

12/04/2012

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO:

1. O objeto imediato desta ADPF é o reconhecimento da licitude de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, com apoio apenas em normas constitucionais. Pleiteia nesse sentido, a arguente, seja dada interpretação conforme à Constituição aos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, para lhes afastar a incidência na hipótese de interrupção da gestação de feto anencéfalo.

Superada a questão da admissibilidade da ADPF, em que, por entendê-la inadequada ao caso, fiquei vencido, passo a examinar-lhe o mérito.

I – Distinção necessária em relação à ADI nº 3.510 (células-tronco embrionárias).

A título de verdadeiro postulado de todo o raciocínio por desenvolver neste voto, reputo necessário deixar clara a abissal distância que vai entre este caso e o das células-tronco embrionárias. Tinha-se, ali, a figura do embrião excedente, que sequer fora implantado no útero e jamais viria a sê-lo. A ideia de vida humana, qualquer que seja sua concepção, estava, portanto, completamente afastada daquela *quaestio iuris*, pois ausente o fenômeno do processo vital que a caracteriza. Como afirmei textualmente na **ADI nº 3.510**,

“o fenômeno **vida** se apresenta e define, em substância, tipicamente como **processo**. (...) Como substantivo inerente aos humanos e a outras espécies, a vida, em qualquer de suas manifestações típicas, se propõe desde logo ao espírito como **sucessão unitária e permanente de mudanças ou contínuo processar-se**, que distingue dos entes inanimados os chamados seres vivos. (...) A própria vida, enquanto fenômeno inteligível,

ADPF 54 / DF

se reduz a essa idéia e postula igual conceito. Como acentua outra opinião não menos isenta, provinda aqui de notável jurista,

‘è oggi ampiamente riconosciuto che, sotto il profilo biologico, l’unico ‘salto qualitativo’ riferibile alla trasmissione della vita avviene all’atto della fecondazione. Infatti, nel momento in cui il gamete maschile penetra nell’ovulo femminile, dando luogo al c.d. sistema genomico, si producono modificazioni molecolari tipiche della formazione di una nuova vita, **con le quali si instaura un processo destinato a svolgersi senza soluzione di continuità e senza necessità di ulteriori stimoli esterni**’.¹

Como se vê logo, todas as referências científicas e filosóficas à noção genérica de **processo**, compreendido como **sucessão contínua de mudanças de acordo com diretriz unitária de desenvolvimento autônomo**, para caracterizar em teoria e identificar em concreto a vida, radicam-se, em última instância, na idéia de movimento cujo princípio causal está no próprio movente, que por conseqüência se define como vivo. Noutras palavras, não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, sem necessidade de intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo. É o que me permito denominar aqui **capacidade de movimento autógeno**.

E isso não o têm os embriões congelados, cuja situação é só equiparável à de etapa inicial de processo que se suspendeu ou interrompeu, antes de adquirir certa condição objetiva necessária, capaz de lhe ativar a potência de promover, com autonomia, uma seqüência de eventos, que, biológicos, significam, no caso, a unidade permanente do ciclo vital que individualiza cada subjetividade humana.”

1 **EUSEBI, Luciano.** *La tutela penale della vita prenatale.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milão. fasc. 3, luglio-settembre 1988, p. 1064. Grifos nossos.

ADPF 54 / DF

Abro parêntese para expor que, ainda quando se discorde de tal definição, compatível, na sua simplicidade e plasticidade, com qualquer outra noção de vida, em particular de vida humana, esta não constitui criação artificial da ciência jurídica, senão **realidade pré-jurídica** de que, para efeito de valorações normativas fundamentais, se apropria o Direito. E, na condição de objeto de privilegiada tutela constitucional, não é lícito ao ordenamento subalterno operar, a respeito, mediante a técnica de ficção, lícita em si mesma, para negar-lhe a realidade autônoma perceptível fora do mundo jurídico. Em palavras mais diretas, não é possível, reduzindo o diversificado círculo da humanidade, pensar o ser humano como entidade que só mereça qualificação jurídico-normativa de ser vivo, quando seja capaz de pleno desenvolvimento orgânico e social, de consciência e de interação.

Sustento, agora, que **todos** os fetos anencéfalos – a menos que, como tais, já estejam mortos, como parecem sugerir-lhes os partidários do abortamento – são inequivocamente dotados dessa capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe é imanente. Sintetizou-o, de forma didática, em raciocínio guiado de lógica irresponsável, **LENISE MARTINS GARCIA**: *“o anencéfalo morre, e ele só pode morrer porque ele está vivo. Se ele não estivesse vivo, ele não poderia morrer.”*²

A espinha dorsal de meu voto, no caso das células-tronco, foi, destarte, a ausência de **vida** no material embrionário congelado, embora se revestisse este de alguma dignidade constitucional própria, que lhe reconheci então. As *“células-tronco embrionárias isoladas não contêm vida no rigoroso sentido biológico e jurídico-constitucional da palavra”*, adverti. Já na ocasião procurei deixar bastante nítidas as diferenças entre o aproveitamento científico-terapêutico do material congelado e qualquer hipótese de aborto:

“Artificial, forçosa e, como tal, imprestável, é a proposta de equiparação ou analogia entre os procedimentos envolvidos nas pesquisas de células embrionárias e prática abortiva.

2 Pág. 145 das transcrições.

ADPF 54 / DF

A caracterização do crime de aborto tem por pressuposto necessário a preexistência de **vida intrauterina**, isto é, de **gravidez**, pois a gestação é circunstância elementar do tipo penal (arts. 124 e ss. do Código Penal). Ora, abstraindo-se por ora a questão de existir, ou não, vida no embrião congelado, não há como nem por onde imaginar-se delito de aborto sem gestante. Quem seria a gestante na hipótese das pesquisas? Os tanques de nitrogênio líquido?

Essa conclusão cristalina e irrefutável não permite a ninguém de bom senso descobrir afinidades entre aborto e pesquisa científica com células embrionárias congeladas, nem sequer no plano da crítica extrajurídica, como o advertiu a insuspeita **MAYANA ZATZ**:

‘Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a **formação** do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural, e também para **inserir no útero**. E esses embriões **nunca serão inseridos no útero**.’

Afirmei ainda, na mesma assentada, que tinha, e tenho, por insuficiente a analogia retórica que se pretende estabelecer entre os momentos da chamada **morte encefálica**³ e, *a contrario sensu*, do início da

3 “A opção legislativa, tomada pelo art. 3º da Lei federal nº 9.434, de 1997 [‘Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina’], pela morte encefálica como marco relevante do diagnóstico de óbito para fins de transplante ou tratamento, bem como sua regulamentação, por via de Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM nº 1.480/97, baseia-se na técnica normativo-operacional da ficção jurídica, que reproduz mera convenção, embora não

ADPF 54 / DF

vida. A tentativa de aproximação, transposta e aqui reproduzida, não é tampouco adequada à anencefalia, por uma série de boas razões:

(i) a morte encefálica caracteriza-se por “*ser uma situação de prognóstico, de uma irreversibilidade em que não há respiração espontânea, inclusive*”⁴, o que não é o caso do anencéfalo;

(ii) a audiência pública produziu resultados contraditórios e, como tais, inaproveitáveis, quanto à questão da existência de atividade e ondas

despida de fundamentos médico-científicos. É que ninguém disputa que o ser humano vítima de morte cerebral não está, deveras, biologicamente morto. O fim da vida é determinado, nesse caso, menos por injunções intransponíveis de natureza biológica do que por específicas razões de conveniência social e política, concernentes ao aproveitamento de tecidos e órgãos para transplante e doação, com o manifesto propósito de salvar vidas alheias e reduzir os custos materiais e emocionais da manutenção de uma vida em estado vegetativo, sob prognóstico fechado”. O caso da anencefalia sequer se aproxima do da doação de órgãos, em que há cumulação de propósitos: não só reduzir custos (ou livrar-se de um “inconveniente”), mas também e, sobretudo, salvar vidas.

4 Cf. PAULO SILVEIRA MARTINS. Convém lembrar, ainda, que “*é fundamental que nós não declaremos morto alguém que ainda está vivo. Quando se dá a morte, é o momento da irreversibilidade de esta vida voltar a ser obviamente aquilo que era antes (...). A partir desse momento não há mais uma atividade ou função de todos os órgãos, então ali se caracteriza a morte do indivíduo. É o critério para verificação. É muito diferente se essa criança está viva, ela pode não ter toda a formação do cérebro, mas ela tem o tronco encefálico, ela tem outros elementos que lhe dão a possibilidade de respirar.*” (LUIZ ANTÔNIO BENTO, pp. 13-15 das transcrições).

Cf., também, RODOLFO ACATAUASSÚ NUNES: “*a criança com anencefalia, no momento em que está respirando, certamente não está em morte encefálica. Nenhuma equipe de médicos vai ao local atender a uma pessoa que está respirando, dizendo que está em morte encefálica. Ora, a pessoa está respirando. Se está respirando, já excluiu a morte encefálica.*” (pp. 25-26 das transcrições); e LENISE MARTINS GARCIA: “*Nós não temos condição de dizer que um anencéfalo não tem consciência. Quer dizer, eu posso considerar o anencéfalo um morto cerebral? Eu nunca vi morto cerebral ter crise epilética. Foi-nos dito, aqui, hoje, que vários anencéfalos têm crise epilética antes de morrer.*”

Além da respiração espontânea, apontam-se, como sinais clínicos de atividade cerebral, “*reação pupilar, movimento ocular espontâneo, resposta ao reflexo óculo-cefálico, reflexo corneano, resposta auditiva, sucção espontânea (...)* que, na verdade, são os testes clínicos exigidos para que se possa realizar e aplicar um protocolo para diagnóstico de morte encefálica.” (CINTHIA MACEDO SPECIAN, p. 240 das transcrições).

ADPF 54 / DF

cerebrais no anencéfalo⁵;

(iii) é falsa a ideia de que o feto acometido de anencefalia não tenha encéfalo: *“anencefalia é um termo que induz a erro. Há uma grande desinformação, que faz prevalecer e difundir a idéia de que anencefalia significa ausência do encéfalo. Na realidade, anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo. O nome mais correto para anencefalia seria ‘meroanencefalia’, já que ‘mero’ significa ‘parte’”*⁶;

(iv) a morte encefálica, diagnosticada para fins de transplante, mas que não tem aplicabilidade a fetos ou recém-nascidos⁷, representa interrupção definitiva e irreversível do ciclo vital que chega a seu termo; já a condição da anencefalia integra, ainda que brevemente, o processo contínuo e progressivo a que chamamos **vida**. Destarte, sua evolução natural, posto que em direção à morte, não pode abreviada em nome das razões – estas, sim, legítimas em princípio - que autorizam a extração de órgãos no caso de genuína morte encefálica;

(v) insisto, pois, na clara inconsistência, que já apontei, da *“analogia com a autorização do aproveitamento de órgãos, em caso de morte cerebral, porque aí se trata de hipótese em que se sacrificam certos órgãos de alguém que teve o que a lei e os cientistas chamam de ‘morte encefálica’, mas para salvar a vida alheia. O símile não é adequado para a hipótese, em que ninguém sustenta a necessidade de permitir o aborto para salvar vida alheia.”*⁸. Não me custa repetir que a definição legal de morte encefálica é só operacional, enquanto dirigida, pragmaticamente, a garantir aproveitabilidade de órgãos para fins imediatos de transplante. Não é, pois, conceito normativo suscetível de aplicação a qualquer situação factual, nem isento de críticas no plano científico e, muito menos, no próprio âmbito jurídico.

Na verdade, o fundamento jurídico do aproveitamento de órgãos na

5 Confrontem-se, a respeito, as posições de THOMAZ RAFAEL GOLLOP (eletroencefalograma com linhas isométricas, p. 151 das transcrições) e de CINTHIA MACEDO SPECIAN (existência de atividade elétrica cerebral, p. 239 das transcrições).

6 RODOLFO ACATAUASSÚ NUNES, pp. 23-24 das transcrições, g.n.

7 *Ibidem*, p. 240-241. Revejam-se ainda minhas observações transcritas na nota nº 3, *supra*.

8 Fls. 96.

ADPF 54 / DF

verificação de morte encefálica⁹ é o mesmo que autoriza o aborto terapêutico, na medida em que, em ambas as situações, se divisa e leva em conta ato estritamente necessário para salvar a vida de terceiros, designadamente o receptor de órgãos e a gestante.

II. Pré-exclusão da liberdade e autonomia jurídicas, no caso de comportamento tipificado como crime. O enquadramento da interrupção da gravidez anencefálica no tipo delitivo de aborto.

Tenho por facilmente retorquível a invocação dos princípios da autonomia da vontade, da liberdade pessoal e da legalidade como fatores de legitimação do aborto doloso de anencéfalo. Afirma, a respeito, a arguente que, *“se a lei não proíbe determinado comportamento ou se a lei não a impõe, têm as pessoas a autodeterminação de adotá-lo ou não. (...) Pois bem. A antecipação terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não está vedada no ordenamento jurídico.”*¹⁰.

Ora, tal conduta é, antes, claramente banida pelo Direito Penal pátrio. Extraí-se, sem grande esforço, ao enunciado do art. 124 do Código Penal, norma primária latente que proíbe, incrimina e pune o aborto, o qual, na precisa definição de **ROCCO**, *“si commette con la violenta distruzione del feto avvenuta in qualsiasi momento anteriore al compimento normale della gravidanza”*¹¹. Ou seja, é criminosa toda interrupção dolosamente provocada do curso da vida intrauterina.

9 Comentando a possibilidade de extração de órgãos de anencéfalos, relatou o Dr. **RODOLFO ACATAUASSÚ NUNES**: *“A Resolução do CFM n° 1.752/04 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 n° 487, do Ministério da Saúde, revendo a questão (...), resolveu: ‘Art. 1º- A retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível.’”* (pp. 27-28 das transcrições, g.n.). A atual regulamentação da Lei n° 9.434/97 veda, portanto, a remoção de órgãos do anencéfalo com só base na morte encefálica, exigindo, sim, **irreversibilidade da parada cardíaca**.

10 Fls. 18-19.

11 **ROCCO, Arturo**. In *Codice penale illustrato con i lavori preparatori, a cura de R. MANGINI, F.P. GABRIELI e U. CONSENTINO*. Tip. Della Camera dei Deputati, Roma MCMXXX-IX, p. 428.

ADPF 54 / DF

Não obstante vozes respeitáveis defendam que “o aborto pressupõe uma potencialidade de vida”¹² fora do útero¹³, para que se possa ter por configurado o aborto como crime basta, a meu juízo, a eliminação da vida, abstraída toda especulação quanto a sua viabilidade futura ou extrauterina.

Daí, mui diversamente do que se aduz na inicial, o aborto provocado de feto anencefálico é conduta vedada, e vedada de modo frontal, pela ordem jurídica. E, a despeito dos esforços retóricos da autora, aparece, por conseguinte, de todo inócuo o apelo para a liberdade e a autonomia pessoais, fundado na pressuposição errônea de inexistência de proibição jurídico-normativa da conduta. Não há como nem por onde cogitar, sem contraste ostensivo com o ordenamento jurídico, de resguardo à autonomia da vontade, quando esta se preordena ao indisfarçável cometimento de um crime. Não se concebe nem entende, em termos técnico-jurídicos, únicos apropriados ao caso, direito subjetivo de escolha, *contra legem*, de comportamento funestamente danoso à vida ou à incolumidade física alheia e, como tal, tido por criminoso. É coisa abstrusa!

A conduta censurada transpõe a esfera da autonomia e da liberdade individuais, enquanto implica, sem nenhum substrato de licitude, imposição de pena capital ao feto anencefálico. E, nisso, atenta ainda contra a própria idéia de “um mundo diverso e plural”¹⁴, que os partidários da arguente, como DÉBORA DINIZ e seu próprio patrono¹⁵, alegam defender.

É que, nessa postura dogmática, ao feto, reduzido, no fim das contas,

12 Intervenção do patrono da arguente, Dr. LUÍS ROBERTO BARROSO (p. 22 das transcrições).

13 Cito, como representativa dessa corrente, a opinião do Min. CARLOS BRITTO (fls. 90-91): “Aqui, o se deseja saber é se a gravidez corresponde a um feto viável (...), ou seja, predisposto a uma vida extrauterina. (...) Quando as leis penais naturalmente criminalizam o aborto (...), o que se procura impedir é que, pelo aborto, se impeça alguém de ter um destino próprio extra-uterino.”

14 Pág. 163 das transcrições.

15 Que se referiu a uma “sociedade plural que queremos construir” (p. 208 das transcrições).

ADPF 54 / DF

à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada, de nenhum ângulo, a menor consideração ética ou jurídica, nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica e ética que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humanas. Essa forma odiosa de discriminação, que a tanto equivale, nas suas consequências, a formulação criticada, em nada difere do racismo, do sexismo e do chamado especismo¹⁶. Todos esses casos retratam a absurda defesa e absolvição do uso injusto da superioridade de alguns (em regra, brancos de estirpe ariana, homens e seres humanos) sobre outros (negros, judeus, mulheres e animais, respectivamente). No caso do extermínio do anencéfalo, encena-se a atuação avassaladora do ser poderoso superior que, detentor de toda a força, inflige a pena de morte ao incapaz de pressentir a agressão e de esboçar-lhe qualquer defesa. Mas o simples e decisivo fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à imprevisível espécie humana garante-lhe, em nossa ordem jurídica, apesar da deficiência ou mutilação - apresentada, para induzir horror e atrair adesão irrefletida à proposta de extermínio, sob as vestes de monstruosidade -, que lhe não rouba a inata dignidade humana, nem o transforma em coisa ou objeto material desvalioso ao juízo do Direito e da Constituição da República.

Conforme adiantei, o princípio da legalidade e a cláusula geral da liberdade “*são limitados pela existência das leis constitucionais. Onde a lei o considera criminoso, e por isso proíbe certo comportamento, não há espaço de liberdade jurídica, não há possibilidade teórica de invocação do princípio da liberdade nem da legalidade. Já estão pré-excluídos*”¹⁷.

Nesse quadro, é mal-avisada, se não imprópria, a remissão à liberdade de crença e de expressão religiosas, bem como ao caráter laico do Estado. A hipótese é de crime típico, que esta Corte não tem competência para abolir ou atenuar, muito menos sob tão débil quanto especioso fundamento. Levados às últimas consequências, os princípios sustentados da autora – e esse é risco sempre latente¹⁸ –, poderia uma

16 V. nota sobre **RICHARD RYDER**, *infra*, bem como **PETER SINGER**, *Animal Liberation*, 2nd ed., New York: Avon, 1990, *passim*.

17 Fls. 96.

18 “*Recorda-me o Lord da Suprema Corte Inglesa que o Sr. Ministro BROSSARD gostava*

ADPF 54 / DF

religião satânica ou um culto demoníaco preconizar, como lícita e moral, a realização expiatória de sacrifícios humanos, recorrendo às mesmas bases argumentativas. Em termos mais diretos, a liberdade religiosa, aliada a outros valores jurídicos, como, p. ex., a autonomia individual, impertinente mas arditosamente invocados, afastaria a tipicidade penal e o despropósito dessas abomináveis condutas, que deixariam de repugnar ao espírito civilizado e já não representariam cruéis homicídios, porque, numa espécie de severa miopia intelectual, seriam vistas sob a ilusão da sombra da liberdade religiosa e de outros valores constitucionais adulterados a título de justificação.

Se parece absurda a hipótese, e deveras o é, maior espanto deveria causar sua pretensa semelhança com o caso em debate: a agressão ao valor constitucional da vida humana é, sem tirar nem por, exatamente a mesma, aqui e ali. E a falsidade lógico-jurídica do argumento da liberdade religiosa e da aplicabilidade doutros princípios constitucionais, como o da autonomia individual, é idêntica, lá e cá. O cometimento de crime tipifica-se em ambas as hipóteses; o que lhes varia é apenas a capitulação: homicídio, no exemplo hipotético, e aborto, no caso em exame.

A postura de que a antecipação fatal do parto do anencéfalo não corporificaria crime, poderia, quando muito, ajustar-se a hipótese *de lege ferenda*, em que estivesse definida e positivada excludente de ilicitude ou de punibilidade, específica para o caso. Mas, à sua míngua, é, *data venia*, forçado e falacioso pretender desentranhar o ato de aborto do anencéfalo, do gênero delitivo ao qual inequivocamente pertence, no seio do ordenamento jurídico em vigor.

O fato de caberem excludentes de punibilidade no crime de aborto, ausentes no de homicídio, não altera a tibieza do raciocínio, porque confessa a própria autora que não busca equiparar sua pretensão às hipóteses de aborto sentimental ou terapêutico, senão que antes afirma,

... muito de citar... Não é possível levar os primeiros princípios às últimas conseqüências”, notou-o o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, nos Embargos de Declaração na Medida Cautelar nº 1.066 (Ac. nº 1.066, do Tribunal Superior Eleitoral).

ADPF 54 / DF

literalmente, “a não subsunção da situação fática aos dispositivos do Código Penal (...), vale dizer, [a] **atipicidade da conduta**.”¹⁹. O desígnio último da autora foi percebido, com a costumeira perspicácia, pelo Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, que afirmou pretender ela, “*não a exclusão da punibilidade, a exemplo do que prescreve o artigo 128 do Código Penal, mas, sim, a atipicidade do fato. (...) Em bom português, não é de exclusão de punibilidade, que pressupõe a tipicidade, mas de exclusão da própria tipicidade.*”²⁰.

Discordo, porém, do entendimento de S. Exa. de que incorram em petição de princípio, por antessuporem a ocorrência de aborto, aqueles que vêm, nesta ADPF, tentativa de “*incluir uma terceira alínea no artigo 128 do Código Penal e adicionar-se ao aborto terapêutico e ao aborto de gravidez resultante de estupro, mais uma causa de exclusão da punibilidade: o aborto do feto anencéfalo.*”²¹. Aqui, reconheço e assevero, com explicitude, a configuração teórica do crime de aborto, tipificado às inteiras. Admitir o objeto imediato da pretensão da autora como se fosse o reconhecimento de terceira excludente de punibilidade é só gentil concessão retórica à sua tese, mediante infrutífera tentativa de conferir-lhe algum laivo de procedência. Mais tecnicamente, em vez de petição de princípio, o que lhe transparece é uso indisfarçado do conhecido “*princípio da caridade argumentativa*”²².

Estou de todo convicto da ofuscante **tipicidade** da conduta que, preconizada pela arguente, se acomoda, com folga, à definição legal do crime de aborto. A ação de eliminação intencional de vida intrauterina, suposto acometida esta de anencefalia, corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica de dialética

19 Fls. 16.

20 Fls. 227-228.

21 Fls. 227.

22 “*Charity, principle of. Principle especially highlighted by [Donald] Davidson as governing the interpretation of others. In various versions it constrains the interpreter to maximize the truth or rationality in the subject’s sayings.*” (BLACKBURN, Simon. *Charity, principle of. In: The Oxford Dictionary of Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 62). V., também, BRANQUINHO, JOÃO; MURCHO, DESIDÉRIO & GOMES, NELSON GONGALVES (eds.), *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 423-424.

ADPF 54 / DF

capaz de conduzir a conclusão diversa.

III. A dignidade constitucional plena da vida intrauterina

Argumentação análoga à da autora poderia, e isto revela mais uma das facetas do seu equívoco, ser empregada, com ligeiras adaptações, para defesa de **assassinato** de bebês anencéfalos recém-nascidos. Em seu âmago, a proposta seria idêntica: para resguardar alguns supostos direitos superiores da mãe, como saúde psíquica e liberdade pessoal, seria legítimo eliminar, à margem de qualquer previsão legal, a vida intra ou extrauterina do anencéfalo, porque, entre um e outro casos, muda só o **momento de execução**, não o ato insensível de extermínio, nem os pretextos para praticá-lo.

Se tal analogia parece inoportuna, façamos o exercício inverso: ninguém admitiria a matança de anencéfalos recém-nascidos (que, afinal, têm, de igual modo, pouca expectativa de vida) com a finalidade de poupar a mãe à carga de frustração, sofrimento, tortura psicológica, ou qualquer outro título pseudojurídico que se lhe atribua ao desagradável estado de espírito a respeito. Ninguém tem dúvida de que, sem surpresa nem espanto, o ato seria punido como homicídio ou infanticídio.

Que estranha e repulsiva lógica tornaria, então, admissível o mesmíssimo procedimento agressivo, agora direcionado contra a vida intrauterina? Ambas as formas de vida guardam idêntico nível de dignidade sob o prisma tuitivo da Constituição, verificando-se, entre elas, mera diferença temporal ou, em termos menos precisos, de “idade”²³. Não posso, pois, concordar com a assertiva de que *“a não-previsão de uma excludente de ilicitude pela lei ofenderia princípios constitucionais, [como] o princípio da dignidade da pessoa humana. E [a arguente] disse mais: essa dignidade seria medida pela integridade física da mãe. Não concordo. A*

23 Obviamente, não se pode dizer, do feto, que tenha “idade”, a qual se define como “o tempo de vida decorrido desde o nascimento até uma determinada data tomada como referência” (HOUAISS). Em substância, porém, a diferença entre o nascido e o nascituro é quase exclusivamente temporal, não sendo a dignidade humana alterada pelo parto, que, na definição do mesmo dicionário, é apenas o “conjunto de fenômenos mecânicos e fisiológicos que levam à expulsão do feto e seus anexos do corpo da mãe.”

ADPF 54 / DF

integridade física e biológica da vida intrauterina também está em jogo."²⁴

Eis o que afirmei na ADI nº 3.510, com o intuito de arredar a esdrúxula ideia de que a vida de um recém-nascido ou de um feto teria menos valor que a de um adulto:

“(...) a nada serviria a postura dogmática que, debaixo do pretexto da relatividade dos direitos constitucionais, pretende **graduar o direito à vida com a régua impertinente** de que, como, nos termos do direito positivo, o crime de **homicídio** tem pena maior que a prevista para o delito de **aborto**, então teria **menor dignidade jurídico-constitucional a vida intrauterina** (...).

O erro aqui é agravado e pouco sutil. As normas penais não valoram de modo diverso, na cominação de penas em cada tipo, o bem jurídico da vida em estado hipotético de violação, mas, sim, a *reprovabilidade* de cada conduta típica, segundo as modalidades e as circunstâncias da ação humana violadora. Cuida-se, aí, de nítida orientação de política normativo-criminal, que em nada deprecia **o eminente grau de dignidade e tutela que a Constituição da República reserva ao chamado direito à vida**, que é, antes, o pressuposto ou condição transcendental da existência de todos os direitos subjetivos.

Para vê-lo em toda a nitidez, basta atentar na própria figura do **homicídio**, cujas penas variam em função de diversos fatores objetivos e subjetivos, inerentes, por exemplo, às hipóteses de aumento ou diminuição, de qualificação, etc..²⁵ A ninguém terá jamais ocorrido que, para o ordenamento jurídico, **valha menos** a vida de uma vítima de homicídio simples do que a de alguém morto em emboscada! Mas expressivo, ainda, é o caso o **infanticídio** (art. 123 do Código Penal), que, em termos de sacrifício do bem jurídico tutelado, em nada difere do

24 Do meu voto, a fls. 95.

25 Cite-se, por exemplo, a agravante de o agente ter cometido o crime “*contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida*” (art. 61, inc. II, “h”). Aliás, como no aborto a capacidade de reação do feto é nula, a legislação penal poderia até ter previsto pena *maior* que a aplicável ao homicídio, sem que isso significasse demérito à vida das pessoas.

ADPF 54 / DF

homicídio (art. 121 do Código Penal), mas, em razão de condições subjetivas especialíssimas (estado puerperal da mãe), tem pena em abstrato consideravelmente mais branda, **sem isso signifique**, para a ordem jurídica, sobretudo a constitucional, **que a vida do infante valha menos do que a de qualquer outra pessoa.**

Poder-se-ia objetar que, neste segundo exemplo, a diferença de penas decorre da menor capacidade de compreensão do agente. Mas, a despeito de ser inconseqüente em si a objeção, outros casos há em que a cominação da pena está relacionada com a ponderação de elementos objetivos do *fato* criminoso, como se dá, *v. g.*, com o furto de veículo automotor, que, transportado para outro Estado, induz pena abstrata máxima no dobro (art. 155 do Código Penal)! O bem jurídico atingido e seu valor jurídico-patrimonial são exatamente os mesmos, mas são diversas as penas, porque diversos os graus de *desvalor normativo* das condutas típicas.

Daí se tira que a pena cominada, embora guarde certo nexó lógico com o bem jurídico objeto da tutela criminal, **nem sempre é diretamente proporcional ao valor normativo deste**, por perceptível necessidade de concretização de justiça, como sucede, estritamente, à fixação teórica das penas dos **crimes de aborto** e de **homicídio**, cuja diversidade, **de modo e em sentido algum se presta a sustentar peregrina teoria de que o direito à vida seria suscetível de graduações axiológicas** no seu *status* jurídico de fundante valor objetivo constitucional.”

Convém reforçar, também, o que sustentei na discussão da medida liminar relativa a esta ADPF, cuja procedência certamente *“ofende[ria] um valor jurídico. Isso parece-me indubitoso. A vida intrauterina, ainda quando concebível como projeto de vida, é objeto da tutela jurídico-normativa por várias formas. É-o por normas infraconstitucionais (...) , mas também, e sobretudo, por força da própria lei penal, cujo sentido primário de proibição do comportamento tipificado é expressão da tutela dessa vida intrauterina, a qual guarda, por conseguinte, o significado indiscutível de bem jurídico, que como tal merece a proteção da ordem jurídica. A história da criminalização do aborto mostra que*

ADPF 54 / DF

essa tutela se fundamenta na necessidade de preservar a dignidade dessa vida intrauterina, independentemente das eventuais deformidades que o feto possa apresentar, como tem apresentado no curso de história. As deformidades das vidas intrauterinas não são novidade fenomênica. Novidade são hoje os métodos científicos de seu diagnóstico. A consciência jurídica jamais desconheceu a possibilidade de que de uma gravidez possa não resultar sempre nascimento viável. (...) No instante em que o transformássemos [o feto anencéfalo] em objeto do poder de disposição alheia, essa vida se tornaria coisa (res), porque só coisa, em Direito, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humano é sujeito de direito."

E é **sujeito de direito**, por outra razão, curta mas decisiva, consistente em que, embora não tenha ainda personalidade civil, o nascituro é, anencéfalo ou não, investido pelo ordenamento, segundo velha e fundada tradição jurídica, na garantia expressa de resguardo de seus direitos, entre os quais se conta *a fortiori* o da proteção da **vida**, como dispõe hoje o art. 2º do Código Civil. Pode, daí, por exemplo, receber doação, desde que aceita por seu representante legal (art. 542 do Código Civil). Tem direito subjetivo a curador, quando lhe faleça o pai, sem que a mãe detenha o poder de família (art. 1.779, *caput*, do Código Civil). É ainda legitimado a suceder, quando já concebido no momento da abertura da sucessão (art. 1.798 do Código Civil). A questão aqui, como se percebe, não é da capacidade ativa de exercício desses direitos, por si ou por outrem, o que, sabe-o toda a gente, depende de nascimento com vida, mas da capacidade jurídica passiva que, ainda no seio materno, o ordenamento lhe reconhece como sujeito de direito, enquanto portador de vida. E, nascendo com vida, ainda quando de brevíssima duração, pode receber e transmitir herança! Tudo isto significa, à margem de qualquer dúvida, que é sujeito de direito, não coisa ou objeto de direito alheio. E, que é, pois, supinamente falsa a ideia de que todo anencéfalo não seria nunca sujeito de direito.

IV. O valor inestimável da vida, intra ou extrauterina, não depende de sua qualidade ou duração: o risco do surgimento de práticas de eugenia e eutanásia.

ADPF 54 / DF

O doente, de qualquer idade, em estado terminal, portador de enfermidade incurável, de cunho degenerativo, por exemplo, também sofre e, não escondendo a gravidade do quadro mórbido, causa sofrimento a familiares e amigos, mas não pode por isso ser executado, nem lhe é lícito sequer receber auxílio para dar cabo da própria vida, incorrendo, aquele que o auxilia, nas cominações da prática de eutanásia, punível nos termos do art. 122 do Código Penal (auxílio ao suicídio). Vislumbrar, pois, na ínfima possibilidade de sobrevida, na sua baixa qualidade ou na efêmera duração pressuposta²⁶, argumento racional para ceifá-la por economia, impulso defensivo ou falsa piedade, é absolutamente insustentável à luz da ordem constitucional, que declara, sobreleva e garante valor supremo à vida humana. Como consta das primorosas razões originais da Procuradoria-Geral da República: *“o bebê anencéfalo (...) pode viver segundos, minutos, horas, dias, e até meses. Isto é inquestionável! E aqui o ponto nodal da controvérsia: a compreensão jurídica do direito à vida legitima a morte, dado o curto espaço de tempo da existência humana? Por certo que não!”*²⁷.

Tenta-se ainda salvar a hipótese de aborto, em caso de anencefalia, ao confronto com práticas eugênicas, com discriminação contra deficientes, etc.. É mister, todavia, comparar o caso do anencéfalo com outras situações incômodas ou de angústia e sofrimento extremos, mas que não autorizam, de per si, a decretação da morte do paciente.

A vida humana, imantada de dignidade intrínseca, anterior ao próprio ordenamento jurídico, não pode ser relativizada fora das específicas hipóteses legais, nem podem classificados seus portadores segundo uma escala cruel que defina, com base em critérios subjetivos e sempre arbitrários, quem tem, ou não, direito a ela. Havendo vida, e vida humana – atributo de que é dotado o feto ou o bebê anencéfalo –, está-se

26 Concorde, no ponto, com a afirmação do representante da CNBB, Dr. LUIZ ANTÔNIO BENTO: *“o feto anencefálico é um ser humano vivente e sua reduzida expectativa de vida não nega os seus direitos, a sua identidade. O fato de ter mais ou menos tempo de existência não faz com que ele deixe de ser sempre um ser humano, que precisa de cuidado, sobretudo neste caso.”* (p. 06 das transcrições).

27 Pág. 09 do Parecer.

ADPF 54 / DF

diante de valor jurídico fundante e inegociável, que não comporta, nessa estima, margem alguma para transigência. Cuida-se, como já afirmei, “do valor mais importante do ordenamento jurídico.”²⁸

A curta potencialidade ou perspectiva de vida em plenitude, com desenvolvimento perfeito segundo os padrões da experiência ordinária, não figura, sob nenhum aspecto, razão válida para obstar-lhe à continuidade. A ausência dessa perfeição ou potência, embora tenda a acarretar a morte nas primeiras semanas, meses ou anos de vida, não é empecilho ético nem jurídico ao curso natural da gestação, pois a dignidade imanente à condição de ser humano não se degrada nem decompõe só porque seu cérebro apresenta formação incompleta. Faz muito, a civilização sepultou a prática ominosa de sacrificar, segregarg ou abandonar crianças recém-nascidas deficientes ou de aspecto repulsivo, como as disformes, aleijadas, surdas, albinas ou leprosas, só porque eram consideradas ineptas para a vida e improdutivas do ponto de vista econômico e social!²⁹

Sobre a sensatez do reconhecimento da absoluta impossibilidade de relativização ética e jurídica da vida humana, seria bom ouvir as palavras de u’a mãe, **MÔNICA TORRES LOPES SANCHES**: “*Se eu concordasse com essa liberação [da antecipação terapêutica do parto], estaria aceitando que a vida da Giovanna [sua filha anencéfala, morta 6h45min depois do parto] é uma verdade relativa. A um interesse meu de passar ou não por um sofrimento. Se não quero passar por ele, então ela não tem vida. Se aceito, tem vida. Tem vida e pronto! Ponto incontestável na minha experiência de mãe, que a vi respirar espontaneamente como qualquer outro bebê.*”³⁰

28 Fls. 156.

29 Cf. **ARISTÓTELES**. *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. SP: Martins Fontes, 1998, p. 73; **PLATÃO**. *A República*. Trad. de Maria Helena da Rocha Pereira. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1949, pp. 228-229; **BALESTRINI, Raffaello**. *Aborto, infanticídio ed esposizione d’infante*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1888, p. 194 e 195; **VEYNE, Paul** (org.). *História da vida privada – do império romano ao ano mil*. Trad. de Hildegard Feist. 5ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, pp. 23-24.

30 “*Sinto-me profundamente desrespeitada como mãe*”. In: Folheto da Associação Nacional Mulheres pela Vida.

ADPF 54 / DF

A vida é fato objetivamente aferível num dado ponto no tempo. Não se concebe que, só por critérios de prognóstico de sua viabilidade ou medida de continuidade, se lhe ponha termo antecipado. O tempo de vida pode, sob tal avaliação, ser reduzidíssimo também noutras muitas hipóteses, como, *v. g.*, a de doenças fatais incuráveis, que não autorizam, de modo algum, a “*antecipação terapêutica da morte*”, como, para atenuar-lhe o senso comum de reprovabilidade ética e jurídica, soem denominá-la os defensores da eutanásia.

A dignidade fundamental da vida humana, como suposto e condição transcendental de todos os valores, não tolera, em suma, barateamento de sua respeitabilidade e tutela jurídico-constitucional, sobretudo debaixo do pretexto de que deformidade orgânica severa, irremissibilidade de moléstia letal ou grave disfunção psíquica possam causar sofrimento ou embaraço a outro ser humano. Independentemente das características que assuma na concreta e singular organização de sua unidade psicossomática, a vida vale por si mesma, mais do que bem humano supremo, como suporte e pressuposição de todos os demais bens materiais e imateriais, e nisto está toda a racionalidade de sua universal proteção jurídica. Tem dignidade, e dignidade plena, qualquer ser humano que esteja vivo (ainda que sofrendo, como o doente terminal, ou potencialmente causando sofrimento a outrem, como o anencéfalo). O feto anencéfalo tem vida, e, posto que breve, sua vida é constitucionalmente protegida.

Nessa moldura, pouco se dá que sobre a sorte do anencéfalo possa recair a alegada “*incompatibilidade com a vida extrauterina*”³¹, já que goza do mesmíssimo *status* de proteção que qualquer outro ser humano, seja, este, feto sem deformidade, criança ou adulto, ainda quando, por causa física ou psíquica, sejam desprovidos de todas as faculdades mentais. É que a vida intrauterina não pode, na ordem jurídica, ser classificada, para efeito de tutela, numa categoria axiológica inferior em relação à vida fora do útero. Além disso, como já relembrei, a viabilidade da vida extrauterina do feto não constitui requisito para a caracterização do crime de aborto.

31 Fls. 6-7 e 15.

ADPF 54 / DF

Por outro lado, falar-se em “*morte inevitável e certa*”³² chega a ser pleonástico, pois ela o é para todos. Disse eu, noutra ocasião, não me seduzir nem comover “*o argumento de que o feto anencéfalo seja um condenado à morte. Todos o somos, todos nascemos para morrer.*”³³ A duração da vida é que não pode estar sujeita ao poder de disposição das demais pessoas. Esta é a razão jurídica fundamental por que não apenas as normas infraconstitucionais, mas também a Constituição tutela a vida”³⁴. Acrescento, agora, que a alegação de que a morte possa ocorrer “*no máximo algumas horas após o parto*” em nada altera a conclusão segundo a qual, atestada a existência de vida em certo momento, nenhuma consideração futura é forte o bastante para justificar-lhe deliberada interrupção. Doutro modo, seria lícito sacrificar-se, igualmente, o anencéfalo neonato.

Nesse ponto, o aborto de anencéfalo e a eutanásia aproximam-se de maneira preocupante. Pode-se, decerto, conferir-lhes qualificações jurídico-penais distintas: aborto, no primeiro caso, e auxílio ao suicídio ou homicídio, no segundo, mas ambas essas ações produzem, nas objetividades convergentes, o mesmíssimo resultado físico, que é subtrair a vida de um ser humano por nascer ou já nascido, sob falsos argumentos de diversa ordem, como as rubricas de liberdade, dignidade, alívio de sofrimento, direito à autodeterminação, mas sempre em franca oposição ao ordenamento jurídico-positivo, quer no plano constitucional, quer no da legislação ordinária.

Do mesmo modo, é assombrosa a semelhança entre aborto de anencéfalo e práticas eugênicas. Afirmei, na ADI nº 3.510, que me não assaltava, na pesquisa com células-tronco embrionárias, a menor preocupação com propósito eugênico:

“A mesma conclusão aplica-se ao receio de risco, que não é

32 Fls. 7 e 15.

33 MARTIN HEIDEGGER, ao tratar do homem como “*ser-para-a-morte*” (*sein zum Tod*), é expressivo ao lembrar que “*a morte desentranha-se como a possibilidade mais própria, irremissível e insuperável*” (*Ser e tempo*. Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 11ª ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2004, parte II, p. 32. Grifos do original).

34 Fls. 94.

ADPF 54 / DF

próximo nem real, de se *'classificar as pessoas entre aquelas que são normais, aquelas que são adequadas e inadequadas à nossa sociedade'*. A resposta à indagação teórica de **LENISE GARCIA** - *'se detecto uma doença genética em um embrião, eliminarei esse embrião?'* – não pode deixar de ser, ainda nos quadrantes do ordenamento jurídico, insofismavelmente *negativa*. Trata-se de mera conjectura que, remetendo-se a práticas históricas hoje de todo em todo condenáveis, inauguradas em Esparta e retomadas pelo regime nazista, esbarra desde logo em proibição expressa da lei e na reprovação última da Constituição, a ambas as quais repugna qualquer projeto eugênico."

Se se não delineava, naquele caso, ameaça eugênica, neste materializa-se ela de forma contundente. Talvez prevendo a dificuldade de imunizar sua posição à pecha de eugenia, a autora tenta negar similitude ou afinidade entre aborto de anencéfalo e aborto em caso doutras deficiências graves, afirmando: *"inexiste qualquer proximidade entre a pretensão aqui veiculada e o denominado aborto eugênico, cujo fundamento é eventual deficiência grave de que seja o feto portador. Nessa última hipótese, pressupõe-se a viabilidade da vida extrauterina do ser nascido, o que não é o caso em relação à anencefalia."*³⁵

É possível imaginar o ponderável risco³⁶ de que, julgada procedente esta ADPF, mulheres entrem a pleitear igual tratamento jurídico a hipóteses de outras anomalias não menos graves³⁷, ou porque a gravidez

35 Fls. 06, nota de rodapé nº 8. A tese é secundada por expositores pró-aborto do anencéfalo, tais como **DÉBORA DINIZ** (p. 164 das transcrições) e **CLÁUDIA WERNECK** (p. 199 das transcrições).

36 Embora eu não afirme peremptoriamente, para não resvalar em declive escorregadio (*"slippery slope"*), que tal situação vá acontecer.

37 Cito a gama de doenças trazidas à baila pelo Dr. **RODOLFO ACATAUASSÚ NUNES**: *"A anencefalia é ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, mas certamente não é a única; existem outras: acardia, agenesia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, osteogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15 [e do] 18. São todas afecções congênicas letais, que exigirão de seus pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte."* (p. 23 das transcrições).

ADPF 54 / DF

seja indesejada em si mesma, ou porque, à conta de fatores econômicos, sociais, familiares etc., seria insuportável ou insustentável ter um filho.

É certo que grupos favoráveis ao aborto do anencéfalo procuram distinguir as situações, protestando que *“anencefalia não é deficiência (...). A ADPF nº 54 diz respeito apenas à anencefalia, nenhuma outra situação de malformação ou deficiência no feto. Por isso, não há o risco do renascimento da eugenia entre nós.”*³⁸

Mas, sob a ótica jurídica, as hipóteses são análogas, porque, em ambas, o que se pretende, no fundo, é obter autorização judicial para prática de um crime, ou seja, para que o agente, atuando à revelia das duas restritas excludentes de ilicitude do aborto, possa cometê-lo sem condenação nem pena. Ainda que lhes variem os motivos ou pretextos, como inviabilidade do feto, suposta liberdade de abortar ou falta de recursos financeiros, nas duas hipóteses é a mesma a pretensão substancial, e idêntica sua visível hostilidade ao sistema jurídico.

O feto, portador de anencefalia ou não, tem vida. Ser a anencefalia *“incompatível com a vida extrauterina”* prova, aliás, menos que o necessário, pois daí não se tira ser a anomalia incompatível com a vida **em geral**, que é o que constitui o objeto privilegiado da tutela normativa. Tal deslize foi percebido e bem refutado pela Procuradoria-Geral da República, ao notar: *“o autor desta ação tem por tema central do pleito o fato de que nos casos de anencefalia não há possibilidade de vida extrauterina, então razão não há a que permaneça a gestação. Mas se há normal processo de gestação vida*

38 **DÉBORA DINIZ**, p. 164 das transcrições. No mesmo sentido, **CLÁUDIA WERNECK** defende a diferença entre a anencefalia e a deficiência (pp. 199-200 das transcrições), também dizendo não ser caso de eugenia. Mas, ao definir o conceito de pessoa com deficiência, dá clara margem à admissão da eutanásia: *“para um ser humano poder ser considerado uma pessoa com deficiência, é indispensável que desenvolva uma relação com o ambiente. Nesse contexto, a condição ‘expectativa de vida’, independentemente de qualquer juízo de valor sobre a qualidade desta vida (...), é o pressuposto para que se façam presentes todos os direitos (...).”* (pp. 191-192 das transcrições). Por esse simplório critério, doente terminal poderia ser eliminado, por não ter expectativa de vida, ou tê-la reduzidíssima – sem considerar, como propõe a jornalista, a qualidade dessa vida.

ADPF 54 / DF

*intrauterina existe.*³⁹

Seria fraqueza de espírito insistir em que o anencéfalo tem vida dentro do útero, vida intrauterina, e, se nasce vivo, continua a tê-la na dimensão extrauterina, até que lhe sobrevenha a morte *natural*. Como relata **MÔNICA TORRES LOPES SANCHES**, que deu à luz uma anencéfala, “*minha filha viveu além dos nove meses em meu ventre apenas 6 horas e 45 minutos, mas nasceu viva e por todo esse tempo respirou sem a ajuda de aparelhos e chorou ao nascer. (...) Quem não tem vida chora?*”⁴⁰

Tamanha é a evidência de que tem vida o anencéfalo, que, se, uma vez nascido, for vítima de alguma agressão ou atrocidade, estará configurado o crime correspondente, seja homicídio, infanticídio, estupro, lesões corporais, etc.. Ninguém na posse de suas faculdades mentais ousaria reputar isentos de punibilidade tais atos de violência cometidos contra anencéfalo recém-nascido. Como legitimar-se, pois, a prática de condutas semelhantes contra o mesmo ser humano, antes do parto? Se se autoriza aborto do anencéfalo, por que se não permite seja eliminado depois do parto, antecipando-se-lhe destoutro modo a morte inevitável? A falta de juridicidade do ato é exatamente a mesma.

O que não cabe nem entra no raciocínio da arguente e, como tal, o torna inconclusivo, é o fato de a mãe não ter poder jurídico de disposição⁴¹ sobre o filho ou filha anencéfalos! A respeito, persegue verdadeiro retrocesso histórico, evocando os primórdios do direito romano, quando este considerava lícita toda forma de aborto, sob compreensão cultural de que o feto era só parte do corpo ou espécie de órgão descartável da gestante, que sobre ele tinha plena disponibilidade jurídica (*ius in se ipsa*).⁴²

Denotando quadro inverso ao das células-tronco embrionárias, enquanto mero material genético pertencente a seus produtores, que

39 Pág. 08 do parecer.

40 “*Sinto-me profundamente desrespeitada como mãe*”, In: Folheto da Associação Nacional Mulheres pela Vida.

41 Como afirmei na **ADI nº 3.510**.

42 Cf. **HUNGRIA, Nelson**. *Comentários ao código penal*. 3ª ed. RJ: Forense, v. V, p. 263, nº 59.

ADPF 54 / DF

gozam de liberdade jurídica para lhe dar destinação, tem-se, no caso da anencefalia, outra vida em jogo, em relação à qual a ninguém é dado comportar-se como dono de coisa. Não importa o grau de sua viabilidade extrauterina, nem o prognóstico de sua sobrevivência; é sempre ser humano, de que se não pode desvencilhar como se fora material genético congelado, de que cuidou a **ADI nº 3.510**.

V. As dificuldades e divergências de diagnóstico. O consequente agravamento do risco de eugenia.

O debate sobre a viabilidade extrauterina está mal posto nesta ação, porque é, aqui, irrelevante. E o que surpreende e admira é que quem a invoca parece ignorar que a temática está indissociavelmente vinculada ao problema da *dificuldade técnico-científica* de se detectar, com precisão absoluta, quais casos são de anencefalia, de modo a diferenciá-los de outras afecções da mesma classe nosológica, das quais se distingue apenas por questão de grau. Se não é possível sequer apurar, com a segurança necessária, se dado caso é de anencefalia *stricto sensu*, como o será prognosticar a viabilidade do feto fora do útero?

Ora, parecia-me, já antes das audiências públicas realizadas – e isso se confirmou depois – difícilimo, senão impossível, estabelecer, no plano de diagnóstico, distinção inequívoca entre a anencefalia e outras deformidades igualmente graves, talvez tão “incompatíveis com a vida extrauterina” quanto ela. O estado atual da ciência médica parece não ter condições de discernir, de forma absoluta, entre a anencefalia (também denominada, por segmentos científicos, de “holoanencefalia” ou “holoacrania”⁴³) e eventuais formas agudas de meroanencefalia. Para enturvar ainda mais a confusão do quadro, como afirmou um defensor da

43 “Anencefalia es un defecto de cierre del TN [tubo neural] debido a una falla del neuroporo cefálico para cerrarse adecuadamente, que se caracteriza por la ausencia de huesos del cráneo, cuero cabelludo y la presencia de un encéfalo rudimentario. Cuando la ausencia del encéfalo es parcial, se conoce como *Meranencefalia* y *Holoanencefalia* cuando la ausencia es completa.” (MÉXICO. Secretaría de Salud. Subsecretaría de Prevención y Protección de la Salud. Dirección General de Epidemiología. *Manual de Procedimientos para la Vigilancia Epidemiológica de los Defectos del Tubo Neural*. Marzo 2005, p. 14).

ADPF 54 / DF

antecipação abortiva, o Dr. **EVERTON PETTERSON**, ao ser indagado sobre o diagnóstico de Marcela de Jesus, “a questão é só de conceito.”⁴⁴ É com base em só conceito, fluido e controverso, que se discute e decide quem deva viver ou morrer?

Assim, de um lado, os partidários do aborto do anencéfalo se apressam em pontificar que “*não há dúvida alguma que aqui foi dito com clareza que o diagnóstico é de certeza. E é de certeza. Existem dois diagnósticos de certeza (...) na ecografia obstétrica de hoje. Um é o óbito fetal, o outro é anencefalia.*”⁴⁵ De outro lado, com postura mais cautelosa, os grupos que condenam a prática obtemperam “*que a anencefalia não é algo certo e determinado, mas é algo contínuo que vai de formas menos graves a formas mais graves. Esse é um dado estabilizado na ciência e não há de ser retrucado.*”⁴⁶

Ora, estamos diante de celeuma que, instaurada no campo médico-científico, de há muito conhecido como fonte de verdades provisórias, se revela, no ponto, surpreendentemente passível de interpretações conflituosas e subjetivismos arrogantes. Afinal, a anencefalia comporta graus, variáveis num *continuum*, ou admite classificações discretas, com fronteiras incontestáveis entre as condições objetivas de anencéfalo e não-anencéfalo?

As acirradas divergências manifestadas entre os dois blocos adversários nas audiências públicas comprovam, a meu aviso, não haver fundamentação científica hábil para firmar diferença ontológica qualitativa entre as enfermidades, que se distinguem apenas por variações antes de *grau* do que de *natureza*. O relatório do **COMITÊ NACIONAL DE BIOÉTICA ITALIANO** chegou, aliás, à seguinte definição ou, se quiserem, indefinição:

“ASPETTI BIOMEDICI DELL’ANENCEFALIA

Definizione: letteralmente anencefalia significa assenza dell’encefalo. In realtà si definisce con tale termine una rara

44 P. 87 das transcrições.

45 **JOSÉ ARISTODEMO PINOTTI**, pp. 126-127 das transcrições.

46 Pág. 17 das transcrições.

ADPF 54 / DF

malformação 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». 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.

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**.⁴⁷

Ora, perante informações desencontradas, dissensos irreconciliáveis e diagnoses contraditórias em sede especializada de opiniões científicas, qual a única resposta sensata do mundo jurídico? A consciência da responsabilidade de magistrado não me impõe senão estimar, com redobrada cautela, as consequências que a formulação de qualquer juízo na matéria pode desencadear às pessoas e à sociedade em tema tão

47 **COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA**. *Il neonato anencefalico e la donazione di organi*, 21.06.1996, p. 09, disponível em <http://www.governo.it/bioetica/pdf/24.pdf>. Grifos nossos.

ADPF 54 / DF

delicado, como o é do alcance constitucional do valor supremo atribuído à dignidade e à incolumidade da vida humana. Essa prudência já a recomendaria o célebre caso *Marcela*, em que, ouvidos, alguns prestigiosos cientistas, inclusive estrangeiros, afirmaram, categoricamente, não se tratar de anencefalia⁴⁸, enquanto outros não menos acreditados assentaram, com igual certeza, cuidar-se da afecção⁴⁹.

Este caso, interpretado e visto como de erro de diagnóstico, que deu por anencefalia onde desta se não cuidava, não aproveita à tese da arguente, senão que antes a contradiz de modo cabal, porque o feto poderia, com base no equívoco médico-científico, ter sido extirpado sob fundamento da existência de condição patológica inexistente. E mostra, com crueza, os acerbos riscos de u'a multiplicação desastrosa de abortos.

Ainda quando se conceda que, “no caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100% (...), sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência”⁵⁰, é inegável que o estado atual da medicina não apresenta condições de **identificação precisa** da anomalia em 100% dos casos, assim como não pode nunca prognosticar o tempo de sobrevida do anencéfalo. Se é certo que, tipificada com ou sem correto diagnóstico, a anencefalia é, com maior ou menor período de sobrevida, sempre fatal, não menos o é que *nem sempre* – e isto é decisivo

48 “O caso clássico que tivemos no ano passado, da Marcela (...), é uma falsa idéia de anencéfalo, porque essa criança apresenta, como podemos ver na tomografia, região de cerebelo, tronco cerebral e um pedacinho do lóbulo temporal, que faz parte dos hemisférios cerebrais. Então, isso não é diagnóstico de anencefalia.” (EVERTON NEVES PETTERSON, p. 84 das transcrições). “Hoje podemos dizer, com certeza, que, na décima segunda semana de gravidez (...), nós teremos um diagnóstico de certeza. E havendo um diagnóstico de certeza de anencefalia, não há nenhuma presunção de vida pós-parto. (...) Houve um erro de diagnóstico no caso da Marcela (...) Não era um feto anencéfalo.” (JOSÉ ARISTODEMO PINOTTI, p. 127 das transcrições).

49 V., p. ex., os pareceres dos professores ALAN SHEWMON (Chefe do Departamento de Neurologia da UCLA) e PAUL BYRNE (University of Toledo, College of Medicine), que, analisando os exames de Marcela de Jesus G. Ferreira, asseveram, respectivamente, que “this is a classical case of anencephaly”, e que “Marcela does have anencephaly as approved in the United States by major neurological organizations.” (Memorial “Aborto de Feto ‘Anencefálico’”. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, pp. 47-49).

50 Asserção do Min. MARCO AURÉLIO, a fls. 35.

ADPF 54 / DF

na causa - a medicina pode garantir que o caso seja de anencefalia. Como concluiu, com argúcia, **LENISE MARTINS GARCIA**, “*se a Marcela não foi considerada anencéfala, o problema é mais grave. Porque, se com ressonância magnética, se com tomografia de uma menina de mais de um ano, os médicos não chegam a um acordo sobre se ela é anencéfala ou não, como dirão que dentro do útero, com o ultra-som, eu tenho cem por cento de certeza se a criança é anencéfala?*”⁵¹

Por que se evite possibilidade concreta de, em decorrência das incertezas técnico-científicas e da consequente falibilidade dos diagnósticos, eliminarem-se arbitrariamente fetos acometidos de malformações diversas da anencefalia, é imperioso proibir-lhes o aborto ainda em tais casos. E esse é apenas argumento de reforço, pois, em minha opinião, ainda que a técnica evoluísse a ponto de discernir claramente os casos de verdadeira anencefalia, a eliminação daquele feto não seria compatível com o Direito.

A circunstância de a menina Marcela ter vivido um ano e oito meses não tem, aliás, a menor relevância no meu raciocínio. Tivesse ela vivido um mês, uma semana, ou um minuto, a ideia de sua eventual extirpação do útero seria igualmente censurável e vedada pela ordem jurídica. E esta observação conviria até ao caso mesmo em que houvesse morrido dentro do útero, antes de cujo evento natural tampouco poderia, sem comissão de crime, ser arrancada ao ventre materno.

VI. A impropriedade da analogia com a tortura: ausência de sofrimento injusto, único juridicamente apreciável.

Argui-se, ainda, que gravidez de feto anencéfalo produz tamanho sofrimento à mãe, que obrigá-la a manter a gestação até o fim seria comparável à tortura.⁵²

É evidente que ninguém ignora a imensa dor da mãe que carrega, no ventre, um ser cuja probabilidade de sobrevida é incerta. A questão, porém, é saber se, do estrito ponto de vista jurídico-constitucional -

51 Pág. 141 das transcrições.

52 Fls. 18.

ADPF 54 / DF

preexcluídas, portanto, considerações de cunho pessoal, religioso, moral, ou filosófico, patentes ou ocultas -, essa carga compreensível de sofrimento ou dor⁵³, refletida na saúde física, mental e social da mulher⁵⁴, associada à liberdade de escolha, comporia razão convincente para autorizar a aniquilação do feto anencéfalo, por meio da eufemisticamente chamada “antecipação terapêutica do parto”.

Estou em que não.

Afirma a arguente que “a Constituição Federal ... veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infraconstitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada)”.⁵⁵ O argumento, que propõe equiparação rasa entre padecimento materno e tortura, não resiste a crítica pouco menos que superficial.

A primeira fraqueza, que já lhe compromete toda a validade, é a submissão forçada da hipótese de gravidez de anencéfalo à definição de tortura apresentada pela autora: afirma ela *sic et simpliciter* que, podendo a situação ser evitada, então há tortura. Mas é evidente que a situação, neste caso, não pode ser **legalmente** evitada. De tortura, escusaria dizê-lo, só se pode cogitar com seriedade, quando algum sofrimento **injusto** e **intencional** possa ser esquivado de maneira compatível com o ordenamento jurídico. Ora, na hipótese, o método proposto para evitar ou encurtar o sofrimento já esbarra em intransponíveis vedações legais,

53 Reconheço a existência de correntes filosóficas que elegem a “libertação de todas as formas de dor e sofrimento” como fundamento dos direitos humanos. RICHAR RYDER, criador do termo *especismo*, afirma que o *dorismo* (“*painism*”), isto é, a capacidade de uma criatura sentir dor, “independentemente de seu sexo, classe, religião, nacionalidade ou espécie”, é “a única base convincente para atribuição de direitos ou até mesmo de interesses em relação a outrem.” Para ele, “se acontecer de alienígenas provenientes do espaço sofrerem dor, ou se algum dia viermos a manufaturar máquinas que sentem dor, então deveremos ampliar nosso círculo moral a fim de incluí-los.” A incoerente teoria, contudo, não encontra guarida no direito brasileiro, nem, ao que me consta, em nenhum sistema jurídico ao redor do mundo. Cf. “All beings that feel pain deserve humans rights”. In: *The Guardian*, 06.08.2005.

54 Cf. fls. 20.

55 Fls. 18.

ADPF 54 / DF

como a do crime de aborto, sem previsão de excludente, e constitucionais, como o chamado direito à vida e a dignidade humana do feto.

Ademais, falta ao caso a circunstância elementar de inflicção **proposital** de sofrimento. Indaga-se: quem estaria, de indústria, a aplicar tortura à mãe? O feto anencéfalo, fruto “[d]esse imponderável, [d]esse acaso natural”⁵⁶? Ou o Estado, personificado no Poder Legislativo, que, para legitimar ação tendente a aliviá-la à dor, deixou de prever hipótese de licitude ou de impunidade do aborto? Quem sabe, seria o Judiciário, que, recusando-se a usurpar a função legiferante, não se sente autorizado a reconhecer-lhe atipicidade ou a criar *ex nihilo* excludente de punibilidade? A autora e a prof.^a DÉBORA DINIZ optam, aqui, pela saída muito cômoda de culpar o Estado por dramas que são da responsabilidade exclusiva da conjugação de ato livre dos particulares e de ulterior acaso biológico.⁵⁷

Esta é, aliás, a razão palpável que exclui ao caso toda ideia de **injustiça** subjetiva, que é ínsita à noção leiga ou jurídica de tortura. A natureza não tortura! Ao propósito, já observei:

“O sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento. E o que o sistema jurídico não tolera não é o sofrimento em si, porque seria despropósito que o sistema jurídico tivesse a absurda pretensão de erradicar da experiência humana as fontes de sofrimento. Nem quero discorrer sobre o aspecto moral e ético - não me interessa - de como o sofrimento pode, em certas circunstâncias, até engrandecer pessoas, pois isso não releva à discussão do caso. Só quero lembrar que o sistema jurídico repudia, em relação ao sofrimento, apenas os **atos injustos** que o causem. O

56 SUANNES, **Adauto**. *Pobres, negros, mulheres e cotas educacionais*, disponível em <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=24092>, 04.05.2006.

57 Leia-se: “Na ausência de proteção jurídica, as mulheres são alvo de tortura das instituições (...), um ato de tortura do Estado contra ela. Sua dor foi ignorada por quem tem o dever de protegê-la. A tortura não está no **acaso** de uma gravidez de um feto com anencefalia, mas no dever de se manter grávida para enterrar o filho após o parto.” (p. 165 das transcrições).

ADPF 54 / DF

sofrimento provindo da prática de um **ato antijurídico**, esse não pode ser admitido pela ordem normativa. Mas não é esse o caso de eventual sofrimento materno, ou pelo menos não o é de regra.”⁵⁸.

Mas o fato óbvio de o sofrimento não ser produto de alguma força humana exógena, como a antropomórfica do Estado, não significa que a extirpação do feto caia sob o domínio da “*ética privada*”⁵⁹ da gestante. Está, aqui, talvez, a maior falácia apresentada pela arguente, porque, se é verdade que o sofrimento possa ser longo, embora não causado pelo ordenamento jurídico, nem pelo aparato estatal que lhe dá efetividade, não procede a consequência daí inferida, segundo a qual esse fato seria idôneo para, à moda de revogação, ou *abolitio criminis*, excluir a incidência e a aplicação de normas penais cogentes, impessoais e plenamente afinadas com a Constituição da República, como aquela que tipifica o crime de aborto, sem abrir-lhe excludente para o caso.

Esvazia-se, pois, de todo sentido jurídico, a afirmação, à primeira vista muito sedutora, de que “*todas elas [grávidas de anencéfalos] experimentam a tragédia inevitável da morte cerebral fetal. Sofrem e vivem a tragédia, mas não a confundem com a situação torturante de levarem adiante a gravidez. Querem decidir. (...) Todas elas diferenciam o que é evitável do que é inevitável. O que é tragédia do que é tortura. De um lado, o inevitável da tragédia e, de outro, o sofrimento evitável da continuidade da gravidez com diagnóstico de morte fetal cerebral. Quiseram a supressão da situação torturante.*”⁶⁰

A só vontade ou desejo não constituem solução mágica para todos os males da frágil condição humana. Não há, na hipótese, espaço jurídico para lucubração de expediente tortuoso destinado a neutralizar desagradáveis reflexos psicológicos, diante das disposições inequívocas do Código Penal. A situação não pode ser *legalmente*, nem *constitucionalmente* evitada, e este é o cerne do problema.

58 Fls. 95.

59 Pág. 164 das transcrições.

60 Pp. 216-217 das transcrições.

ADPF 54 / DF

A causa real da pretensa tortura, enquanto nome de todo impróprio para descrever sofrimento do qual não se pode encontrar nenhum culpado, é, por óbvio, falha biológica na constituição do feto. Conquanto se simpatize com a causa defendida com tanto ardor pela arguente, o problema reside em que, à luz de análise sóbria do ordenamento jurídico, não há como fazer cessar, de maneira legal, sofrimento que não é **justo** nem **injusto** perante a consciência humana, sem arbitrária convalidação judicial da prática de crime de aborto. Donde não caber aí, como já adiantei, referência alguma a intencionalidade, pois a situação não compreende nenhuma causa voluntária alheia de sofrimento.

Põe-se ainda, como tema correlato, a questão da liberdade de escolha em termos de puro arbítrio da mãe, que, sob o peso de dolorosa experiência psíquica, teria direito subjetivo de decidir entre interrupção da gravidez e continuidade da gestação.

Mas a solução alvitrada, sobre apoiar-se nas impertinentes ideias de liberdade pessoal, inexistente quando se cuida da tipificação de crime, e de tortura, onde não há sofrimento injusto nem intencional, reflete apenas uma atitude individualista e egocêntrica, enquanto sugere prática cômoda de que se vale a gestante para se livrar do sofrimento e da angústia, sobrepondo ao sentido ético de respeito, que o pacto pressuposto instaurador da civilização e da cultura consagrou à vida humana, solicitações primitivas do princípio do prazer. Tal ansiedade, que, voltada para si mesma, depende da história e da conformação psíquicas de cada gestante, é exaltada, na proposta, em detrimento do afeto da piedade, da compaixão, da doação e da abnegação, que participam da dimensão de grandeza do espírito humano.

Comentando outro caso, o do aborto por indicação ética, o grande **ANÍBAL BRUNO** notava, com palavras *a fortiori* aplicáveis aqui:

“Mas, por mais respeitáveis que sejam, êsses sentimentos, tomar a situação como justificativa da morte do ser que se gerou é uma conclusão de fundo demasiadamente individualista, que contrasta com a idéia do Direito e a decidida proteção que êle concede à vida do homem e aos interesses

ADPF 54 / DF

humanos e sociais que se relacionam com ela e demasiadamente importantes para serem sacrificados a razões de ordem pessoal, que, por mais legítimas que possam parecer não têm mérito bastante para se contrapor ao motivo de preservação da vida de um ser humano”.⁶¹

Os males de que padece a mãe, no entanto, não lhe foram provocados injustamente por terceiro, como se dá no caso de gravidez oriunda de estupro, nem lhe ameaçam de modo algum a vida, nem tampouco lhe degradam ou aviltam, sob nenhum aspecto, a dignidade pessoal. A causa de seu sofrimento natural e compreensível é o acaso genético, enquanto falha da própria natureza humana, donde lhe não ficar título jurídico válido para obstar à dor mediante sacrifício de vida alheia inocente.

Nesta moldura, só cegueira passional não percebe que o sistema jurídico se defronta, de maneira inexorável, com tensa relação entre dois valores de pesos axiológicos muito diversos, perante os quais ao intérprete não sobra alternativa de escolha hermenêutica, quaisquer que sejam os princípios ou postulados dogmáticos a que recorra. Noutras palavras, trata-se de ver, logo, que a vida humana, hospedada na carne frágil de feto imperfeito, não pode, a despeito da fortuita imperfeição que lhe não subtrai a dignidade jurídica imanente, ser destruída *a forceps* para satisfazer sentimento, quase sempre transitório, de frustração e de insuportabilidade personalíssima de uma dor ainda que legítima. Não há, nesse esquema de ponderação de bens tão manifestamente desproporcionais, critério algum capaz de equilibrar ou compensar valores jurídicos díspares, nem de *justi-ficar*, isto é, tornar justo o sacrifício desnecessário da vida em nome da tutela de sentimento cujo objeto é apenas livrar-se de uma dor sem culpa, que não é justa nem injusta, mas apenas humana.

Mas o caso do estupro⁶², que nunca foi enfrentado pela Corte, afasta-

61 *Direito penal*. RJ-SP: Forense, tomo 4º, Parte Especial, I, 1ª ed., 1966, p. 173-174.

62 A aproximação entre esta hipótese e a anencefalia é defendida pelo Min. **CARLOS BRITTO** no voto-vista (Q.O., fls. 126): “É nesse panorama [efeitos psico-físico-sociais

ADPF 54 / DF

se da hipótese em discussão na medida em que as duas situações são incomensuráveis tanto no grau de liberdade da causa, quanto no da inevitabilidade das consequências.

No aborto justificado por estupro, a mulher é vítima de crime ignominioso e engravida à força, em decorrência de ação violenta e ilícita, imputável exclusivamente a outrem. A concepção, como obra da ação alheia delituosa, não foi desejada pela mulher, nem sequer proveio de descuido na prevenção de gravidez, donde justamente lhe repugna manter a gravidez como consequência, aqui sim, **inevitável**, de violência odiosa e sobremodo **injusta**, em situação de todo em todo mui diversa daquela em que o casal concebe, no exercício pleno de sua liberdade sexual, o filho que, só por infortúnio, calha ser anencéfalo. Dizer-se, no primeiro caso, ter sido o feto resultante da monstruosidade do forçado intercuro sexual, pode até figurar hipérbole expressiva, inspirada pela alta reprovabilidade ética e jurídica do crime de estupro, mas é licença retórica despropositada para, falseando as condições lógicas do uso da analogia, qualificar em si, embora por metáfora, a concepção de anencéfalo mediante ato de amor, e descrever o tormentoso sofrimento materno que advém da frustração das expectativas consequentes. No caso da anencefalia, como relatam muitas das gestantes que passaram pela amarga experiência, o filho era esperado, querido, amado.

De todo modo, nesse caso, a gravidez, intencional ou fortuita, não decorre de nenhum ato de violência, mas do cabal exercício da liberdade dos genitores. Culpa pela anencefalia – se em culpa se pudesse pensar, enquanto evasão de algum modo confortadora – só poderia atribuída ao acaso, à natureza⁶³, à genética, a fatores epigenéticos, ou, até, para os que

devastadores] que se dá a analogia com a gestação resultante de estupro. Nesta, a forçosa lembrança da monstruosidade do intercuro sexual. Na anencefalia, a subjetiva estupefação pela 'monstruosidade' em si de todo o processo de concepção, gravidez e parto de um ser que já se sabe prometido ao tûmulo, antes mesmo de conhecer o berço. A natureza a rivalizar com o homem no que este exhibe de pior."

63 O Min. **CARLOS BRITTO**, defensor da analogia com o produto do estupro, cujo aborto é autorizado "mesmo quando o feto é sadio e perfeito, para preservar os sentimentos da mãe" (cit. decisão TJSP, fls. 131-132), reconhece que, "no que interessa aos fundamentos da analogia

ADPF 54 / DF

creem, a desígnios insondáveis de entes divinos. Mas o que não quadra é qualificar esse acontecimento trágico como algo que, **injusto** do ponto de vista da lei dos homens, *ipso facto* outorgasse à mãe poder jurídico de sacrificar o feto como reação legítima contra uma **injustiça** dolorosa!

E a só ideia de justiça humana, redutível aos limites das possibilidades críticas no âmbito da legalidade, enquanto dimensão própria em que se movem os operadores jurídicos na construção cotidiana da cidade terrena, é, na sua racionalidade e compreensão, o critério último que norteia todo este debate em torno de uma questão jurídica. Há, perante ela, injustiça na condição da mãe que recebe a notícia de que o filho é anencéfalo? Se a há, terá sido causada e só pode ser explicada em outros planos, místicos ou esotéricos, jamais na província estritamente humana do Direito. Quem somos nós para falar e decidir acerca de Justiça *sub specie aeternitatis*?

Quando a concepção de feto anencéfalo deriva, em regra, de relação espontânea e consentida entre homem e mulher, pode dizer-se que a ação criadora foi livre na causa, não restando dúvida de que sua consequência, a gravidez, normal ou anencefálica, não pode ser interrompida, sob nenhum pretexto, sem expressa previsão legal. Por isso, a gravidez oriunda de estupro recusa toda comparação sensata à mera gravidez indesejada, a qual, apesar de também ser, em tal sentido, involuntária, poderia, em circunstâncias normais, ter sido prevenida. O rompimento de preservativo ou falha de métodos contraceptivos não constituem escusas jurídicas a prática abortiva. Ademais, a inevitabilidade real a que aludi, no caso do estupro, contrapõe-se ao caráter falsamente evitável da “tortura” desencadeada pelo diagnóstico de anencefalia, pois aquela tem sua causa material na concepção provocada por ato ilícito de força física (*vis compulsiva*), enquanto a gravidez anencefálica é, por hipótese, inteiramente livre na origem, sendo inevitável apenas quanto a seus efeitos (a gestação). Por essa razão, não pode esta ser legalmente interrompida.

aqui exposta, a anencefalia é coisa da natureza. Embora como um desvio (...), não há como recusar à natureza esse episódico destrambelhar. Mas é cultural que se lhe atalhe aqueles efeitos mais virulentamente agressivos de valores jurídicos...” (fls. 128).

ADPF 54 / DF

Na previsão do chamado aborto sentimental, cuja autorização independe de ser o feto saudável ou isento de qualquer anomalia, há, como experiência objeto da normação jurídica, uma situação de relevante conflito teórico, que exigiu intervenção legislativa, entre os interesses do feto indesejado, o qual de certo modo não é seu, e os da mãe agravada por **injusta**, odiosa e infamante violência, que, como tal, repugna à consciência jurídica. Aqui, há bons motivos por reconhecer que, sob certo ponto de vista, seria violência não menor exigir à gestante que, contrariando ou inibindo sentimento de profunda aversão à **injustiça** sofrida, assumisse atitude heroica de, por peregrino amor da vida humana, condescender na continuidade da gestação.

De tudo isso, a propriedade da conclusão de **HELENO CLAUDIO FRAGOSO**, lembrada da douta Procuradoria-Geral da República: “o aborto sentimental (que se realiza em consequência de um crime) não se confunde com o aborto eugênico (conveniência de evitar procriação indesejável) ou com o aborto por indicação social (miséria ou dificuldades econômicas dos pais), que são sempre criminosos perante nossa lei.”⁶⁴

VII. Risco de vida versus risco à saúde (física, psíquica ou social) da mãe: situações distintas.

O argumento de que a gestação de anencéfalo seria perigosa para a mãe⁶⁵ não vem ao caso, porque todas as hipóteses de risco de **vida** à genitora já estão sob o pálio do chamado aborto terapêutico, previsto no art. 128, inc. I, do Código Penal, que, elegendo um entre dois valores jurídicos de igual grandeza sob certos aspectos, autoriza, em vistosa regra de exceção, como tal desde logo insuscetível de alargamento por via hermenêutica, o sacrifício do feto como medida extrema para preservar a vida da mãe. Noutras palavras, eventual gravidez de anencéfalo que represente, em caso concreto, por outra razão médica, associada ou não à anencefalia, risco grave e comprovado à vida materna, nada tem com a espécie, onde apenas se discute se o mero *evento psíquico* do sofrimento da mãe ou vaga possibilidade de complicações da gravidez, sem nenhum

64 Pág. 07 do parecer.

65 Fls. 07.

ADPF 54 / DF

indício de perigo próximo à vida da gestante, justificam por si inferir a existência de legitimação constitucional direta para aborto sem previsão legal. E, como penso ter esclarecido, entendo que não.

Ao refutar a invocação do direito à saúde como fundamento autônomo para o aborto do anencéfalo, já observei, na assentada anterior, que esta alusão *“me leva a pensar na possibilidade de o argumento basear-se no pressuposto de que a gravidez sempre constitua grande risco à vida humana e, portanto, talvez fosse até melhor proibi-la. Seria mais seguro. Não vejo, pois, nenhuma ofensa próxima a direito à saúde”*⁶⁶, até porque, acrescento agora, toda gravidez implica risco teórico à saúde da gestante, mas nem por isso a lei torna lícita a prática de aborto, sem prova de risco concreto e grave, cuja atualização seja capaz de provocar-lhe a morte e só possa evitada mediante esse recurso extremo. Doutro modo, e o absurdo da conclusão mostra o absurdo da premissa, o aborto seria sempre legítimo sob o pretexto do risco meramente hipotético inerente a toda gravidez!

VIII. Competência exclusiva do Congresso Nacional para normatizar a situação-problema. Impropriedade da atuação do STF como ‘legislador positivo’.

Cabe apenas ao legislador, nos limites constitucionais de sua competência, descaracterizar tipicidades e instituir excludentes de punibilidade. Ora, ninguém disputa, como já afirmei, que *“o legislador se eximiu de incluir o caso no rol das hipóteses autorizativas do art. 124 [do Código Penal]”*⁶⁷. Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização normativa, mediante atos lícitos de pressão política. Daí, ter concluído, no voto sobre a questão de ordem, que *“essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já as tem outras e gravíssimas, porque o foro adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais possam ser as diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas. É no Congresso Nacional que se deve debater se a chamada ‘antecipação do parto’, neste caso,*

66 Fls. 96.

67 Fls. 151.

ADPF 54 / DF

deve ser, ou não, considerada excludente de ilicitude."⁶⁸

A solução não cabe nesta via, em primeiro lugar diante da reconhecida impossibilidade de aplicação analógica ou interpretação expansiva de normas limitadoras de excludentes de punibilidade, em restrição ou dano ao alcance da tutela constitucional garantida à dignidade da vida humana. Nesta seara, a interpretação há de ser, antes, ampla e generosa na proteção ao valor supremo do ordenamento jurídico, sobretudo quando, como no caso, eventual mutilação hermenêutica do espectro dessa tutela seria sustentada e imposta para favorecer mero sentimento doloroso doutros seres humanos, como se tal estado psíquico, a que estão sujeitas todas as pessoas, constituísse título jurídico hábil para, sob fundamento de excessiva insuportabilidade, justificar o extermínio da vida de inocentes indefesos.

Não se pode tampouco, em segundo lugar, pedir a esta Corte que, atuando indevidamente como legislador positivo, tenha a ousadia de criar hipótese de exclusão de punibilidade do aborto, ou de desnaturar-lhe a tipicidade, quando carece de legitimidade e competência constitucionais para tanto. Ao propósito, notei:

“A pergunta que suscito é se, como contralegislador - para usar expressão de RUI MEDEIROS -, violando os princípios da separação dos poderes e da interdição do arbítrio, caríssimos ao Estado Democrático de Direito, este Tribunal tem competência para, sob pretexto de que certas normas já não seriam adequadas ao tempo e à evolução científica, ler outra coisa onde as normas não deixam nenhuma dúvida quanto ao seu sentido emergente, o que é mais do que mero sentido literal.”

E a resposta deu-a o Min. **CARLOS VELLOSO**, ao preconizar a inadmissibilidade da ADPF: *“o que se pretende é (...) que o STF estabeleça, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, mais uma causa de exclusão do crime de aborto. (...) No caso, o STF estaria **inovando** no mundo jurídico, vale dizer, estaria **criando** mais uma forma de **exclusão** do crime de aborto (...)*”. E

68

Fls. 154-155.

ADPF 54 / DF

observou, depois, que a estrita regulamentação⁶⁹ que deveria envolver, necessariamente, nova hipótese de exclusão do crime de aborto, “*somente poderia ser feita mediante lei. O STF não poderia, evidentemente, fazê-la, sob pena de substituir-se ao Congresso Nacional.*”⁷⁰.

Não temos, deveras, legitimidade para criar, judicialmente, essa hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em remédio absoluto que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional, responsabilizando-se por *inovação normativa* que a arguente e os adeptos de sua tese sabem muito bem que, na via própria da produção de lei, talvez não fosse adotada pelo Congresso Nacional, como intérprete autorizado dos interesses e das aspirações da maioria silenciosa do povo, que representa!

IX. A impertinência da invocação dos “direitos sexuais e reprodutivos”.

A propagada, porém falsa ideia de que a prática do aborto teria, no caso, relação com o planejamento familiar, com os “*direitos sexuais e reprodutivos*”⁷¹ da mulher, à qual se deveria reconhecer autonomia para livrar-se de gravidez incômoda ou dolorosa, baseia-se numa compreensão distorcida da natureza e do alcance de tais direitos, que são estritos. Para não ir muito longe, de acordo com publicação do Ministério da Saúde, compreendem-se entre eles:

“Direitos reprodutivos

- Direito das pessoas de decidirem, de forma livre e responsável, se querem ou não ter filhos, quantos filhos desejam ter e em que momento de suas vidas.
- Direito a informações, meios, métodos e técnicas para ter ou não ter filhos.

69 Que poderia abranger, segundo S. Exa., a exigência “*da necropsia do feto, a fim de se verificar se foi acertado o diagnóstico.*”

70 Fls. 217.

71 Assim, **Min. JOSÉ GOMES TEMPORÃO**, p. 184 das transcrições; **CLÁUDIA WERNECK**, p. 187 das transcrições, e **LIA ZANOTTA MACHADO**, p. 214 das transcrições.

ADPF 54 / DF

- Direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, imposição e violência.

Direitos sexuais

- Direito de viver e expressar livremente a sexualidade sem violência, discriminações e imposições e com respeito pleno pelo corpo do(a) parceiro(a).
- Direito de escolher o(a) parceiro(a) sexual.
- Direito de viver plenamente a sexualidade sem medo, vergonha, culpa e falsas crenças.
- Direito de viver a sexualidade independentemente de estado civil, idade ou condição física.
- Direito de escolher se quer ou não quer ter relação sexual.
- Direito de expressar livremente sua orientação sexual: heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade, entre outras.
- Direito de ter relação sexual independente da reprodução.
- Direito ao sexo seguro para prevenção da gravidez indesejada e de DST/HIV/AIDS.
- Direito a serviços de saúde que garantam privacidade, sigilo e atendimento de qualidade e sem discriminação.

Direito à informação e à educação sexual e reprodutiva.”⁷²

Ora, pretender conferir a esse rol, que apenas explicita derivações práticas da extensão da liberdade pessoal da mulher, o sentido de reconhecimento da existência de poder absoluto de eliminar a vida

72 Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. “Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais.” Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 04. http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_direitos_sexuais_2006.pdf

ADPF 54 / DF

intrauterina, é, com o devido respeito, insustentável demais, cuja menor consequência fora a completa reificação do conceito, transformado em mero objeto disponível, sem nenhuma dignidade jurídica.

X. Conclusão.

Diante das razões expostas, pesando-me, desta feita, não poder dar razão à douta maioria, julgo totalmente **improcedente** a ADPF.