 34-36. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 3. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 4. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 16. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁷³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:32:22-2:32:28).

¹⁸⁷⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:22:50).

¹⁸⁷⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:24:30—0:29:25).

¹⁸⁷⁶ GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 90. Vale dizer que, embora não disponível o voto o Ministro Joaquim Barbosa na ADPF 54, remeteu-se ele à decisão publicada anteriormente no HC 84.025/2004.

Também Rosa Weber parece partir da premissa da primazia da vida e relativizá-la¹⁸⁷⁸, ainda que a Ministra também tenha afirmado, expressamente, que valores (vida, liberdade) têm o mesmo peso em uma sociedade democrática¹⁸⁷⁹.

Parece-nos que as argumentações de Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, e Rosa Weber expostas acima, sugerem a prevalência do modelo de interpretação constitucional do direito ao aborto do feto anencéfalo como uma exceção permitida ao direito à vida. Afinal, os Ministros parecem partir do direito à vida como primário, para, em seguida, sopesá-lo no conflito com outros direitos, como vimos no primeiro capítulo dessa terceira parte do trabalho.

2.3.2 Argumentos envolvendo a brevidade da vida do feto

Como vimos, o Ministro Marco Aurélio concedeu a liminar na ADPF 54, baseada na existência de uma má-formação fetal¹⁸⁸⁰, o que, segundo ele, acarreta a morte intra-uterina em 65% dos casos de anencefalia, ou uma sobrevivência de poucas horas após o parto¹⁸⁸¹, sem chance de sobrevivência nesse pequeno período sem “os efeitos da deficiência”¹⁸⁸².

Nessa esteira, acrescentou o Ministro Ayres Britto, ainda na liminar da ADPF 54, que o feto anencéfalo e a viabilidade da sua vida extrauterina¹⁸⁸³ poderiam ser comparados à

¹⁸⁷⁷ GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 90-91.

¹⁸⁷⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:57:50).

¹⁸⁷⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (1:01:12-1:01:30).

¹⁸⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 1-2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 90. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

crisálida. O útero seria o “casulo”¹⁸⁸⁴, que contém “algo que jamais será alguém”¹⁸⁸⁵. E questionou ainda Britto: “estamos aqui discutindo sobre o direito de viver, o direito de nascer ou o direito de nascer para morrer? Existe esse direito de nascer para morrer?”¹⁸⁸⁶ Para o Ministro, a proibição ao aborto em geral teria o objetivo de impedir que um destino extrauterino seja ceifado¹⁸⁸⁷ – mas não é essa a situação do anencéfalo, conforme o Ministro.

Além disso, entendeu o Ministro Ayres Britto que cabe à mulher decidir se “continua com aquela gravidez-sacrifício ou não”¹⁸⁸⁸, e equiparou o feto com anencefalia ao ser humano com vida, mas com a morte encefálica decretada¹⁸⁸⁹. Para o Ministro, o feto “está [apenas] aparentemente vivo, na verdade ele está ligado e por isso respira e por isso se desenvolve”.¹⁸⁹⁰ O feto “está ligado a uma UTI, chamada útero, mas a partir do momento em que se opera o desligamento do feto desses aparelhos ou dessa UTI, que se chama útero, nada mais resta, não há mais vida”¹⁸⁹¹.

Também o Ministro Fux analisou o impacto da brevidade da vida extrauterina do anencéfalo¹⁸⁹², e Rosa Weber defendeu que não há um interesse social de tutelar uma vida que não irá se desenvolver socialmente, violando o direito reprodutivo da mulher¹⁸⁹³.

As argumentações acima, *per se*, não jogam luz diretamente sobre qual modelo de interpretação seria o mais adequado, porque procuram justificar o aborto meramente com base

¹⁸⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 90. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 90. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 90-91. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 91. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 91. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 91. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 92. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 92. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁹² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 5.

¹⁸⁹³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (1:05:20-1:06:20).

em *atos*, não *normas* ou *interpretações normativas* – sugerindo que uma vida tão breve quanto a do anencéfalo não gozaria de uma proteção plena, ou até mesmo negando que o feto anencefálico esteja vivo, com base em que estaria em uma situação análoga à de morte cerebral. Indiretamente, entretanto, se a brevidade da vida é um fundamento válido para se relativizar a proteção à própria vida, podemos interpretar que também estes argumentos podem ser entendidos como em favor do modelo de interpretação constitucional do direito ao aborto do feto anencéfalo como uma exceção permitida ao direito à vida, na medida em que, ainda que de um modo oblíquo, partam da primazia da vida e a relativizem por sua brevidade.

2.3.3 Argumentos envolvendo o estado, a igreja, e valores

O âmbito de proteção do direito à vida também deve ser analisado na ótica de um estado democrático de direito e de um estado laico. Muitos Ministros mencionaram este aspecto, mas especialmente os Ministros Joaquim Barbosa¹⁸⁹⁴ e Celso de Mello¹⁸⁹⁵ enfatizaram a separação do estado e da igreja.

Vale lembrar, ainda, os ensinamentos de Daniel Sarmento que, como vimos, afirma que a proibição do aborto não se coaduna com a ideia de laicidade do estado e com a ideia de democracia, pois não se teria um tratamento isonômico entre os indivíduos¹⁸⁹⁶. O estado, na visão do autor, deve manter-se imparcial e equidistante diante das diversas religiões, ainda que uma delas represente a posição majoritária da sociedade.^{1897,1898}

¹⁸⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁹⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:11:50-2:11:54).

¹⁸⁹⁶ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flavia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 27.

¹⁸⁹⁷ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flavia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 26.

¹⁸⁹⁸ Em sentido contrário, Alain Supiot: “Os debates atuais sobre a bioética ganhariam muito em abrir-se a essa história de nossa concepção de ser humano, que é uma parte da história do Ocidente cristão. Essa concepção, da qual somos herdeiros, é a da *imago Dei*, do homem concebido à imagem de Deus e como tal chamado a se tornar senhor da natureza [...]. Mas, concebido à imagem de Deus, o homem não é Deus. Sua dignidade particular procede não de si mesmo, mas de seu Criador, e ele a partilha com todos os outros homens”. SUPLOT, Alain. **Homus juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 15.

Também neste sentido, lembramo-nos da ideia de Dworkin, de que o estado não deve adotar um conceito de vida com uma conotação religiosa¹⁸⁹⁹. O estado tem o dever de observar a coexistência de vários direitos, fato que, por si só, já impediria uma proteção absoluta à vida, pois precisaria garantir também uma liberdade de escolha ao indivíduo como exercício democrático¹⁹⁰⁰.

Neste contexto, lembramo-nos de mais uma pergunta de Dworkin: Se o estado entendesse que é seu dever proteger a vida poderia ele – o estado – impor valores à todos? Seria possível impor a toda a sociedade brasileira que o valor da vida deve transcender outros direitos?¹⁹⁰¹ Parece que o Ministro Joaquim Barbosa responde à indagação ao admitir que não é possível. Para ele, “ninguém poderá obrigá-los a agir diferente de seus valores, inclusive com relação em que momento a vida começa”¹⁹⁰².

Também o Ministro Marco Aurélio, na decisão da ADPF 54, enfatizou que o estado brasileiro é laico e, assim, não pode fazer política pública apenas com base em valores religiosos, inclusive fazendo um histórico a respeito da tolerância religiosa e laicidade do Brasil¹⁹⁰³.

Como não dizem respeito à posição do direito à vida com relação aos outros direitos em conflito no caso, esses argumentos da laicidade do estado, e até mesmo de que o estado não poderia nos impor valores, também não nos parecem iluminar um particular modelo de interpretação constitucional adequado ao caso do aborto do anencéfalo, ainda que sejam muito interessantes e importantes na solução do caso prático. Tais argumentos dizem respeito, primordialmente, ao papel do estado e a sua separação da igreja.

2.3.4 Argumentos envolvendo a personalidade do feto

¹⁸⁹⁹ Como ensina Dworkin, vide item 3.1.1.1.1.

¹⁹⁰⁰ Voto Joaquim Barbosa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 6-7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹⁰¹ Para Alain Supiot, “nenhum Estado, nem sequer aqueles que se proclamam absolutamente laicos, poderia manter-se sem mobilizar um certo número de crenças fundamentais”. SUPIOT, Alain. **Homus juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XVIII. “Os Estados, assim como as pessoas, continuam a ser sustentados por certezas indemonstráveis, por verdadeiras crenças, que não procedem de uma livre escolha, pois elas participam da identidade deles”. SUPIOT, Alain. **Homus juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XVI.

¹⁹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹⁰³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 41.

Afastando a possibilidade de que o embrião humano fosse titular de um direito subjetivo à vida, o Ministro Marco Aurélio, no voto sobre a pesquisa com células-tronco (ADI 3510-0), reconheceu a possibilidade de que a personalidade do feto se dê apenas com o nascimento com vida, existindo controvérsia quanto a se a Constituição Federal protege a vida de forma geral, inclusive a vida uterina¹⁹⁰⁴, não podendo a mulher ser vista em hipótese nenhuma como uma mera “incubadora”¹⁹⁰⁵.

Nessa linha, referente ao mesmo tema, o Ministro Carlos Ayres Britto reiterou na ADI 3510-0 a ideia de que se pode extrair da Constituição Federal diversos termos que denotam a necessária existência de “alguém”¹⁹⁰⁶, de uma “pessoa completa”¹⁹⁰⁷, para se falar em proteção. Afirmou o Ministro que é importante saber quais “momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito Constitucional e em que medida”¹⁹⁰⁸. É o que se denominaria, para ele, “tutela jurídica proporcional”¹⁹⁰⁹. Para o Ministro, a proibição do aborto não reconhece a existência de duas pessoas,¹⁹¹⁰ pois se assim o fosse, as hipóteses legais para o aborto seriam inconstitucionais¹⁹¹¹. O Ministro afirma ainda que existem duas realidades a serem consideradas: A da “vida intra-uterina e o da vida para além dos escaninhos do útero materno”¹⁹¹², levando-se em conta que o feto precisa da mãe para manter-se vivo¹⁹¹³. Por fim, reconheceu o Ministro que a “vida humana já rematadamente adornada

¹⁹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 9. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 9. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Essa viabilidade decorreria da gestação humana. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 9. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Vale a pena recordar a posição do Ministro no voto da liminar na ADPF 54 em que útero seria o casulo que contém “algo que jamais será alguém”. Vide [N.R.] 933.

¹⁹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹⁰⁸ Voto proferido na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 26. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 23. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 38. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral”¹⁹¹⁴.

Assim, restou clara na ADI 3510-0 a posição dos Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto de que a personalidade do feto inicia-se com o nascimento com vida, e não na concepção. Na decisão da ADPF 54, inclusive, Marco Aurélio enfatizou que o anencéfalo “jamais se tornará uma pessoa”¹⁹¹⁵, e Joaquim Barbosa concluiu que o feto anencéfalo, apesar de biologicamente vivo, não tem amparo jurídico¹⁹¹⁶.

Rosa Weber, também no mérito da ADPF 54, afirmou claramente que o âmbito da proteção à vida do ser humano se dá com o nascimento com vida, com o início da personalidade jurídica do indivíduo¹⁹¹⁷.

Para Celso de Mello, a ausência de atividade cerebral, que conceitua a morte, serve de parâmetro para definir o que é vida¹⁹¹⁸, e, portanto, a *contrario sensu*, a vida começaria apenas com os primeiros sinais da atividade cerebral¹⁹¹⁹. O Ministro também defendeu que o anencéfalo seria um “natimorto”, conforme a Resolução 1252/04 do Conselho Federal de Medicina¹⁹²⁰.

Entretanto, estes argumentos, ainda que interessantes também, não iluminam o modelo de interpretação mais adequado ao Brasil, porque versam sobre a partir de quando¹⁹²¹, e até

¹⁹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 56. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹¹⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 50.

¹⁹¹⁶ GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 90-91.

¹⁹¹⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:45:50-0:46:10).

¹⁹¹⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:10:40-0:11:00).

¹⁹¹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:11:00-0:11:25).

¹⁹²⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=WXtDpv2VzmU&feature=autoplay&list=PLF21CD375773F508D&playnext=1>>. Acesso em: 30 abr. 2012 (0:30:55).

¹⁹²¹ Supiot, entretanto, nos lembra de que “a personalidade jurídica não é decerto um fato de natureza; é certa representação do homem, que postula a unidade de sua carne e de seu espírito e que proíbe reduzi-lo a um ser biológico ou um ser mental [...]. Essa proibição é que é de fato visada pelos que hoje procuram desqualificar o sujeito de direito para poder apreender o ser humano como uma simples unidade de conta e tratá-lo como gado ou, o que equivale ao mesmo, como pura abstração”. SUPIOT, Alain. **Homus juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XI.

onde, existe personalidade – mas não entram na seara de se, no Brasil, deve-se partir da interpretação constitucional da primazia da vida ou da liberdade.

2.3.5 Argumentos sobre a vida na concepção e o Pacto de San José

Por outro lado, o Ministro Lewandowski, também no voto das células-tronco, tratou da tese de que a vida inicia-se quando da concepção, defendendo que esta teoria deveria prevalecer, vez que foi adotada pelo Pacto de San José, já ratificado pelo Brasil, e que, portanto, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como “regra de caráter supralegal”¹⁹²², independentemente de se a vida começou no útero ou fora dele, devendo o embrião, em qualquer estágio, ser tratado dignamente.¹⁹²³ Todavia, o Ministro ressaltou também que, em circunstâncias especiais, o estado poderá deixar de protegê-lo, quando outros valores precisarem ser protegidos¹⁹²⁴. Assim, apesar de reconhecer que a vida inicia-se na concepção, o Ministro Lewandowski entendeu que, em alguns casos, o estado pode deixar de protegê-lo. Seria o caso do aborto do feto anencéfalo? Como vimos, para Lewandowski, não¹⁹²⁵.

É interessante fazer uma releitura desse voto observando o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José), citado pelo próprio Ministro Lewandowski.

A Convenção deve ser interpretada observando todos os termos contidos na norma¹⁹²⁶, como vimos na primeira parte deste trabalho. A cláusula “em geral” desde a concepção¹⁹²⁷, contida no texto normativo internacional, permite, por um lado, verificar que o direito à vida não é um direito absoluto, podendo o estado deixar de protegê-lo quando existirem outros direitos que também precisam ser protegidos. Por outro lado, no entanto, tampouco existiria

¹⁹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 20-21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 23. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 22-23. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹²⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 24.

¹⁹²⁶ R. Limongi França traz as regras de Direito Civil consolidadas por Carlos de Carvalho, artigo 62, §1º: “No texto da Lei se entende não haver frase ou palavra inútil, supérflua ou sem efeito”. FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**; atualização de Antônio de S. Limongi França; prefácio de Giselda M.F. Novaes Hironaka. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 36.

¹⁹²⁷ Vide comentários 3.2.2 na segunda parte do trabalho.

um direito subjetivo ao aborto, justamente porque **em geral** o direito à vida deve ser protegido desde a concepção. O direito à vida deveria ser protegido em grande medida, mas também devem ser protegidos outros direitos colidentes, admitindo, portanto, o Pacto, uma proteção gradual desse direito em relação aos demais.

Os argumentos acima, do Ministro Lewandoswski (ainda que ele tenha se posicionado contra o aborto do anencéfalo na decisão da ADPF 54), bem como a interpretação do Pacto de San José, parecem favorecer que o modelo adequado de interpretação constitucional no Brasil seria, mais uma vez, o da exceção permitida. O direito à vida é “geral”, a permissão ao aborto seria, então, excepcional.

2.3.6 Argumentos sobre a vida e personalidade a partir da fecundação

Na ADI 3510-0, o Ministro Cezar Peluso, por sua vez, não concordou com uma gradação da proteção da vida¹⁹²⁸, e afirmou que a vida se inicia na fecundação¹⁹²⁹, de modo que, para ele, a vida intrauterina é “um valor constitucional proeminente”¹⁹³⁰.

Também neste sentido, Eros Grau defendeu, na liminar da ADPF 54, que o feto, nas lições de Pontes de Miranda, e conforme o artigo 2º do Código Civil, seria pessoa, e deveria ter proteção legal¹⁹³¹. Para o Ministro, durante o período em que a liminar autorizando o aborto de fetos anencefálicos estava em vigor, foi como se o Direito Penal tivesse sido

¹⁹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. O voto do Ministro Cezar Peluso decidiu pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança e atribuiu interpretação conforme à Constituição Federal. Afirma que a pesquisa com células-tronco adultas não exclui a pesquisa com as células-tronco embrionárias, e que a ausência da Lei de Biossegurança estimularia a comercialização de órgãos e não o contrário. Poderia estimular também a experimentação inadequada com o uso de embriões. Defende, ainda, que o embrião congelado “participa, em grau primitivo, dos requisitos da proteção à dignidade humana deste [...] e que o embrião já possui “atributo de humanidade”, afirmando que a vida começaria na concepção. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), respectivamente p. 3, 7-8, 9, 11 e 41, 12 e 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Por fim, para o Ministro Peluso, a proteção dos embriões decorre da Constituição Federal – em menor grau, entretanto. Com base nisso, a lei resguarda a dignidade aos embriões estabelecendo medidas para efetivar essa proteção. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 36, 38-40. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 7-15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 4-5, fl. 85. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

reescrito¹⁹³² pelo Poder Judiciário, que criara uma nova hipótese de aborto legal¹⁹³³. Para o Ministro, a liminar concedida violou a ideia de vida contida no artigo 2º do Código Civil¹⁹³⁴.

Estes argumentos de Peluso e Eros Grau são interessantes porque contrastam fortemente com argumentos de outros ministros, e parecem até sugerir que a interpretação do direito à vida absoluto, que havíamos descartado no início desta parte do trabalho, lhes pareceria ser a mais adequada.

E, no entanto, como já vimos, é fato que, atualmente, o direito à vida não é entendido de forma absoluta segundo a Constituição.

2.3.7 Argumentos envolvendo morte encefálica

Já Celso de Mello reconheceu na ADI 3510-0 os argumentos da morte encefálica como critério demarcatório para o término da vida¹⁹³⁵. Arguiu o Ministro Lewandowski, também neste sentido, que, utilizando o mesmo raciocínio aplicado ao caso de morte encefálica, em que a lei encerra a personalidade jurídica, não tendo sido formadas as terminações nervosas no embrião, não há pessoa humana¹⁹³⁶. A analogia de morte encefálica também já foi admitida pelo Ministro Carlos Britto na liminar da ADPF 54¹⁹³⁷. Sem vida, não há personalidade, e, como nos ensinou Dworkin, atribuir ou não personalidade ao feto, ou admitir-lhe gradações dessa personalidade, seria essencial para reconhecer-lhe um direito

¹⁹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 4-5, fl. 85. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. O Ministro Eros Grau reconheceu o caráter de pessoa ao embrião, desde que formado no ventre materno. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 4-5, fl. 85. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹³⁴ Afirma, finalmente, que a técnica de subsunção está superada e não pode a interpretação ficar restrita a ela, negando o referendo parcial da medida liminar. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 1, fl. 139. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 27-28. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 47-48. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 91. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

subjetivo à vida¹⁹³⁸. No entanto, ainda na ADI 3510-0, o Ministro Celso de Mello manifestou uma preocupação muito relevante com relação ao fato de que a ponderação do direito à vida não poderia ser tal que esvaziasse seu conteúdo essencial¹⁹³⁹, como vimos. Também Rosa Weber, na ADPF 54, citou a lei de doação de órgãos e afirmou que o direito protege a vida, observada a existência de atividades psíquicas – o que não se dá em caso de morte encefálica –, e não a mera vida orgânica ou atos reflexos¹⁹⁴⁰.

Mais uma vez, estamos diante de argumentos que se propõem factuais ou, pelo menos, semi-factuais – de que o feto anencéfalo já estaria morto por analogia à morte encefálica, e que, por isso, não sopesam princípios e direitos, o que seria necessário para avaliarmos qual modelo de interpretação constitucional seria aplicável.

2.3.8 A análise penal de Carlos Ayres Britto

Pareceu-nos particularmente enriquecedora a análise trazida pelo Ministro Carlos Ayres Britto à liminar da ADPF 54. Afirmou o Ministro em seu voto que são possíveis algumas interpretações penais no caso do aborto do feto anencéfalo¹⁹⁴¹: a) de que a antecipação terapêutica do aborto do feto anencéfalo é crime, pois há vida desde a concepção; b) de que inexistente crime de aborto em caso de gravidez de feto anencéfalo – pois não existem as características da espécie humana¹⁹⁴², ou em razão do critério da morte encefálica da Lei

¹⁹³⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 154-155.

¹⁹³⁹ Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510-0), p. 33. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Nesse sentido, vide comentário de Virgílio Afonso da Silva. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182 e 200.

¹⁹⁴⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pela Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=E2js96aasjY&feature=BFa&list=PL7655EB015996CBBE>>. Acesso em: 27 abr. 2012 (0:47:30-0:48:24).

¹⁹⁴¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 113-138. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹⁴² Destacamos do voto do Ministro: “o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação já não é impeditivo da transformação de algo em alguém. Se o produto da concepção traduzir em um ser a meio do caminho do humano, mas, isto sim, **em um ser que de alguma forma parou a meio ciclo do humano**”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 122. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

9434/97¹⁹⁴³, tratando-se de conduta “penalmente atípica”¹⁹⁴⁴; e c) de que os artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, estabelecem a tipicidade do crime de aborto, mas a conduta não seria punível, em razão da existência de direitos da gestante igualmente tutelados¹⁹⁴⁵, equiparando-se a manutenção da gravidez à crueldade contra a mulher¹⁹⁴⁶. No caso da gravidez resultante de estupro, a monstruosidade é o ato sexual contra a vontade da mulher, e, na anencefalia, é todo o processo, desde a concepção até o parto¹⁹⁴⁷.

Eis que a interpretação sugerida pelo Ministro em “a”, acima, está de acordo com o modelo da proibição absoluta.

A interpretação “b” consegue, na verdade, evitar uma interpretação constitucional do assunto, já que, tanto inexistir características da espécie humana no feto anencéfalo, quanto o feto anencéfalo já estar morto (em ambos os casos, por não ter encéfalo), seriam aspectos de natureza interpretativa *factual*, não *normativa*. E, no entanto, ambas sugestões nos parecem mais *ficções jurídicas* do que *interpretações científicas de fatos objetivos*.

Finalmente, a interpretação “c”, que acaba por autorizar o aborto do feto anencéfalo em razão de direitos da gestante, se encaixaria melhor no modelo da exceção permitida do que no modelo da liberdade limitada. Afinal, em nenhum momento o Ministro sugere que exista um direito ao aborto decorrente da liberdade, que poderia ser limitado apenas em alguns casos “razoáveis”. Ao contrário: fica claro que o aborto é, em geral, proibido em nosso ordenamento – não se questiona a constitucionalidade da proibição geral do Código Penal; ou seja, a vida tem primazia – e, no entanto, essa proteção é que tem que ceder, *excepcionalmente*, em casos específicos de colisão com direitos outros, da própria gestante, como vemos nos casos *excepcionais* de risco à sua própria vida, e no caso da gravidez decorrente de estupro.

¹⁹⁴³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 123-124. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹⁴⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 120-121. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹⁴⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 124. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹⁴⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 125-126. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹⁴⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, p. 126. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

2.3.9 Argumentos invocando a iniciativa do Poder Legislativo

Para a Ministra Ellen Gracie¹⁹⁴⁸, ao julgar a liminar da ADPF 54, uma nova hipótese de aborto seria ato de competência exclusiva do Poder Legislativo, e somente a sociedade poderia exigir de seus representantes uma solução para esse “problema de saúde pública” que aflige particularmente as “mulheres das classes menos favorecidas”¹⁹⁴⁹.

Lembre-mos ainda do alerta formulado pelo Ministro Carlos Velloso, na liminar da ADPF 54, de que a interpretação conforme não permitiria criar uma “regulamentação legal” adequada, com todas condições para realização do aborto do feto anencéfalo, e que tal iniciativa deveria ser do Legislativo¹⁹⁵⁰.

Em vista do disposto acima, vemos que também as argumentações de Ellen Grace e Carlos Velloso parecem fortalecer nossa impressão de que o modelo de interpretação constitucional aplicável ao Brasil seria o da exceção permitida. Para ambos, na ausência de lei específica autorizando mais uma hipótese de aborto, deve prevalecer a vida. Ou seja, mais uma vez, o direito à vida é a regra de nosso ordenamento; o aborto é a exceção. Gracie, particularmente, deixa claro que o aborto pode ser autorizado, e que talvez até fosse o mais adequado para atender às expectativas da sociedade e da saúde pública – mas, no entanto, tal exceção precisa ser aprovada pelo Legislativo. Para eles, no silêncio da lei, em nosso direito, deveria prevalecer o direito à vida; ao contrário do modelo da liberdade limitada, em que, no silêncio “eloquente” do Legislador, deveria prevalecer a liberdade de escolha da gestante.

Vale lembrar que, na ADPF 54, também o Ministro Lewandowski enfatizou que o papel para alterar os dispositivos do Código Penal deveria caber ao Congresso Nacional, e não ao STF¹⁹⁵¹, opinião também manifestada por Cezar Peluso¹⁹⁵².

¹⁹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 3, fl. 195. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 14, fl. 206. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Medida Cautelar. Tribunal do Pleno. Julgamento em 20 out. 2004, aditamento ao voto, p. 7, fl. 214. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁹⁵¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012, p. 6.

2.3.10 Conclusão sobre o modelo de interpretação constitucional aplicável ao Brasil

Em vista do exposto acima, parece-nos que, no Brasil, a interpretação constitucional dada ao caso do aborto do feto anencéfalo se encaixa no quarto modelo sugerido – o do direito ao aborto do feto anencéfalo como uma exceção permitida pelo sistema.

Em outras palavras, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, onde o princípio da liberdade parece ter primazia sobre a vida do feto¹⁹⁵³, no Brasil, parte-se de um direito geral à vida que pode ser, excepcionalmente, limitado em certas circunstâncias.

A crítica que fica à decisão é no sentido de que a atuação do STF, pautada nas posições individuais isoladas de cada um de seus Ministros, que não dialogam entre si, torna difícil a aferição precisa de um modelo de interpretação constitucional sobre a relação do direito à vida com outros direitos fundamentais em caso de conflito. Como vimos, um dos principais argumentos dos Ministros no mérito da ADPF 54 foi que não haveria vida no sentido jurídico no feto anencéfalo, argumento este que evita um verdadeiro sopesamento dos direitos fundamentais em conflito no caso, e por conseguinte, acaba gerando insegurança jurídica sobre qual seria a resposta, no futuro, de um questionamento à constitucionalidade de uma lei penal descriminalizadora do aborto de modo mais amplo, como seria o caso do atual anteprojeto de novo Código Penal proposto pela Comissão de Juristas do Senado¹⁹⁵⁴.

¹⁹⁵² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. Voto lido em plenário pelo Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1Bh_d4D56jI&list=PLF21CD375773F508D&index=1&feature=plpp_video>. Acesso em: 30 abr. 2012 (2:09:27-2:09:47).

¹⁹⁵³ Interessantemente, Alain Supiot nos lembra de que, “em terras de *common law* [...] o Direito [o sistema de regras] procede dos direitos [individuais, subjetivos], e não o contrário” como, segundo o mesmo autor, ocorre nos países da Europa continental, do qual o Brasil segue a tradição jurídica. Neste sentido, é curioso notar que, realmente, tanto nos Estados Unidos, quanto na Inglaterra, os mais importantes expoentes do *common law* hoje, o princípio da liberdade parece ter primazia sobre a vida do feto, o que se coaduna bem com a ideia de um sistema de Direito que emerge de direitos individuais, na medida em que o corpo das leis foi se formando historicamente a partir das decisões de casos individuais julgados pelas cortes, como aponta Supiot. SUPLOT, Alain. **Homus juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XXVI.

¹⁹⁵⁴ LEMOS, Iara. **Anteprojeto de novo Código Penal vai prever possibilidade de aborto**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/anteprojeto-de-novo-codigo-penal-vai-prever-possibilidade-de-aborto.html>>. Acesso em 5 jun. 2012. Destacamos da nova redação proposta pela Comissão de Juristas do Senado, *in verbis*: Art. 128. Não há crime de aborto: I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante. II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos. IV – se por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação, quando o médico constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de

3 SOBRE A POSSIBILIDADE DE SE CONDICIONAR O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO A FIM DE GARANTIR DIREITOS

Tendo chegado a uma conclusão quanto ao modelo de interpretação constitucional aparentemente adotado no caso do aborto do feto anencéfalo no Brasil, a título de sugestão, gostaríamos de manifestar nosso entendimento de que tal exceção permitida poderia ser, ainda, condicionada, através da implementação de algumas medidas protetivas para aumentar-se a certeza de que todos os direitos previstos na Constituição e envolvidos no caso tenham maiores possibilidades de ser efetivamente amparados. O modo mais adequado de se implantar essas medidas seria, claro, através do Poder Legislativo.

Como sabemos, a descriminalização do aborto não é um processo fácil, e, muito menos, isento de riscos – tanto para a mãe, quando para o feto. Existem muitas dificuldades a serem transpostas, até porque a medida do aborto é irrevogável, pois irreversível, uma vez que implica a morte do feto¹⁹⁵⁵.

A fim de se evitar abusos, seria conveniente revestir a autorização legal do aborto do feto anencefálico com a carapaça protetora de mecanismos de controle e garantia¹⁹⁵⁶.

arcar com a maternidade. Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro. Disponível em: <http://www.prr3.mpf.gov.br/component/option,com_remository/Itemid,68/func,select/id,334/orderby,6/>.

Acesso em: 07 jun. 2012. É interessante frisar que a proposta amplia a situação prevista no Código Penal atual, abarcando também a possibilidade de aborto no caso de a gravidez colocar em risco a saúde da gestante. Permite também, no inciso III, o aborto no caso de o feto ser acometido de anencefalia **ou** se acometido de anomalia grave e incurável “**que inviabilizem a vida independente**” (negrito nosso). Parece-nos que esse inciso permitiria uma interpretação extensiva, abarcando anomalias tão graves como a anencefalia, mas diferentes dela. Já, na hipótese prevista no inciso IV, o aborto seria permitido até a 12ª semana de gestação, ampliando o leque de situações em que a mulher poderia exercer sua liberdade de escolha, inclusive em razão de dificuldades sociais e econômicas, como já ocorre em alguns países, pois tais situações violam também a integridade psíquica da mãe.

¹⁹⁵⁵ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 118.

¹⁹⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 120.

¹⁹⁵⁶ Vide Projeto de Lei do Senado Federal 50/2011, cujo texto aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa prevê a necessidade de parecer atestando a anencefalia elaborado por três médicos distintos daqueles que participarão da interrupção da gravidez com o consentimento expresso da gestante. Os critérios para o diagnóstico deverão ser estabelecidos por meio de Resolução do Conselho Federal de Medicina, e já foram definidos na Resolução 1.989, de 10 de maio de 2012. Destacamos que o diagnóstico de anencefalia deverá ser realizado por dois médicos, a partir da 12ª semana de gestação, e a interrupção deverá ocorrer em hospital que tenha estrutura para realizar a cirurgia e atender eventuais complicações. Ademais, a gestante deverá ser informada dos riscos de sua escolha. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2012.

Em primeiro lugar, seria importante considerar como se dará a recomendação médica ao paciente, pois, diante de uma situação extremamente delicada como essa, o médico pode influenciar o paciente, levando-o a adotar suas recomendações não por sua livre e própria convicção, mas em razão de sua vulnerabilidade¹⁹⁵⁷. Naturalmente, isso pode e deve ser minimizado.

É preciso também verificar se a paciente não será pressionada a fazer o aborto do feto anencéfalo diante de seu contexto econômico, uma vez que poderá ser mais barato para as partes ou até para o estado realizar o aborto do que esperar pelo ciclo normal da gravidez¹⁹⁵⁸.

Além disso, será preciso examinar e acompanhar eventual processo depressivo da paciente e familiares em vista da enfermidade, porque uma pessoa deprimida também se coloca em uma posição de extrema de vulnerabilidade¹⁹⁵⁹.

Erros médicos, que podem dizer respeito ao diagnóstico ou ao prognóstico¹⁹⁶⁰, também precisam ser minimizados.

Outro aspecto importante a se levar em conta é o de que, com a descriminalização de um fato, o sentido de gravidade que revestia o ato proibido vai perdendo, com o tempo, a “aura” de gravidade que tem junto à sociedade, o que também dá margem a abusos pelas partes ou profissionais da saúde¹⁹⁶¹.

Ademais, vale lembrar que a legalização do aborto do feto anencéfalo pode vir a criar um sentimento de obrigação de fazê-lo para a gestante, transmitindo uma ideia de que o aborto é socialmente desejado, exercendo sobre a grávida uma pressão para que faça o aborto, especialmente quando se tratar de uma gestante mais vulnerável¹⁹⁶².

É certo que sempre poderão existir abusos, mas isso poderá ser minimizado com garantias procedimentais e de controle¹⁹⁶³, que deverão ser considerados pelo legislador, especialmente quando existir conflitos entre direitos fundamentais. É neste sentido que tecemos as sugestões a seguir.

¹⁹⁵⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 177.

¹⁹⁵⁸ Nesse sentido ao tratar da eutanásia. REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 178.

¹⁹⁵⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 178.

¹⁹⁶⁰ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 180.

¹⁹⁶¹ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 180.

¹⁹⁶² Neste sentido, quando à eutanásia, ver REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 189.

¹⁹⁶³ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 58.

Os procedimentos de controle e garantia devem ocorrer em dois momentos: (i) procedimentos preventivos, desde o momento em que for constatada a anencefalia, até o efetivo aborto, caso essa seja a escolha da paciente, e (ii) procedimentos corretivos, *a posteriori*, para verificar-se *ex post* a legalidade de todo o processo, identificando e punindo eventuais erros ou abusos.

O primeiro cuidado necessário é o devido acompanhamento psicológico para auxiliar a gestante e familiares nessa decisão de abortar ou não. Independentemente de sua decisão, o acompanhamento com profissionais minimizará o desconforto ou o sentido de obrigação legal ou pressão social que eventualmente poderiam influenciar a gestante.

O aborto não poderá ser realizado se a mulher estiver fortemente influenciada pela depressão ou alguma desordem psicológica de natureza grave, daí mais uma vez a necessidade de um acompanhamento do profissional.

O médico que fará o procedimento do aborto não deve ser o mesmo médico que diagnosticou a anencefalia, necessitando a gestante de um acompanhamento por dois médicos e dois diagnósticos, como tem sido feito em outros países, como vimos ao longo deste trabalho.

Poderíamos pensar também na necessidade de se exigir a expressa manifestação da vontade da gestante com testemunhas que pudessem reproduzir judicialmente a intenção da gestante de passar pelo procedimento. Outrossim, a gestante e familiares deveriam ser exaustivamente informados sobre os riscos de continuar a gravidez e de abortar, recebendo dos profissionais da saúde o diagnóstico, prognóstico e alternativas para que a gestante e seus familiares possam decidir de forma clara e consciente. Vale dizer que, uma vez que a gestante passasse por todo esse procedimento, seria possível desistir e não fazer o aborto, a qualquer tempo¹⁹⁶⁴. Além disso, uma lei que viesse autorizar o aborto de feto anencéfalo deveria exigir alguns cuidados adicionais em que somente as gestantes maiores, ou menores com autorização de seu representante legal, poderiam fazer o aborto.

Por fim, como bem aponta Fernando Rey Martínez para o caso da eutanásia, nenhum profissional da saúde seria obrigado por lei a realizar o aborto, observando o direito de objeção de consciência do profissional¹⁹⁶⁵.

Após o aborto, seria necessário verificar se o feto era de fato anencéfalo por um terceiro independente, tecnicamente qualificado para o diagnóstico, evitando assim que a

¹⁹⁶⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 71.

¹⁹⁶⁵ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 71.

gestante seja enganada pelo profissional da saúde, e evitando também o conluio entre as partes a fim de realizar um aborto diverso daquele autorizado pela lei, ou ainda, em razão de tráfico de órgãos.

A verificação *a posteriori* seria realizada pelo órgão público, especialmente encarregado de verificar se todas as medidas prescritas foram observadas.

Essas condições, em princípio, responderiam às principais preocupações que têm sido suscitadas a respeito do caso pelas partes interessadas, cientistas, profissionais, e pela sociedade civil.

O direito à informação da gestante dos riscos pela manutenção da gravidez ou pelo aborto, o respeito à escolha, o acompanhamento durante e após o parto – seja no caso da manutenção da gravidez ou no caso da antecipação do parto –, protegeriam o direito à liberdade da mulher, sua autonomia reprodutiva, e seu direito à privacidade, além do direito à saúde física e psíquica.

A fiscalização para que os abusos fossem evitados daria maior segurança para as partes envolvidas e para a sociedade, de modo que o estado cumpriria seu dever de proteger a saúde pública, sua obrigação de criar políticas públicas garantindo maior efetividade aos direitos fundamentais da gestante, e seu dever de preservar a liberdade, autonomia e privacidade da mulher, restringindo o direito à vida o menos possível, apenas diante de situações cuidadosamente analisadas e sopesadas, o que é absolutamente essencial para o funcionamento de um estado democrático de direito que garanta à todos o pluralismo, a laicidade do estado, a igualdade de gêneros, e a convivência harmoniosa dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, analisamos o aborto do feto anencéfalo à luz do ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração também a tutela do direito à vida em face do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ao longo do trabalho, traçamos um arcabouço teórico sobre o direito à vida, abordando o conceito de vida, os diversos sentidos atribuídos ao direito à vida, suas dimensões vertical e horizontal, e objetiva e subjetiva; apontando possíveis interpretações que podem ser aplicadas para compreensão de uma restrição ou limitação da vida ou do direito à vida, especialmente quando se tem em jogo outros direitos fundamentais.

Vimos que o direito à vida tem grande importância e destaque entre os direitos fundamentais, até mesmo por ser pressuposto de todos outros direitos; mas que, apesar disso, não é, nem poderia ser, absoluto. Assim, tratamos das principais teorias aplicadas com relação às restrições ao direito à vida, analisando os critérios e circunstâncias em que o direito à vida poderia ser restringido ou limitado, demonstrando a possibilidade e a existência de gradações dessa proteção quando se tem outros direitos fundamentais envolvidos.

Buscamos uma teoria capaz de auxiliar o intérprete quando houver conflito entre a proteção do direito à vida de um lado, e a liberdade, a dignidade, e outros princípios e direitos fundamentais conflitantes, de outro, e lançamos mão, para enfrentar a questão, das concepções aplicáveis aos direitos fundamentais de limites imanescentes, sopesamento e proporcionalidade.

Como o direito à vida e os direitos humanos e fundamentais têm sido fortemente definidos e implementados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, nosso estudo conduziu-nos a ele, e abordamos como se dá a incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, com especial atenção aos tratados internacionais de direitos humanos. Vimos como, a partir da emenda constitucional 45, os tratados internacionais podem vir a adquirir *status* constitucional em certas circunstâncias, e que, acima disso, o Brasil precisa cumprir os tratados internacionais com os que se compromete.

Analisamos também o tratamento que o aborto em geral recebe no Brasil, estudando como a legislação e a doutrina têm debatido e entendido o tema. Lembramos que o aborto envolve relações entre particulares, e refletimos sobre as implicações disso em um estado democrático de direito. Vimos que, apesar de ser função do estado democrático de direito

garantir, entre outros direitos, a liberdade, em vista da importância do valor que tem a vida, não só para o indivíduo, mas também para a coletividade, tem o estado a obrigação de defendê-la, e um verdadeiro e legítimo interesse em regulamentar o aborto, mesmo sendo este, *a priori*, um assunto de natureza privada, envolvendo primordialmente interesses particulares, e, geralmente, relações entre particulares.

Explicamos o que é a anencefalia de um ponto de vista médico-científico, para ter uma base sólida sobre a qual refletir a respeito do problema, e traçamos e analisamos, então, as mais relevantes controvérsias sobre a proteção do direito à vida no caso de aborto do feto anencéfalo. Analisamos como tem sido tratada na prática a situação do aborto do feto anencéfalo no Brasil, abordando especialmente as decisões e a jurisprudência a respeito.

Elencamos as principais doutrinas e soluções adotadas no plano internacional com relação ao aborto, para ajudar a embasar o estudo deste tema em nosso direito interno. Além disso, destacamos as normas estrangeiras e internacionais que têm sido invocadas e estudadas com relação à proteção dos direitos em conflito no caso, especialmente o direito à vida, à dignidade, à vida digna, à liberdade, à saúde, à autonomia, à igualdade, e aos direitos reprodutivos e sexuais, através de um estudo de direito comparado das legislações de alguns países onde a discussão está particularmente desenvolvida, e da interpretação dos tribunais internacionais de direitos humanos sobre a matéria, com especial ênfase no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte, confrontando as referidas legislações, doutrinas e jurisprudências com o ordenamento jurídico brasileiro. Também lançamos mão do estudo de grandes pensadores do direito contemporâneo para nos auxiliar em nossas análises, notadamente, André de Carvalho Ramos, Fernando Rey Martínez, Jürgen Habermas, Robert Alexy, e Ronald Dworkin.

Por fim, aplicamos as análises teóricas e estudos doutrinários e jurisprudenciais desenvolvidos ao caso concreto de aborto do anencéfalo, conforme julgado pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) 54. Vimos em detalhes todos argumentos apresentados, a favor e contra o aborto do anencéfalo, no escopo da ADPF 54. Analisamos e refletimos sobre todos argumentos apresentados em audiência sobre o caso. Notamos, de modo muito vívido, as dificuldades que a situação envolve, os impactos da decisão na sociedade, e o quanto o debate desperta verdadeira comoção social em função dos valores que implica. Tendo em vista que a decisão final sobre a constitucionalidade do aborto do anencéfalo coube ao nosso Supremo Tribunal Federal, e a importância da decisão sobre a sociedade, discutimos o papel que cabe ao Judiciário em um estado democrático de direito, especialmente com relação à efetivação dos direitos humanos.

Propusemos, então, quatro modelos de interpretação constitucional sobre o caso do aborto do feto anencéfalo, explicando as diferenças e consequências de uma eventual adoção de cada um desses modelos pelo Supremo Tribunal Federal.

Cada um dos modelos de interpretação constitucional propostos se alicerça na prevalência de premissas e valores diversos: Os dois primeiros modelos, de interpretações absolutas, “radicais”, foram propostos, analisados, e descartados. O modelo da proibição absoluta interpreta a Constituição Federal como garantindo o direito à vida absolutamente; e, por outro lado, o modelo da livre disposição defende que a Constituição garante a liberdade da mãe de dispor do próprio corpo mais do que vida do feto, também de modo absoluto. Em razão da análise desenvolvida no trabalho, tais modelos de interpretação foram descartados, servindo, no entanto, como tipos ideais extremos de um *continuum* em meio ao qual está o modelo interpretativo mais possível.

Neste *continuum*, analisamos o modelo da liberdade limitada, e o modelo da exceção permitida. Ainda que ambos modelos interpretativos da Constituição Federal levem à mesma conclusão, especialmente no caso do anencéfalo – a saber, uma autorização do aborto – eles partem de premissas diversas: Aquele, da liberdade da mãe; este, da primazia da vida. No modelo da liberdade limitada, a Constituição garante um direito geral de liberdade, que só pode ser restringido de modo que não seja arbitrário. No modelo da exceção permitida, a Constituição garante em geral a vida, e é esse direito à vida que só pode ser limitado em situações razoáveis.

Realizamos um teste de consistência da aplicabilidade desses modelos, com vistas a selecionar qual seria provavelmente o adotado pelo Supremo Tribunal Federal na interpretação constitucional brasileira, através de uma análise detalhada dos principais argumentos aplicáveis ao caso, que o próprio Supremo Tribunal Federal efetivamente utilizou no julgamento da ADPF 54 e de sua liminar, e no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, que versou sobre a constitucionalidade de se realizar pesquisas com células-tronco embrionárias humanas. Concluímos pelo modelo da exceção permitida, em vista das evidências apresentadas de que, no Brasil, a análise constitucional parte do pressuposto de que o direito à vida em geral deve ter primazia sobre os demais, podendo, apenas excepcionalmente, ser limitado, e de modo que seja razoável e proporcional em vista das circunstâncias fáticas.

Finalmente, discutimos ainda quais medidas o Poder Legislativo poderia vir a tomar para contribuir com uma solução satisfatória ao tema do aborto do anencéfalo, levantando os principais desafios – normalmente, de natureza factual – que devem ser enfrentados em razão

de uma eventual legalização, e sugerindo meios de se proteger a sociedade em vista do aborto do anencefálico com instrumentos capazes de garantir a maior efetivação possível de todos direitos fundamentais em conflito no caso.

Gostaríamos de mencionar também nesta conclusão o quanto é importante pensarmos sobre o papel que o Supremo Tribunal Federal teve ao decidir sobre a possibilidade da antecipação da gravidez em caso de feto anencefalo. Como vimos, o assunto está longe de ser fácil e exigiu uma grande ponderação do STF sobre relevantes temas que a análise do direito à vida, especialmente quando em conflito com outros direitos fundamentais, suscita.

Ao lado e além de temas polêmicos como o do anencefalo, que envolvem a percepção da sociedade sobre o que é vida, sobre a “sacralidade” da vida, sobre a liberdade, a dignidade, a saúde, e até a vida digna, o Supremo enfrentará as inúmeras reivindicações dos movimentos feministas pela liberdade à autonomia reprodutiva e sexual da mulher, pela autodeterminação, e pela igualdade de gênero. O Poder Judiciário passa, assim, a exercer um papel chave na luta pela afirmação dos direitos das mulheres.

Além disso, é mister uma mudança de paradigmas da efetivação de direitos fundamentais também sob a ótica do direito internacional. A experiência observada em outros países e as respostas contidas nas decisões proferidas nos tribunais de proteção de direitos humanos e nos dispositivos normativos de direito internacional assinalam a necessidade de se buscar a plena autonomia dos direitos sexuais e reprodutivos de ambos os gêneros, com vistas a diminuir insistentes discriminações e posturas sexistas.

O direito da população à saúde sexual e reprodutiva exige do estado duas condutas: uma, intervencionista, criando instrumentos de acesso à informação, exames, acompanhamento médico e psicológico; e outra, não-intervencionista, envolvendo a liberdade de escolha, garantindo-se o direito à privacidade, autonomia reprodutiva e autodeterminação, entre outros direitos.

Essa nova perspectiva do direito e da função do Judiciário decorre também do fato de que os direitos humanos precisam ser repensados com base em sociedades pluralistas, democráticas e igualitárias, pautadas na convivência harmoniosa dos direitos fundamentais como imperativo para se fazer valer o princípio da dignidade da pessoa humana e, em maior medida, de se fazer justiça.

Se, por um lado, a decisão da ADPF 54 foi importante no sentido de responder a um anseio concreto, urgente e dramático da sociedade; por outro, é necessário lembrar que os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram a questão com base em suas posições individuais e isoladas sobre o tema, sem dialogar uns com os outros, e sem enfrentar

diretamente a indagação do valor do direito à vida em relação aos outros direitos fundamentais em conflito no caso.

Essa situação gera graves dúvidas com relação à posição de nosso Supremo Tribunal Federal, não só quanto à possibilidade da relativização do direito à vida em nosso ordenamento, mas também em relação ao sopesamento do direito à vida com outros direitos, o que, por sua vez, exacerba a insegurança jurídica sobre qual seria a posição do Supremo quanto a outras questões importantes de direitos humanos e fundamentais que devem emergir nos próximos anos, notadamente, quanto à eventual constitucionalidade de uma lei penal descriminalizadora do aborto, a exemplo do disposto no anteprojeto de novo Código Penal proposto pela Comissão de Juristas do Senado.

Com relação ao aborto do feto anencéfalo, os argumentos apresentados pelos Ministros nos levam a crer que foi adotado o quarto modelo de interpretação constitucional – o da exceção permitida –, em que o direito à vida é a regra, podendo ser relativizado desde que justificado.

No entanto, acreditamos que, cedo ou tarde, o STF enfrentará a nova questão do aborto em geral. Como vimos, nosso Supremo Tribunal Federal deve iniciar sua análise a partir de uma interpretação constitucional baseada na primazia relativa do direito à vida – mas, além disso, pouco podemos prever sobre qual seria a posição final que o Supremo teria sobre o caso.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; G. E. do Nascimento e Silva e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 18 ed., de acordo com o Decreto 7030, de 14-12-2009, e a Lei 12.134, 18-12-2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos humanos e não-violência**. São Paulo: Atlas, 2001

ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. [prefácio Carlos Alberto Bittar, Mario Emílio Bigotte Chorão]. São Paulo: Saraiva, 2000.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Poder. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 267-269.

ARAUJO, Nadia de. A Influência das Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto, CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto e PEREIRA, Antonio Celso Alves (orgs). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Celso D. Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica, p. 5-18>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Vol. I e II, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

_____. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direitos Humanos em Juízo**: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no Direito Brasileiro. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na Relação do Direito Internacional com o Direito Interno.** In: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano I, número 4, p. 51-71, jul/set. 2002.

_____. **Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos.** In: R.CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr/jun 2005.

_____. **Tratados Internacionais:** novos espaços de atuação do Ministério Público. In: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano II, número 7, p. 81-100, abr/jun. 2003.

_____. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: JUBILUT, Liliana Lyra; AMARAL JUNIOR, Alberto do (orgs). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 805-850.

_____. A Execução das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JÚNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs). **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade.** São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 451-468.

_____. Avanços e Recuos: a universalidade dos Direitos Humanos no século XXI. In: **Direitos Humanos em Concreto.** COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Coord.) Curitiba: Juruá, 2008.

_____. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 221-252.

_____. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). **Crimes da Ditadura Militar:** uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direito Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguais. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

CASSESE, Antonio. **International Law.** New York: Oxford University Press, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; PARREIRAS, Tarcísio Humberto; GAZETTA, Henrique. **Direitos Humanos:** Desafios Humanitários Contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (L. 9474 de 22 jul. 1997). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CHADWICK, Ruth. Gene Therapy. In: **A Companion to Bioethics**. KUHSE, Helga; SINGER, Peter (Blackwell Companion to Philosophy). Massachusetts, EUA. Blackwell Publishing, 1998, p. 189-197.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. **Comentários ao Código Civil, V. 18**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; BITTAR, Carlos Eduardo Bianca (org). **Estudo de Direito de Autor, Direito de Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2002.

CLAPHAM, Andrew; MARKS, Susan. **International Human Rights Lexicon**. New York: Oxford University Press, 2005.

Comitato nazionale per la bioetica. **"Il neonato anencefalico e la donazione di organi"**. 21 giugno 1996. p. 9. Relatório do Comitê Nacional de Bioética Italiano - 21 de junho de 1996. Versão em português: <http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em 26 abr. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. **Fundamento dos Direitos Humanos**. Instituto de Estudos avançados da Universidade de São Paulo, 1997. Disponível www.iea.usp.br/artigos.

DALLARI, Pedro B. **A Constituição e Tratados Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 2ª ed. Ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

DIMOULIS, Dimitri; Vida (Direito à) DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 397-399.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª. ed.rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Debora e MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva *versão impressa* ISSN 1413-8123 Ciência & saúde coletiva. Vol.15 supl.1. Rio de Janeiro jun. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002>>. Acesso em 10 jan. 2012. Texto integral disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 jan. 2012.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. **Aspectos Jurídicos da Clonagem Reprodutiva de Seres Humanos**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2008.Fica?

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, RONALD. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (justiça e direito).

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (justiça e direito).

_____. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges; (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão da tradução Silvana Vieira) 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (justiça e direito).

FALLON JR, Richard H. **The Dynamic Constitution**. New York: Cambrigde University Press, 2004.

FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo, Malheiros, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Eletrônico versão 5.12**. 6a. edição, revista e atualizada, do Minidicionário Aurélio, da Língua Portuguesa. Edição eletrônica autorizada à Positivo Informática Ltda.XXX: Editora Positivo, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANCISCO, José Carlos. Estado Democrático de Direito. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 148-149.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**; atualização de Antônio de S. Limongi França; prefácio de Giselda M.F. Novaes Hironaka. São Paulo: Revista dos Tribunais

FREEMAN, Katherine. **The Unborn Child and the European Convention Of Human Rights**: to whom does “every one’s right to life” belong? Atlanta: Emory International Law Review, 1994 Fall; 8(2):615-650.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Aborto: o cerceamento da vida de um ser humano indefeso. In: **Dignidade da vida Humana**. Migliore, Alfredo Domingues Barbosa [et al.] (Coords.). São Paulo: Editora LTR, 2010.

FUKUYAMA, Francis. **Nosso Futuro Pós-humano**: consequências da revolução da biotecnologia. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GARCIA ROCA, Javier. La Interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos**: El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005, p. 139-182.

GOMES, JOAQUIM BARBOSA. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 73-92.

GOMES, Luiz Flávio. **Aborto Anencefálico**: exclusão da tipicidade material. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8561/aborto-anencefalico>>. Acesso em 20 jan. 2011.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini; ver. trad. Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HALL, Zach W. **The Intersection of Science, Politics, Culture, and Law**. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, 2009. 10 Minn. J. L. Sci. & Tech.1.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direitos da Personalidade**. São Paulo: Juruá, 2008.

HAMPTON, Simon. **Essencial Evolutionary Psychology**. London: Sage, 2010

HARE, R.M. A Utilitarian Approach. In: **A Companion to Bioethics**. KUHSE, Helga. SINGER, Peter (Blackwell Companion to Philosophy). Massachusetts, EUA. Blackwell Publishing, 1998, p. 80-85.

HÜBNER MENDES, Conrado. **Onze Ilhas**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>>. Acesso em: 5 jun. 2012.

JAQUIER, M; KLEIN, A; BOLTSHAUSER, E. **Spontaneous pregnancy outcome after prenatal diagnosis of anencephaly**. Short Communication. In.: International Journal of Gynecology and Obstetrics (2006) 102, 99, p. 951-953.

KANT, I. Foundation of the Metaphysics of Morals. Translation: Robert Paul Wolff. In: **Ethical Theories**. New York: Prentice Hall; 1950.

KRATOCHVIL, Jan. **The Right to Life in the Perspective of The Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=951225>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005.

_____. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) in MAGNOLI, Demetrio (organizador). **História da Paz**. São Paulo: Contexto, 2008, pp. 297-329.

LEÃO JÚNIOR, Paulo Silveira Martins. O Direito Fundamental à Vida dos Embriões e Anencéfalos. In: **Direito Fundamental à Vida**. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord). São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 215- 258.

LEMOS, Iara. **Anteprojeto de novo Código Penal vai prever possibilidade de aborto.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/anteprojeto-de-novo-codigo-penal-vai-prever-possibilidade-de-aborto.html>>. Acesso em 5 jun. 2012.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics**: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta. Trad. Regina Lyra; revisão técnica Ronaldo Fiani. 1. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**: direitos fundamentais em colisão. 1ª ed. (ano 2008), 2a reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

MALINOWSKI, Michael J.; RAO, Radhika. **Legal History and Legal Theory**: Legal Limitations on Genetic Research and the Commercialization of its Results. The American Society of Comparative Law, Inc., 2006. The American Journal of Comparative Law. 54 Am. J.Comp. L. 45.

MARKS, Susan; CLAPHAM, Andrew. **International Human Rights Lexicon.** New York: Oxford, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Direito Fundamental à Vida.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O direito à vida e o aborto do anencéfalo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A Questão do Aborto**: Aspectos Jurídicos Fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 115-127.

MAUÉS, Antonio Moreira. O Direito à Vida na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Direitos Humanos em Concreto.** COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Coord.) Curitiba: Juruá, 2008.

MCCLOSKEY Robert. **The American Supreme Court.** Chicago: The University of Chicago Press, 2a edição, 1994.

MEDINA, Andrés Forero; GAITÁN, Pedro Afonso Sandoval. **La defensa de La vida humana em Colômbia**. P&B, Vol. 9. Revista nº 1 (24), p. 43-71, 2005.

MOORE, Keith L; Dalley, Arthur, F. **Anatomia Orientada para Clínica**. Colaboração de Anne M.R. Agur; assistência no desenvolvimento de Marion E. Moore; revisão técnica Marco Autélio Fonseca Passos; tradução Cláudia Lúcia Caetano de Araújo. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed. revista, ampliada e atualizada com EC nº 24/99. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005 (Coleção Temas Jurídicos:3).

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORENO, Gasparini Denise. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005 (Coleção Temas Jurídicos; 3).

NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich. **O Crepúsculo dos ídolos** – ou como se filosofa com um martelo. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. **Human, all too human**. Translation: J.R. Hollingdale. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

_____. **A Gaia Ciência**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OBEIDE, Nidaa et al. The Natural History of Anencephaly. **Prenatal Diagnosis**, 2010. 30: 357-360.

PAUL, Ron. **Liberty Defined: 50 Essential Issues That Affect American Freedom**. New York: Grand Central Publishing, 2012.

PASQUALUCCI, Jo M. **The Right to a Dignified Life (Vida Digna)**: The Integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System. In: Hastings College of the Law Hastings International and Comparative Law Review, 2008. *31 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 1

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Direitos Humanos e Desenvolvimento: A Contribuição das Nações Unidas. PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (Org.); AMARAL JUNIOR, A. (Org.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 179-269.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e a Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª . ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia e GONÇALVES, Tamara Amoroso. Gênero no Supremo Tribunal Federal. In SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (coords). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: Balanço e Crítica. p. 367-390.

PIOVESAN, Flávia e PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306-336.

POSNER, RICHARD A. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge-MA: Harvard University Press, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2: parte especial, arts 121 a 249, 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 39-77.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005.

_____. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008.

_____. **El Debate de La Eutanásia Y El Suicidio Asistido em Perspectiva Comparada. Garantías de Procedimiento a tener em cuenta ante su eventual despenalización en España**. In: UNED. Revista de Direito Político, nº 71-72, enero-agosto, 2008, p. 439-477.

ROCHA, Renata da. **Direito à Vida e a Pesquisa com Células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RODRIGUES, Renata Cenedesi Bom Costa. **El Nuevo Concepto del Derecho a la vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. p. 91. Disponível em: <<http://www.idpc.es/archivo/1213281758FCI9RCB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da Proporcionalidade. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (coords). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 283-319.

SADLER, T. W.; LANGMAN, Jan. **Langman's Medical Embriology**. 9th edition. Holanda: Lippincott Williams & Wilkins Publisher, 2003.

SAGAN, Carl. **Bilhões e bilhões**: reflexões sobre vida e morte na virada do milênio. Tradução Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal e 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª. Ed., 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.

SHAW, Malcom N. **Internacional Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. MARTINS, Leonardo (org. e introd). Trad. Beatriz Hennig et al. 1ª edição. Uruguai: Fundación KONRAD-ADENAUER URUGUAY, 2005. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2241/13.pdf>> ISBN: 9974-7942-1-8>, p.265-347. Acesso em: 01 jan. 2011.

SEGRE, Marco; GUZ, Gabriela. **Início da vida e células-tronco embrionárias**. Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detail.jsp?id=29790>> Acesso em: 04 mai. 2011.

SIGMUND, Paul E. **Law and politics**. In: The Cambridge Companion to Aquinas. KRETZMANN, Norman; STUMP, Eleonor (Editors). New York, EUA. Cambridge University Press, 1993, p. 217-231.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª. ed, 1ª. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª. Edição, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros.

_____. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SINGER, Peter. **Ética Prática**; trad. Jefferson Luiz Camargo. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Writings on an Ethical Life**. New York:HarperCollins Publishers Inc., 2000.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

STEINBOCK, Bonnie. Mother-fetus conflict. In: **A Companion to Bioethics**. KUHSE, Helga. SINGER, Peter (Blackwell Companion to Philosophy). Massachusetts, EUA. Blackwell Publishing, 1998, p. 135-145.

SUPIOT, Alain. **Homus juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Tratado de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Direito Constitucional Econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5-8.

_____. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25-26.

_____. Interpretação Constitucional. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos;

ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 194-196.

VAN DER BURG, Wibren. Law and Bioethics. In: **A Companion to Bioethics**. KUHSE, Helga. SINGER, Peter. Massachusetts, EUA. Blackwell Publishing, 1998, p. 49-57.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira"**. Rev. direito GV [online]. 2008, vol.4, n.2, p. 407-440. ISSN 1808-2432.