

JULIANA SÍPOLI COL

**COERÊNCIA, PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E
VINCULAÇÃO À LEI: MÉTODOS E MODELOS**

Dissertação apresentada à Comissão de Pós-Graduação (CPG) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão.

SÃO PAULO
2012

3 ANÁLISE DE CASOS: APLICAÇÃO DOS MÉTODOS E MODELOS

O trabalho com a jurisprudência não é, muitas vezes, tarefa fácil de realizar. Os percalços de iniciativas desse teor são notados pela doutrina jurídica pátria, em especial, a doutrina constitucional, bastante familiarizada com as atividades desenvolvidas pela Corte Suprema brasileira, cujo objeto são demandas de natureza constitucional.

Nesse sentido, entre outras dificuldades na análise das decisões judiciais prolatadas pelo STF e, em especial, no caso de conflito de princípios, está primeiramente a adução de argumentos sem a explicitação das nuances e elementos conducentes à formação da decisão.

A respeito disso, vale citar a consideração de Virgílio Afonso da Silva ao apontar, por exemplo, que em diversas decisões em que o Supremo tenha recorrido à regra da proporcionalidade em casos em que tenha havido a consideração de uma medida como inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito, a posição dos Ministros nem sempre é clara: "Não se sabe. E não há como se saber, visto que o STF não procedeu a nenhum desses exames de forma concreta e isolada. E se não os realizou, *não foi aplicada a regra da proporcionalidade*"²³⁸.

Ainda, muito embora o Supremo Tribunal Federal seja órgão de caráter colegiado, o que se constata com Oscar Vilhena²³⁹ é que

Hoje, o que temos é a somatória de 11 votos (que, em um grande número de casos, já se encontram redigidos antes da discussão em plenário) e não uma decisão da Corte, decorrente de uma robusta discussão entre os Ministros [...] as decisões precisam deixar de ser vistas como uma somatória aritmética de votos díspares. Na realidade, o que o sistema jurídico necessita são decisões que correspondam a um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da Corte. Evidente que sempre deverá haver espaço para votos discordantes e opiniões complementares, mas a maioria deveria ser capaz de produzir uma decisão acordada, um acórdão, que representasse a opinião do Tribunal. Isto daria mais consistência a decisões judiciais de grande impacto político.

Disso se nota a dificuldade em se identificar a decisão efetivamente tomada em meio a argumentos díspares e, mesmo, mediante apontamentos não demonstrados, como acima referido por Virgílio Afonso da Silva, o que dificulta a tarefa de elaboração de um estudo

²³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, a. 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 34.

²³⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 4, v. 2, p. 441-464, São Paulo, jul.-dez. 2008, p. 458.

sobre os casos selecionados e, pode, até mesmo, impelir a uma definição estipulativa do que se deve considerar como a decisão prolatada e quais foram os mecanismos utilizados pelos julgadores, como será preciso fazer-se quanto aos casos selecionados.

Ainda, vale reiterar-se que o estudo volta-se exclusivamente a duas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal em casos de conflito de princípios – embora, como se notará, dotados de muitas discordâncias, inclusive quanto ao próprio reconhecimento do conflito –, não se podendo, por conseguinte, fazer uma apreciação genérica do perfil decisório da Corte senão exclusivamente nesses casos.

3.1 CASO DO ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS (ADPF Nº 54-8/DF)

3.1.1 Questões preliminares

3.1.1.1 Síntese do caso e colocação do problema semântico preliminar

A decisão da Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 54-8/DF²⁴⁰, em que se discutia a possibilidade de permissão de aborto de fetos anencéfalos, fora uma das mais intrincadas da história do Supremo Tribunal Federal (STF), como reconheceram os próprios julgadores do caso, por este envolver, além de um tema de abrangência multidisciplinar, uma questão ética relativa à vida, culminando na própria judicialização desta: a definição, assaz duvidosa, acerca de sua existência ou não, por um tribunal jurisdicional de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

O caso teve início em junho do ano de 2004, quando fora ajuizada a demanda pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), arguindo que o conjunto normativo representado pelos Arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II do CP, vulneraria os preceitos constitucionais do Art. 1º, III (dignidade da pessoa humana); Art. 5º, II (legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e Arts. 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da CF, razão por que a autora pleiteava interpretação conforme a Constituição desses dispositivos do Código Penal, no intuito de obter declaração de inconstitucionalidade da interpretação desses dispositivos como impeditivos da antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF. Min. Relator Marco Aurélio Mello. Julgada em 12.04.2012. Pendente de Publicação.

anencéfalo, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou de qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Em sua postulação, a autora não afirmou categoricamente que fetos anencéfalos não teriam vida, mas sim que não teriam potencialidade de vida extrauterina, razão porque este não seria um caso de aborto – em que o procedimento médico é o responsável por ceifar a vida do nascituro –, mas de antecipação terapêutica do parto, pois a *causa mortis* seria a má-formação congênita e não o procedimento, não se subsumindo, assim, a hipótese ao tipo previsto no Art. 124 do CP, razão pela qual não se deveria criminalizar a conduta da gestante e dos profissionais de saúde que realizassem tal procedimento.

Ainda, a arguente postulava que a permanência de feto anencefálico no útero seria potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e perigo de morte por alto índice de óbitos intrauterinos desses fetos. Dessa maneira, restaria violado o direito à saúde da gestante, tanto do ponto de vista físico, como psicológico (saúde psíquica), uma vez que a autora comparara a gestação de um feto anencéfalo – com potencialidade de vida quase nula – a tortura psicológica da mãe, restando a dignidade desta fulminada, bem como sua liberdade para escolher entre levar a termo a gestação ou antecipar o parto.

Assim, a autora defendia que os direitos fundamentais da gestante não colidem com de outrem, visto que não haveria viabilidade de vida do nascituro. E, embora fosse possível colocar a questão em termos de ponderação de bens ou valores, a rigor técnico, não haveria em sua postulação, necessidade, porque a hipótese não seria de subsunção da situação fática aos dispositivos do Código Penal²⁴¹.

Destarte, pedia concessão de medida cautelar tendo-se em vista a violação aos preceitos fundamentais da dignidade humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde da gestante, em razão de interpretação das normas penais como impeditivas da antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencéfalo; bem como em razão de

²⁴¹ Segundo a arguente, na petição inicial, a discussão jurídica da interrupção da gravidez de feto viável envolveria ponderação de bens supostamente em tensão: potencialidade de vida do nascituro, de um lado, e liberdade e autonomia individuais da gestante, de outro. No caso do feto anencéfalo a arguente postulava a certeza científica de que o feto não teria potencialidade de vida extrauterina. Denotando-se uma interpretação construtiva do Art. 124 do CP, para afastá-lo no caso, pois o tipo penal não se refere a “potencialidade de vida extrauterina”, mas a “vida”. Em construção dissonante seria possível a sua interpretação de que bastaria haver vida intrauterina – o que parece reconhecer no caso a arguente, posto que fala de morte certa, intra ou extrauterina – para o feto ser objeto de tutela penal, independentemente de sua “viabilidade extrauterina” ou do quantum de sobrevivência. Esse foi o entendimento do Ministro Cezar Peluso, conforme se nota em seu voto, de que a seguir se falará.

diversas ações judiciais, muitas vezes inócuas pela morosidade, de gestantes para a obtenção de autorização judicial para a antecipação terapêutica do parto por anencefalia do feto²⁴².

Isso com o intuito de suspender o andamento de processos ou efeitos de decisões que pretendessem aplicar ou tivessem aplicado os dispositivos do Código Penal, nos casos de antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencéfalo; bem como, para que se reconhecesse o direito constitucional da gestante de se submeter ao procedimento referido e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada por médico habilitado a ocorrência da anomalia descrita na ação.

Tal pedido ensejou a concessão de medida liminar por parte do Ministro Marco Aurélio Mello²⁴³ em sede de pedido cautelar, anuindo às arguições da autora, sobrestando os processos em andamento relativos ao tema e reconhecendo o direito constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de antecipação do parto de fetos anencéfalos, a partir de laudo médico atestando a anomalia do feto.

Ou seja, o Ministro Relator, concedeu liminar para suspender a interpretação do Art. 124 do CP que abrangesse a criminalização de aborto de fetos anencéfalos²⁴⁴ (sua interpretação construtiva resultaria na seguinte norma penal: Art. 124⁴: o aborto é proibido, salvo em caso de anencefalia do feto (em linguagem simbólica: $\sim af // O \sim a$; em linguagem natural: proibido abortar se o feto não é anencéfalo ou permitido abortar feto anencéfalo)²⁴⁵.

Entre a concessão de tal medida liminar em julho do ano de 2004 e o mês de outubro do mesmo ano, foram realizados diversos procedimentos de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos com respaldo em tal decisão. No mês de outubro daquele ano, por ocasião do levantamento de questão de ordem (ADPF 54-8QO/DF) pelo Procurador Geral da República com o questionamento sobre a via utilizada, a adequação de arguição de

²⁴² Um dos casos claros das notórias divergências fora o HC nº 84.025-6/RJ, sob relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, referido nesta seção.

²⁴³ A medida liminar não pode ter caráter satisfativo, sob pena de implicar julgamento antecipado do mérito. Por essa razão, a decisão liminar do Ministro Marco Aurélio foi duplamente questionada: tanto por ser medida satisfativa, posto que garantira já ao início da demanda a satisfação da pretensão da arguente; como por implicar, para alguns Ministros da Corte, ativismo judicial, por constituir atividade legislativa por parte de órgão de competência jurisdicional.

²⁴⁴ Essa foi a decisão analisada por Juliano Maranhão em sua tese de livre docência e que pode ser reiterada no voto do Ministro Relator Marco Aurélio prolatado no presente ano tendo-se em vista que seu voto fora no sentido de reiterar a medida liminar concedida. Vide: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Inclusivismo Lógico: uma contribuição à metodologia jurídica*. Tese de livre-docência, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

²⁴⁵ Em conjunção com as demais excludentes do Art. 128 do CP, a leitura resultante seria $O \sim a \rightarrow \sim af \vee \sim m \vee \sim e$ ou $Pa \rightarrow af \vee m \vee e$ (é permitido abortar se o feto é anencéfalo ou a mãe corre risco de morte ou a gestação foi resultante de estupro). Esse é o resultado da decisão do STF na ADPF nº 54-8/DF.

descumprimento de preceito fundamental no caso²⁴⁶; em reunião plenária²⁴⁷, os Ministros do STF decidiram, por maioria – sob o entendimento de não prevalecer em ADPF liminar no sentido de afastar o tipo penal para que se realizasse interrupção de gravidez no caso de anencefalia – revogar a segunda parte da medida liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, em que se reconhecia o direito constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos²⁴⁸⁻²⁴⁹.

Resolvida a questão de ordem em abril do ano de 2005, em decisão da maioria pela adequação da ADPF, foram realizadas quatro audiências públicas entre os meses de agosto e setembro do ano de 2008, nas quais ficou claramente evidenciada a divergência quanto à questão semântica relativa ao feto anencéfalo e a consequente implicação da existência ou não de vida em tais casos.

Segundo alguns dos membros da comunidade científica, além de o feto anencéfalo ter vida, defendiam que não seria meramente orgânica, mas que esse feto seria portador de sensações, dores e consciência; já outros consideraram-no “natimorto cerebral”, a despeito da reconhecida manifestação vital, ao menos orgânica, intrauterina.

Também se patenteou a divergência sobre a abrangência semântica do termo anencefalia. Diversos médicos reiteraram a necessidade de entendimento do termo em sentido não literal tendo-se em vista a etimologia, que induziria a conclusão incorreta de “ausência de cérebro”, quando o caso seria de ausência de fechamento da calota craniana ou dos hemisférios cerebrais, havendo, contudo, demais componentes do que se entende por

²⁴⁶ O que o representante do Ministério Público questionava é se a ADPF servia para se buscar “interpretação conforme”, uma vez que entendia que os Arts. 124, 126 e 128 do Código Penal se caracterizavam por univocidade de conteúdo e alcance, traduzida na criminalização e apenamento de toda prática abortiva que não as expressamente ressalvadas pelos incisos I e II do art. 128 do Código Penal.

²⁴⁷ Como o Tribunal encontrava-se em férias coletivas quando do pedido liminar, o Ministro Relator julgou a medida cautelar sob o dever de submetê-la posteriormente ao plenário, consoante ditames do Regimento Interno do STF.

²⁴⁸ Na ocasião, portanto, entendeu-se pela subsunção da hipótese ao tipo penal constante dos Arts. 124 e 126 do CP até que não houvesse decisão de mérito.

²⁴⁹ Em sede de questão de ordem o então Ministro Eros Grau questionou a segunda parte da medida liminar concedida pelo Relator, a qual não fora referendada pelo plenário, por entendê-la como “autorizando a prática de uma terceira modalidade de aborto não prevista na Constituição”, dado seu entendimento de que se tratava de “liminar satisfativa que, durante quatro meses, permitiu que – como se a lei tivesse sido reescrita, como se o Código Penal tivesse sido reescrito pela Corte, como legislador positivo – permitiu que uma terceira modalidade de aborto passasse a ser admitida”. No mesmo sentido posicionou-se o Ministro Cezar Peluso ao asseverar que “A simples leitura dos termos da petição inicial evidencia que esta pretende criar uma *excludente de ilicitude* contra a clareza do sentido emergente de um conjunto de normas que jamais provocaram, até hoje, dúvida alguma de interpretação, tanto na doutrina, como na da jurisprudência”. Os Ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso ratificaram o entendimento. Igualmente, o Ministro Gilmar Mendes cogitou dessa hipótese. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF. Min. Relator Marco Aurélio Mello. Julgada em 27.04.2005, D.J. 31.08.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 19 mar. 2012, p. 85 e 98.

encéfalo, a começar pelo tubo neural que, para alguns dos amigos da corte, propiciaria não apenas a vida vegetativa como também percepções sensoriais e emocionais, embora não passíveis de expressão.

Igualmente se constaram profundas divergências, todas com respaldo em dados e registros científicos, quanto à efetividade de riscos maiores à gestante em caso de gravidez de fetos anencéfalos: parte da comunidade médica afirmou categoricamente que haveria riscos potencializados, outros disseram que não seriam agravados em relação aos riscos normais de uma gestação comum e que seriam até menores do que em gestação gemelar²⁵⁰.

No mesmo sentido, houve dissenso sobre a existência ou não de atividade cerebral em fetos anencéfalos: alguns pesquisadores disseram não ser possível se constatar atividade cerebral pela impossibilidade de se fazer exame de eletroencefalograma; outros, além de considerarem possível tal exame, fizeram referência a registros de pesquisas norte-americanas com fetos anencéfalos que sobreviveram, em que a atividade cerebral fora constatada.

A própria existência ou não de vida em caso de feto anencéfalo foi um dos pontos de profunda discordância. O caso Marcela, de uma criança diagnosticada com anencefalia que (sobre)viveu durante um ano e oito meses, é altamente emblemático acerca dessa divergência: os *amici curiae* que se manifestaram contrariamente à antecipação terapêutica do parto, usavam o caso de Marcela, como exemplo da equivocidade da tese de que seriam nulas as chances de sobrevivência de um anencéfalo, o que fora fundamento dos defensores da antecipação do parto nesses casos, já que estes arguíam que o caso de Marcela não seria de anencefalia, mas fora um erro de diagnóstico.

Como notou o Ministro Cezar Peluso, isso demonstrara a delicadeza da questão, pois os defensores da antecipação arguíam que não haveria erro médico na matéria e, ao mesmo tempo, para defender uma de suas teses, da impossibilidade de sobrevivência, minavam a outra, reconhecendo um caso de erro médico.

Inclusive, a determinação ou entendimento acerca da existência ou não de vida em fetos anencéfalos – questão que transcende a perspectiva estritamente semântica, abrangendo um campo multidisciplinar – fora fator decisivo no posicionamento dos *amici curiae* e dos próprios Ministros do STF em suas deliberações sobre a procedência – pela permissão da

²⁵⁰ Segundo informação de Doutor Dernival da Silva Brandão (médico Especialista em Ginecologia e Obstetria; Especialista em Medicina do Trabalho pela PUC do Rio de Janeiro; membro titular da Academia Fluminense de Medicina e presidente da Comissão de Ética e Cidadania da Academia Fluminense de Medicina) prestada na terceira audiência pública na data de 04 de setembro de 2008, consoante notas taquigráficas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF. Notas taquigráficas da Audiência Pública de 04 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_4908.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2012.

antecipação do parto de anencéfalo como hipótese que não se subsume ao crime de aborto ou, ao menos, da subsunção em uma das excludentes do Art. 128 do CP, quando do entendimento da existência de vida – ou não da ADPF.

Ou seja, os Ministros que entenderam que o anencéfalo não é ser dotado de vida votaram no sentido do Ministro relator pela procedência da ADPF, por entenderem que não havendo vida, não se tratava do tipo penal descrito no Art. 124 do CP e, por sua não subsunção, seria conduta permitida.

Embora reconhecesse a existência de vida, o Ministro Gilmar Mendes entendia o caso como de terceira hipótese de excludente de ilicitude, ainda não explicitada no Código Penal. Já os demais Ministros, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que entenderam haver vida no caso de feto anencéfalo, votaram pela improcedência da demanda pelo entendimento de que, havendo vida, o feto seria sujeito passivo do crime de aborto, embora as fundamentações de ambos sejam diferenciáveis.

3.1.1.2 Síntese dos votos dos julgadores

No lapso entre o começo do processo em 17 de junho de 2004 e a sessão plenária de seu julgamento nos dias 11 e 12 de abril de 2012, a estrutura e perfil da Corte Suprema mudaram substancialmente. Dos onze ministros inicialmente presentes – Marco Aurélio Mello, Celso de Mello, Eros Grau, Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Gilmar Mendes –, apenas seis permaneceram na Corte: Marco Aurélio, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

Entre o julgamento da questão de ordem no ano de 2004, em que alguns dos Ministros já demonstravam suas posições e o julgamento definitivo em 2012, pode-se notar a divergência entre os Ministros que se afastaram da Corte e os que os sucederam, tal como ocorrera em que relação à sucessão na Procuradoria Geral da República, uma vez que o Procurador em exercício quando do ajuizamento da demanda opinara por sua total improcedência e, o Procurador em exercício, quando do julgamento de mérito da Corte em 2012, opinou por sua total procedência.

No julgamento em plenário, dos onze Ministros da Corte, nove prolataram seus votos, tendo o Ministro Dias Toffoli se absterido, uma vez que atuara como Advogado Geral da

União quando do ajuizamento da ADPF nº 54-8/DF, ocasião em que se pronunciara pela procedência da demanda.

Já o Ministro Joaquim Barbosa, embora não tenha manifestado seus argumentos perante o plenário, corroborou integralmente sua decisão anteriormente tomada em medida liminar no HC 84.025-6/RJ²⁵¹ em que se pleiteava a autorização judicial para antecipação de parto de feto anencéfalo, já levado à apreciação do STF, mas não julgado uma vez que a gestação do feto chegou a termo antes do julgamento pelo plenário, ficando, portanto, o julgamento prejudicado por tal fato superveniente.

Esse caso revela a grande celeuma sobre o tema. Inicialmente, a paciente do *habeas corpus* impetrado perante o STF, ajuizou por meio da Defensoria Pública do Rio de Janeiro pedido de autorização judicial para a realização de aborto, tendo em vista o diagnóstico de anencefalia do feto que gestava. Em primeira instância, o juízo indeferiu liminarmente o pedido sob o fundamento de falta de previsão legal, uma vez que a hipótese não estaria no rol de excludentes de ilicitude previstas no Art. 128 do CP.

Foi interposto recurso de apelação, distribuído à Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Na ocasião, em 19 de novembro do ano de 2003, a desembargadora relatora concedeu a medida liminar, autorizando a interrupção da gravidez, sob o entendimento de que, embora houvesse vida em curso, esta estaria fadada ao óbito e a vida deveria ser ponderada com o sofrimento e angústia da mãe.

O fato fora noticiado pela mídia e desembargadores aposentados, como advogados, com fundamento no direito de petição (Art. 5º, XXXV da CF), interpuseram agravo regimental à Segunda Câmara, cujo presidente suspendeu a decisão da relatora em 21 de novembro de 2003 e, dois dias depois, o agravo regimental foi desprovido e a decisão liminar autorizando o aborto foi mantida; tendo já no dia 21 do mesmo mês e ano, a Associação Pró-vida impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) um *habeas corpus* para desconstituir a decisão monocrática da desembargadora do TJRJ, que fora confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como referido.

O feito no STJ foi distribuído à Ministra Laurita Vaz que, no mesmo dia 25 de novembro de 2003 – quando a decisão liminar da desembargadora pela autorização da interrupção da gravidez foi confirmada pelo TJRJ – concedeu liminar em sentido contrário:

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ. Ministro Relator Joaquim Barbosa. Julgado em 04.03.2004. D.J. 25.06.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 21 out. 2011.

para sustar a decisão do TJRJ até apreciação final do *habeas corpus* pela Quinta Turma do STJ.

Após diligências e recesso forense, já em 18 de abril de 2004, o STJ julgou o *habeas corpus* indeferindo o pedido de interrupção de gravidez sob fundamento de falta de previsão legal e de impossibilidade, no caso, de interpretação extensiva ou analogia *in malam partem* em relação ao feto.

E, ante tal decisão, entidades sociais impetram o *Habeas Corpus* distribuído perante o Supremo Tribunal Federal (STF) sob nº 84.025-6/RJ²⁵², sob relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, alegando coação por parte do STJ à necessidade de tutela à liberdade, saúde física e mental e à dignidade humana da gestante e pedindo a cassação do acórdão do STJ para autorizar a paciente à realização da antecipação do parto.

Já em 04 de março de 2004, o Ministro Joaquim Barbosa posicionou-se no sentido de que a decisão do STJ não reconheceria os direitos da gestante, dando atenção exclusiva aos do nascituro, o que evidenciara o constrangimento da decisão à gestante. O Ministro reconheceu o conflito de princípios, admitindo o direito à vida em sentido amplo do feto e sua contraposição com a liberdade e a autonomia privada da mulher, concluindo pela prevalência da dignidade desta, do que se infere que aquelas, liberdade e autonomia, são, para o Ministro, decorrência da dignidade.

Até mesmo porque, embora reconhecesse a vida do feto anencéfalo, entendia o Ministro que seria apenas vida biológica, distinguindo entre feto em pleno desenvolvimento, biologicamente morto e biologicamente vivo, mas juridicamente morto. Este último seria, para ele, o caso do anencéfalo, e, portanto, ele não estaria tutelado pelo Direito Penal, posto que a tutela seria apenas para o primeiro caso.

Assim, para o Ministro, desde a concepção até a constatação de anencefalia, o feto seria merecedor de tutela penal, mas, a partir do diagnóstico de anencefalia, embora continuasse biologicamente vivo não mais estaria amparado pelo Art. 124 do CP, de modo que, no entender do Ministro Joaquim Barbosa, a conduta de antecipação do parto de anencéfalos não se subsumiria a esse tipo penal, sendo, pois, atípica.

Nesse sentido, o Ministro arguiu que o objeto jurídico tutelado pelos Arts. 124, 126 e 128 do CP seria, de um lado a preservação de uma vida potencial, e de outro, a incolumidade

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 84.025-6/RJ. Min. Relator: Joaquim Barbosa. Julgado em 04.03.2004. D.J. 25.06.2004, p. 04. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 21 out. 2011.

da gestação. No caso de feto anencéfalo, o Ministro afastou a potencialidade de vida, alegando haver impossibilidade de sobrevivência do feto anencéfalo fora do útero materno.

Assim, o Ministro remeteu às causas de exclusão de ilicitude, constitutivas das duas exceções à regra do Art. 124 do CP: o caso de aborto necessário, em que a vida da mãe está em perigo (Art. 128, I); e a hipótese de aborto sentimental, em que, em sua concepção, a honra da mãe seria violada tornando insustentável a manutenção da gravidez (art. 128, II). Nesses casos, o Ministro reiterou que a norma penal chancela a liberdade da mulher, não incriminando sua conduta.

Partindo desse raciocínio, o Ministro entendeu que, em casos de anencefalia, uma interpretação que tipificasse a conduta como aborto (Art. 124 do CP) seria desproporcional em comparação à tutela legal da autonomia privada da mulher de escolher manter ou interromper a gravidez nos casos citados de exclusão de ilicitude, o que seria especialmente desproporcional, porque nesses casos há interrupção de gestação de feto cuja vida extrauterina é plenamente viável, diferente do anencéfalo.

Então, em um raciocínio coerentista, tendo em vista a ponderação do legislador penal, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu ser incoerente chancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso de aborto terapêutico e sentimental e vedar a liberdade de escolha em casos de má-formação fetal gravíssima, como a anencefalia, até porque neste caso não haveria, para ele, real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica, mas clara prevalência da dignidade da mulher, já que a vida do anencéfalo não seria passível de tutela jurídica.

Assim, em seu voto (corroborado no julgamento da ADPF nº 54-8/DF), o Ministro Joaquim Barbosa concedeu a ordem para cassar a decisão do STJ, e permitir à paciente a antecipação do parto do feto anencéfalo. Não obstante, o plenário do STF não chegou a julgar o mérito do feito, uma vez que, dada a morosidade no julgamento – e as divergências nas diversas instâncias – a gravidez da paciente chegara naturalmente a termo e a criança já havia morrido.

Com isso, ensejou-se o ajuizamento em junho do mesmo ano de 2004 da ADPF nº 54-8/DF permitindo-se decisão *erga omnes*, cujo mérito, finalmente, fora julgado apenas no presente ano, conforme votos a seguir ainda pendentes de publicação, mas divulgados nas sessões plenárias dos dias 11 e 12 de abril de 2012, sob transmissão ao vivo pelo canal TV Justiça.

3.1.1.2.1 Voto do Ministro Marco Aurélio Mello

O voto do Ministro Relator Marco Aurélio, no mérito, seguiu-se sem alterações em relação à medida liminar por ele concedida e a suas manifestações já em sede de audiências públicas, no sentido de julgar procedente a demanda para o fim de declarar a permissão de aborto de fetos anencéfalos por interpretação conforme a Constituição, sobretudo em relação ao Art. 1º, III da CF em que se prevê o princípio da dignidade humana.

Em sua linha de argumentação, o Ministro salientou reiteradamente que o Estado brasileiro é laico e, portanto, que não se deveria haver ingerência religiosa em assuntos do Estado²⁵³, tendo este como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, a proteção da autonomia e a saúde.

O Ministro partiu da premissa de que o feto anencéfalo é destituído de atividade cerebral, de consciência, de cognição, de afetividade e vida relacional, considerando-o como “morto cerebral”; o que o levou ao entendimento de que, no caso, não havia real colisão de direitos fundamentais, mas apenas conflito aparente, visto não reconhecer vida no feto anencefálico – sequer reconheceria potencialidade de vida –, e sim a dignidade da gestante.

E, como entendeu que o anencéfalo não teria vida, concluiu que a conduta de interromper a gravidez de feto anencéfalo é atípica, não se subsumindo, pois, ao conjunto típico dos Arts. 124, 126 e 128, I e II do CP, visto que o crime de aborto voltar-se-ia à tutela de vida potencial e, no caso de anencéfalo, em seu entender, não haveria vida possível. Assim, seria caso de antecipação terapêutica do parto, como alegara a arguente na inicial, o que se distinguiria de aborto.

Nesse sentido, o Ministro traçou a comparação, a ser posteriormente reiterada (item 3.1.2.3), entre a situação da norma permissiva (Art. 128, II do CP), em caso de estupro, em que é permitido o aborto ainda que o feto seja plenamente viável, em razão do princípio da dignidade da gestante violada; e o caso de gestação de feto anencéfalo, em que seria, para o Ministro, ilógico que se protegesse um feto sem potencialidade de vida por tipo penal que tutela a vida, quando esta é excepcionada em caso de colisão com a dignidade da mãe.

Assim, no caso referido de aborto sentimental, o Ministro reitera que o legislador já ponderara entre o direito à vida do feto (viável) e a dignidade da mãe violada, adotando o tipo

²⁵³ Segundo o Ministro Marco Aurélio, concepções morais e religiosas não podem guiar as decisões estatais. Inclusive sua ênfase ao assunto levou a questionamentos – dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello –, ainda que não críticos ou efetivamente explícitos, se a oitiva de entidades religiosas em audiências públicas foi mesmo observada, senão apenas permitida *pro forma*.

permissivo do art. 128, II do CP como caso de aborto ético ou humanitário, sem que tivesse havido até então questionamento sobre a constitucionalidade desse dispositivo.

Também reiterou não ser o direito à vida absoluto e, ao cotejar as penas de crimes contra a vida nos casos de homicídio (Art. 121 do CP) e infanticídio (art. 123 do CP) registrou que tais normas demonstrariam que o direito à vida sofre variações, com proteção mais ampla à medida que ocorre o desenvolvimento.

Assim, o embrião seria, a seu ver, ser humano, mas não pessoa, não sendo passível da mesma tutela que a mãe. E, no caso de anencéfalos, entendeu que, ainda que tivessem vida – embora discordasse dessa premissa – se a ponderação do legislador entre a vida do feto saudável e a dignidade ou vida da mulher, preponderando os últimos princípios, fora feita, com maior razão no caso de anencéfalos que, para Marco Aurélio, não têm vida ou, tendo-a, seria considerada de “menor valor” do que de um feto viável, a dignidade e liberdade da mulher prevaleceriam.

Desse modo, respaldado em dados coletados em sede de audiências públicas, apesar das divergências nelas constatadas, o Ministro fundamentou seu voto alegando que a interpretação da antecipação do parto de anencéfalo como aborto violaria o direito à saúde, pois a gestação desses fetos envolveria maiores riscos à gestante, bem como pelas consequências psicológicas dramáticas que lhe acarretaria e pelo risco de intercorrências na gestação; ainda, atingiria os direitos humanos, abrangendo os direitos sexuais e reprodutivos, não sendo lícito ao Estado imiscuir-se na intimidade da mulher, comparando a obrigatoriedade desta de manter a gestação de anencéfalo a situação de tortura.

Concluiu, assim, que o feto anencéfalo não seria detentor de direito à vida e, se nele houvesse vida, esta cederia aos direitos da gestante, com base nos Arts. 1º, III; 5º, *caput* e incisos II, III e X; e Art. 6º, *caput*, todos da CF. Por tal razão, seria direito da mulher decidir sobre a manutenção da gestação ou antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo. Destarte, o Ministro julgou procedente a demanda declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção de gravidez de anencéfalos é conduta típica.

3.1.1.2.2 Voto da Ministra Rosa Maria Weber

A Ministra Rosa Maria Weber passou a integrar o STF em dezembro do ano de 2011, tendo sucedido à Ministra Ellen Gracie que, em sede de julgamento de questão de ordem (ADPF nº 54-8 QO/DF) mostrava-se propensa a julgar improcedente a ADPF – no sentido do

Ministro Ricardo Lewandowski, consoante a seguir explanado –, diferentemente de Rosa Maria Weber, que a julgou procedente seguindo o Ministro Relator.

A Ministra Rosa Maria partiu da questão semântica sobre o conceito de vida sob a perspectiva do Direito, salientando, tal como o Ministro Relator que, ao tipificar os crimes contra a vida, fez-se no Código Penal brasileiro gradação na importância da vida em diferentes tipos penais, cujo bem tutelado é a vida, mas com cominações diversas de penas, exemplificado inclusive que lesão corporal grave (em que o bem tutelado é a integridade física) tem pena maior do que o crime de aborto.

Também se reportou ao Art. 128, II do CP em que o estupro é considerado como causa excludente de ilicitude denotando que o direito à vida não é valor único e absoluto. Não obstante, salientou que para o Direito Penal só há aborto se houver vida, embora não se defina esta e, por raciocínio *a contrario* concluiu que, se a Lei nº 9.434/2007, ao regulamentar a doação de órgãos e tecidos humanos, definiu em seu Art. 3º morte como morte encefálica, entendeu ser vida a atividade cerebral não restrita à vida orgânica, mas à consciência, socialidade e capacidade de resposta.

A partir disso, a Ministra concluiu que, sendo a anencefalia incompatível com a ideia de vida defendida pelo Direito, a antecipação terapêutica do parto de anencéfalo seria fato atípico, não se subsumindo ao crime de aborto; e a interpretação em sentido contrário seria violação à liberdade de escolha da mulher e à sua dignidade, reiterando, assim, a decisão do Ministro Relator.

3.1.1.2.3 Voto do Ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux também passou a integrar a Corte no ano de 2011, tendo sucedido ao Ministro aposentado Eros Grau, cuja orientação em manifestação no julgamento da questão de ordem²⁵⁴ (ADPF nº 54-8 QO/DF) era aparentemente no sentido de julgar improcedente o pedido da arguente.

²⁵⁴ Na ocasião, o Ministro Eros grau manifestou-se dizendo que a liminar do Ministro Marco Aurélio era “uma liminar da vida, mas contra a vida, pelo menos contra a vida reconhecida pelo artigo 2º do Código Civil”, o que denota seu reconhecimento da vida do feto anencéfalo, orientando-se aparentemente pela subsunção da conduta de antecipar seu parto ao aborto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF. Min. Relator Marco Aurélio Mello. Julgada em 27.04.2005. D.J. 31.08.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 19 mar. 2012, p. 85.

Já o Ministro Luiz Fux entendeu que o feto anencéfalo seria incapaz de sentir e ser consciente e não se justificaria a criminalização da conduta da mulher em tal caso, visto que até mesmo em situação em que o feto é considerado sadio, o legislador realizou a ponderação de princípios (vida do feto X dignidade da mãe), fazendo preponderar a dignidade da mulher (Art. 128, II do CP).

Assim, para Luiz Fux, permitir o aborto sentimental em caso de feto sadio e negá-lo em caso de feto anencéfalo considerando-se a conduta da mãe como crime, seria desproporcionalidade até mesmo em se considerando a violação de sua dignidade e de sua saúde psíquica.

Razão pela qual o Ministro, na esteira do Relator, votou pela procedência da ADPF para conferir interpretação conforme à Constituição dos dispositivos penais, de modo a que a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos não se subsumisse ao delito de aborto.

3.1.1.2.4 Voto da Ministra Carmen Lúcia

Em seu voto, a Ministra Cármen partiu da premissa de que a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos não seria caso de aborto e, com maior razão, tampouco de aborto eugênico. Pautando-se sua decisão no direito à vida, à liberdade e à responsabilidade da mulher.

A Ministra concluiu que deveria prevalecer a liberdade de escolha da mulher, analogamente à excludente do Art. 128, I do CP em que o aborto necessário é causa excludente como resultado da ponderação do legislador fazendo prevalecer a saúde da mãe em detrimento da vida do nascituro. A Ministra, em interpretação construtiva, asseverou que no caso de anencéfalo também se haveria de tutelar a saúde psíquica da mãe, tal como no dispositivo citado há a tutela de sua saúde física.

Assim, julgou procedente a ADPF acolhendo os fundamentos da arguente e entendendo que a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico não se subsume à conduta típica do aborto.

3.1.1.2.5 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Pode-se considerar que o princípio da separação de poderes é dos principais fundamentos para o julgamento improcedente da ADPF nº 54-8/DF por parte do Ministro

Ricardo Lewandowski. Em seu voto, o Ministro reconheceu o conflito entre direito à vida do nascituro e o direito à vida e a incolumidade física da gestante, mas entendeu que a conduta desta no caso de antecipação de parto de anencéfalos seria típica não se podendo cogitar de excludente de ilicitude no caso.

Destarte, entendeu que a conduta de antecipar o parto de feto anencéfalo subsume-se à conduta típica de aborto, uma vez que o legislador criara duas hipóteses explícitas e taxativas, já pressuposta a prática de aborto por médico: o caso de aborto necessário (Art. 128, I do CP) e o caso de aborto sentimental (Art. 128, II do CP), não tendo excluído também a punibilidade no caso de aborto de feto mal formado, tendo-o considerado típico.

Assim, o Ministro afastou o argumento da arguente de que o Código Penal não teria inserido a excludente devido à sua vetustez, uma vez que, para Lewandowski, se fosse o caso de fazer a inserção, o legislador penal já a teria feito, por exemplo, quando da reforma da parte geral do Código no ano de 1984, quando já havia técnicas suficientes para se diagnosticar a anencefalia e, no entanto, os parlamentares não mudaram a lei penal.

Segundo o Ministro, embora a interpretação conforme a Constituição fosse preferível à declaração de inconstitucionalidade – pela presunção de conformação do legislador aos ditames constitucionais –, a interpretação conforme, requerida pela arguente, teria como limites não se afrontar a literal expressão da lei, não contrariar a vontade manifesta do legislador e, com maior razão, não se substituir a ele.

A esse respeito, o Ministro salientou que a alteração de conteúdos normativos é tarefa do legislador e não do Tribunal Constitucional e, por conseguinte, o STF só poderia exercer papel de legislador negativo e não positivo, usurpando competência alheia a suas atribuições. E, no caso, entendeu que a legislação penal não admitia ampliação das hipóteses de aborto autorizado, em razão da clareza de seu enunciado.

O Ministro ainda citou projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, um dos quais para incluir no Art. 128 do CP a anencefalia como outra hipótese de excludente, apontando que o legislador não se encorajara a resolver a questão e não seria lícito submetê-la à Corte Constitucional no intuito de que esta se substituísse ao legislador, pela elaboração de norma abstrata autorizadora do aborto dito terapêutico em caso de suposta anencefalia fetal, como entende ter sido a pretensão da arguente.

Assim, o Ministro entendeu que a pretensão da autora era de se criar outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que lhe parecera pior, uma hipótese de exclusão de ilicitude – o que é mesmo o entendimento da arguente ao postular que não há vida e, portanto, a antecipação terapêutica do parto não subsumiria ao crime de aborto. Portanto, o Ministro do

Ricardo Lewandowski julgou improcedente a demanda, por entender que o feto anencéfalo tem vida e que a antecipação de parto se subsume ao crime de aborto.

3.1.1.2.6 Voto do Ministro Carlos Ayres Britto

O Ministro Carlos Ayres Britto alinhou-se ao entendimento do Ministro Relator no sentido de que não haveria vida no feto anencéfalo e, portanto, a antecipação terapêutica do parto de anencéfalo seria conduta permitida, posto que atípica.

Segundo o Ministro, os dispositivos penais discutidos na demanda seriam polissêmicos e, por conseguinte, admitiriam diversas interpretações, levantando três delas como defensáveis. A primeira seria de que a antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo seria crime sob o fundamento de que o início da vida humana dá-se na concepção e, portanto, bastaria para a criminalização do aborto a conduta provocada ou consentida com o intuito de impedir que um feto viesse a concluir todo o ciclo da formação humana, ainda que a vida humana se encontrasse em estado latente.

Tanto assim, que se refere ao Código Civil (CC) brasileiro que, para fins de sucessão hereditária, põe a salvo os direitos do nascituro (art. 2º do CC), bem como ao Pacto de São José da Costa Rica, cujo Art. 4º, nº I assegura o direito à vida a partir do momento da concepção.

A segunda interpretação plausível seria de que não há crime de aborto em caso de “natimorto cerebral”, por “inviabilidade vital”, o que seria o caso de feto anencéfalo segundo a resolução nº 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina. Entendendo-se que, no caso, não haveria um ser humano, até porque, se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital, aquela vedação penal já não teria como permanecer.

Desse modo, a interrupção da gravidez de anencéfalo seria aborto apenas em linguagem coloquial, mas não em linguagem jurídica. Conforme essa interpretação também valeria o raciocínio *a contrario*, já que consoante o Art. 3º da Lei nº 9.434/97 há correlação entre morte encefálica e cessação da vida humana, o que teria inspirado o Conselho Federal de Medicina a dispor que os anencéfalos teriam inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro – apesar de ser essa a etimologia da palavra, as audiências públicas apresentaram as divergências quanto à amplitude semântica do termo, como já descrito.

Finalmente, a terceira interpretação possível seria de que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo é fato típico, mas sem configurar prática penalmente punível, tendo como razão para sua despenalização o abalo psíquico e a dor moral da gestante. Aplicar-se-ia ainda o brocardo latino *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, a se traduzir na fórmula de que onde existe a mesma razão decisiva prevalece a mesma regra de Direito.

Partindo dessa colocação, embora sob o entendimento de que o feto anencéfalo é destituído de vida, expõe que no caso de anencefalia a razão seria a mesma do caso de estupro em que há a excludente do Art. 128, II do CP, já que neste caso o que se tutela é a dignidade da pessoa humana, pois corresponderia a tortura compelir a mulher a levar a cabo uma gestação resultante de violência sexual.

Também no caso da gestação de feto anencéfalo, entendeu o Ministro que a gestante sofre abalo psíquico-moral que equivaleria à tortura, por saber que o feto inevitavelmente morrerá, o que lhe causa tortura psicológica semelhante ao caso de estupro, violando-lhe a dignidade, razão porque também se justificaria a excludente no caso de antecipação de parto de feto anencéfalo, em raciocínio coerente com o do legislador penal.

Logo, como o Ministro Ayres Britto entende que o feto anencéfalo, por ser destituído dos hemisférios cerebrais não tem sensação, percepção e sequer potencialidade vital, se a antecipação do parto fosse considerada crime, não seria para ele prática penalmente punível, uma vez que a dignidade da gestante supera a potencialidade de vida do feto, de que sequer cogita. Mas, concluiu que se tratava de caso de atipicidade da conduta, uma vez que não se poderia dar ao conjunto normativo do Código Penal caracterização do direito de escolha da gestante como aborto.

Deste modo, o Ministro julgou procedente o pedido da inicial para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção de gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada pelo conjunto dos Arts. 124, 126 e 128, I e II do CP.

3.1.1.2.7 Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes também se posicionou favoravelmente à arguição, julgando-a procedente, mas em sentido diverso dos demais Ministros, visto que Gilmar Mendes entendeu a antecipação de parto como uma terceira causa excludente de ilicitude.

Ao invocar o direito comparado, referiu-se ao fato de que em diversos países europeus a antecipação do parto em caso de anencéfalos é considerada como conduta atípica, recebendo a devida regulamentação sobre diagnóstico e procedimentos para essa antecipação.

O Ministro apontou o dissenso sobre a necessidade de se conferir tutela jurídica ao feto anencéfalo, o qual pode nascer com vida, com maior ou menor duração. Por esta razão, entendeu que a antecipação de parto de feto anencéfalo, a rigor, seria um caso de aborto e que não se poderia invocar o princípio da dignidade da pessoa humana como justificativa para o aborto nesse caso, até porque o nascituro também está protegido pela cláusula constitucional que prevê a dignidade humana (Art. 1º, III da CF).

Dessa forma, como o feto anencéfalo pode nascer com vida, a antecipação do parto seria figura típica. E segundo Gilmar Mendes, o legislador penal ao estabelecer em 1940 as duas hipóteses de aborto permitido, o aborto necessário ou terapêutico em caso de estado de necessidade (em que a vida e saúde física da mãe preponderam); e em caso de estupro, em que se tutela a saúde psíquica da mulher, deixando-se, apesar da viabilidade do feto, a escolha à gestante, teria estabelecido o norte interpretativo para as excludentes: o estado de necessidade; e a inexigibilidade de conduta diversa.

O caso de gestação de feto anencéfalo, para o Ministro, não teria, rigorosamente, analogia com as hipóteses de aborto permitido, uma vez que, quanto à primeira, embora a gestação de feto anencéfalo trouxesse riscos adicionais e consideráveis à mulher, esses riscos não atingiriam a gravidade referida no Art. 128, I do CP – que trata de risco de morte, não se subsumindo a este tipo permissivo.

No que diz respeito aos danos psíquicos à mulher em caso de gestação de feto anencéfalo, o Ministro reconheceu uma estrutura lógica semelhante ao Art. 128, II do CP, mas entendeu haver uma distinção relevante de que, neste caso o feto é saudável e, no caso de anencéfalo, embora entenda estar vivo, não lhe reconhece potencialidade de sobrevivência.

No entanto, embora não reconheça que a antecipação de parto nos casos de gravidez de anencéfalo se subsuma às excludentes do Art. 128 do CP, o Ministro Gilmar Mendes salienta que a lei não pode ficar inflexível e presa à sua gênese, podendo o juiz adaptar a lei aos novos aspectos da evolução social. Sendo que, no caso, o caminho para que a Corte construísse uma solução legítima poderia ser extraído da própria opção do legislador que expressou valores e bens jurídicos atingidos (art. 128 I e II), tendo efetuado a ponderação.

Assim, embora não se reconheça a primeira hipótese, pois no aborto de anencéfalo há risco à saúde física da mãe, mas não de morte; no entanto, há diagnóstico que gera certeza de

que feto não sobreviverá mais do que algumas horas, o que implicaria à gestante grave dano psíquico, embora este tampouco se comparasse ao dano no caso de estupro.

Não obstante, o Ministro entende que o aborto de fetos anencéfalos está compreendido entre as cláusulas excludentes de ilicitude (art. 128 do CP), embora sua não inserção expressa devesse-se a omissão legislativa não condizente com o espírito do Código Penal e da Constituição Federal, não sendo, pois, razoável impor à mulher o ônus de levar a cabo a gravidez, o que entende como tortura psíquica e violação à sua livre escolha, por falta de modelo institucional adequado para resolver a questão.

Logo, tal como no direito comparado, o Ministro sugeriu em sua decisão que se impusesse ao Ministério da Saúde o dever de editar normas específicas sobre o diagnóstico de anencefalia e sobre realização de procedimento de antecipação do parto de anencéfalos. Concluindo ser lícito ao STF atualizar o conteúdo normativo do Art. 128 do CP – o que, para ele não implicaria atuação legislativa sobre o tema, em clara divergência ao entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski – incluindo nas hipóteses do Art. 128 do CP, portanto como uma terceira hipótese, a anencefalia do feto, julgando procedente a ADPF para dar ao conjunto normativo do Código Penal interpretação conforme a Constituição com efeitos aditivos.

3.1.1.2.8 Voto do Ministro Celso de Mello

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello, que considera o caso como um dos mais emblemáticos do STF, invoca a jurisprudência internacional, o direito comparado, a doutrina pátria e normas de Direito Internacional relativas a direitos humanos como fundamentação para sua decisão de procedência da ADPF.

O Ministro parte da premissa de que o feto anencéfalo não tem vida e, por conseguinte, não haveria justificativa para se sacrificar direitos fundamentais da dignidade, liberdade e saúde da gestante. Assim, entende Celso de Mello que a antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo não se subsume ao conceito normativo de aborto e, ainda que se entendesse diversamente, haveria exclusão de tipicidade penal ou inexigibilidade de conduta diversa, excluindo-se aqui a culpabilidade.

A não subsunção também decorreria do fato de que, não tendo vida, haveria impropriedade absoluta do objeto sobre o qual incide a ação, até mesmo em razão da Resolução nº 1752 do Conselho Federal de Medicina que considera o anencéfalo “natimorto

cerebral”, sem viabilidade e autonomia existencial em ambiente extrauterino, o que implicaria atipicidade penal da conduta da gestante e de quem a auxiliasse nesse procedimento de antecipação terapêutica de parto. Assim, seria inadequado o uso da terminologia “aborto” para interrupção de gravidez de anencéfalo, pois neste caso o feto não teria potencialidade de vida.

Ainda, segundo o Ministro, embora a Constituição Federal salvaguarde o direito à vida, não há um estabelecimento acerca de seu início, valendo, por conseguinte, o raciocínio *a contrario* em relação à definição do momento da morte pelo Art. 3º da Lei de 9.434/1997, como sendo o momento de morte encefálica, o que levaria à inferência de que a atividade cerebral seria o marco definidor do início da vida e tal atividade não seria presente em anencéfalos, conforme alguns dos pesquisadores manifestaram em audiência.

Do que concluiu que, sem atividade cerebral, os anencéfalos não seriam considerados pessoas e, por conseguinte, a antecipação terapêutica do parto não seria ofensa ao dever de proteção do Estado na defesa dos direitos da pessoa humana.

Dessa forma, Celso de Mello decidiu na esteira do Ministro Relator pela procedência da ADPF nº 54-8/DF, julgando inconstitucional a interpretação que viesse a obstar a antecipação terapêutica de parto de anencéfalos, e, tal como o Ministro Gilmar Mendes, sugeriu a solicitação ao Ministério da Saúde de adoção de medidas e de regulamentação para viabilizar a adoção desse procedimento.

3.1.1.2.9 Voto do Ministro Cezar Peluso

O Ministro Cezar Peluso posicionou-se em sentido diametralmente oposto à quase unanimidade de seus pares, por entender que o feto anencéfalo teria vida e, portanto, que a antecipação terapêutica do parto nesse caso seria mero eufemismo para conduta típica que se subsume ao crime de aborto previsto no Art. 124 do CP.

O Ministro Peluso partiu da premissa de que o feto anencéfalo tem vida, até porque, segundo afirmou, se assim não fosse, não se poderia falar de sua morte intra ou extrauterina, tendo afastado o raciocínio *a contrario* no sentido de se determinar que, se o conceito de morte é de ausência de atividade cerebral (Art. 3º da lei 9.434/1997) e que o anencéfalo não tem atividade cerebral, não teria, portanto, vida, até mesmo pelas divergências constadas nas audiências públicas em que foram relatados resultados contraditórios acerca da atividade cerebral de anencéfalos, como já apontado.

Segundo Peluso, os princípios da autonomia da vontade, liberdade pessoal e autodeterminação da mãe não poderiam ser invocados para legitimar uma prática considerada criminosa, entendendo que a antecipação terapêutica de parto é penalmente típica, de modo que o apelo à liberdade e autonomia pessoais seria classificado por ele como “esforço retórico” fundado em presunção errada de falta de proteção da conduta, no intuito de se impor ao feto anencefálico pena de morte, posto que este teria vida e pertenceria à espécie humana, não podendo ser considerado criatura teratológica ou ser a “meio caminho do humano” como sugerira o Ministro Ayres Britto.

Assim, sendo caso de conduta típica, entendeu Peluso que o STF não teria competência para abolir ou excepcionar o caso, já que a eliminação de vida intrauterina seria aborto. Nesse sentido, o Ministro fez analogia ao exemplificar a hipótese de o feto anencéfalo nascer e ter sobrevida, questionando se matá-lo nesse caso não seria infanticídio e que, pela mesma razão, a antecipação do parto seria crime de aborto. Portanto, se o anencéfalo nascido fosse vítima de agressão, haveria crime (infanticídio, homicídio, lesão corporal), não se poderia deixar de considerar a antecipação do parto como crime de aborto.

Ainda argumentou que o feto anencefálico era sujeito de direito e que a alegação da dignidade ou sofrimento da mãe para a antecipação do parto seria mecanismo para transformar o feto em coisa. O Ministro também manifestou preocupação no sentido de que o mesmo raciocínio que levaria à permissão de antecipação de parto de anencéfalo – de evitar o sofrimento da mãe dada a morte certa do feto – pudesse respaldar a defesa de eutanásia de doentes com enfermidade degenerativa que causasse sofrimento a muitas pessoas, a despeito de ser conduta típica (Art. 122 do CP).

Segundo o Ministro, tampouco o argumento de curta potencialidade de vida seria razão para obstar-lhe a continuidade, até porque a vida poderia ser reduzida em muitas outras hipóteses, como no caso de doenças fatais incuráveis, em que a antecipação terapêutica de morte tampouco é autorizada. Também traçou semelhança entre o aborto de anencéfalo e a prática eugênica, uma vez que em seu entender, se julgada procedente a ADPF nº 54-8/DF, outras mulheres pleiteariam a mesma medida para demais anomalias de igual gravidade sob o argumento de insuportabilidade da gestação e outros como dignidade e liberdade.

Ao citar o caso Marcela, já referido, o Ministro concluiu, com base nos dados divergentes das audiências públicas, não haver a possibilidade de diagnóstico que diferenciasse anencefalia de outras patologias de gravidade semelhante, sendo, por conseguinte, controverso o próprio conceito de anencefalia e dotado de nuances, ou seja, formas mais ou menos graves, embora nem todos os cientistas aceitassem essa variabilidade.

O Ministro Cezar Peluso, então, encaminhou seu argumento no sentido de que a dor da mãe e sua liberdade de escolha não seriam razões para se autorizar o aborto de anencéfalo, já que a antecipação terapêutica do parto é entendida como expressão eufemística para o crime de aborto. E, acrescentou que não se poderia falar em tortura, pois esta se dá quando há sofrimento injusto e inconstitucional, o que não ocorreria no caso, já que as normas penais seriam claras e constitucionais.

Ainda, o Ministro considerou que a gestação de anencéfalo é situação muito diferente do caso de estupro em que haveria tal tipo de sofrimento em razão da ação violenta e ilícita de que resultaria a concepção, em situação diversa da gravidez intencional ou fortuita resultante de sua liberdade sexual. Assim, o Ministro afastou qualquer analogia entre o caso de aborto permitido em hipótese de estupro e aborto de anencéfalo.

Igualmente, afastou a aplicabilidade da hipótese de aborto terapêutico ao caso, posto que considerou que o argumento de que a gestação de anencéfalo seria perigosa para a mãe não viria ao caso, pois se fosse essa a razão para a interrupção da gestação já estaria subsumida no art. 128, I do CP, não se justificando a hipótese no caso de dano psíquico e não real risco de morte.

Na linha do Ministro Lewandowski, o Ministro Peluso reiterou o argumento de que apenas o legislador poderia excluir a punibilidade e que seria impossível a aplicação analógica de interpretação extensiva de normas excludentes de punibilidade, até porque tampouco o Congresso Nacional reconheceu a atipicidade da conduta no caso de interrupção de gravidez de feto anencéfalo.

Por tal razão, o Ministro Cezar Peluso, julgou totalmente improcedente a demanda, entendendo que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo constituiria crime, subsumindo-se à conduta tipificada nos dispositivos penais cuja aplicação ao caso a arguente pretendia afastar.

3.1.2 Aplicação dos métodos e modelos

3.1.2.1 Aplicação do método da subsunção

Conforme ensinam Alchourrón e Bulygin, a sistematização facilita a obtenção do *status* deontico das ações, ou seja, é meio facilitador na busca das soluções normativas para as condutas, se permitidas ou proibidas. Segundo os autores, o âmbito normativo do problema é