



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 54

ARGUENTE : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES
NA SAÚDE – CNTS

RELATOR : Min. **Marco Aurélio**

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) perante esse egrégio Supremo Tribunal Federal, visando à declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal, como impeditivos da antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de gravidez de fetos anencefálicos.

2. Afirma que referida interpretação viola os preceitos fundamentais contidos nos artigos 1º, IV, 5º, II, 6º; e 196, da Carta da República.

3. Preliminarmente, a Autora discorre sobre sua legitimidade, aludindo também à relação de pertinência do caso em julgamento com suas atribuições e finalidades, e, ainda, ao cabimento da ADPF para análise do assunto.

4. No mérito, afirma que obrigar a mulher a manter uma gravidez, ciente de que o feto não sobreviverá após o parto, além de ferir-lhe a dignidade, afeta o seu direito à saúde. Alega, ainda, que a antecipação terapêutica do parto não é vedada no ordenamento jurídico e que, portanto, a sua realização não pode ser proibida, em respeito ao princípio da legalidade.

5. A medida cautelar requerida foi deferida liminarmente, pelo ilustre Ministro Relator (fls 158/164), para sobrestar os processos e decisões não transitadas em julgado, e reconhecer o direito da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico.

6. A decisão monocrática foi submetida ao Plenário que, por unanimidade, na sessão de 2 de agosto de 2004, deliberou que a apreciação da matéria fosse julgada em definitivo no seu mérito, abrindo-se vista dos autos ao Procurador-Geral da República.

7. A Procuradoria Geral da República, por intermédio do ilustre ex-Procurador Geral da República Cláudio Fonteles, apresentou parecer (fls 207/218) no sentido de que o pleito, como apresentado, não autorizava a interpretação conforme a Constituição, diante do sentido inequívoco dos dispositivos do Código Penal em discussão. No mérito, requereu o indeferimento do pedido, com fundamento na alegada primazia do direito à vida.

8. Em sessão realizada em 20 de outubro de 2004, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, acolhendo proposta do Ministro Eros Grau, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que dizia respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, mas revogou a segunda parte, em que se reconhecia o direito da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos. Na mesma sessão, diante da questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal, por maioria, decidiu pelo cabimento da ADPF para tratamento do tema.

9. Às fls. 507/516, o Ministro Relator designou datas para a realização de audiências públicas (artigo 6º, § 1º, da Lei 9882/1999), as

quais foram realizadas entre os dias 26 de agosto e 16 de setembro do ano de 2008.

10. No primeiro dia (26 de agosto de 2008), foram ouvidos: a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), representada pelo padre Luiz Antônio Bento e pelo advogado Paulo Silveira Martins Leão Júnior; a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, representada pelo médico Rodolfo Acatauassú Nunes; a Organização Não-Governamental Católicas pelo Direito de Decidir, representada pela socióloga Maria José Fontelas Rosado Nunes e a Associação Médico – Espírita do Brasil, representada pelas médicas Marlene Rossi Severino Nobre e Amélia Thereza de Moura Vasconcellos.

11. No segundo dia (28 de agosto de 2008), foram ouvidos: o Conselho Federal de Medicina, representado pelo Doutor Roberto Luiz D'Ávila; a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, por Jorge Andalaft Neto; a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, representada por Heverton Neves Pettersen; a Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto, representada pelo Deputado Federal Luiz Bassuma; A Sociedade Brasileira de Genética Clínica, representada por Salmo Raskin; o Deputado Federal José Aristodemo Pinotti, assessor da Organização Mundial de Saúde para assuntos de saúde da mulher; o Movimento “Brasil sem Aborto”, representado por Lenise Aparecida Martins Garcia; a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, representada por Thomaz Rafael Gollop e o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, representado pela antropóloga Débora Diniz .

12. No terceiro dia (04 de setembro de 2008), foram ouvidos: o Ministro da Saúde, José Gomes Temporão; a Escola de Gente – Comunicação de Inclusão, representada por Cláudia Werneck; a Associação de Desenvolvimento da Família (ADEF), representada por Ieda Therezinha do Nascimento Verreschi; a Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, representada por Lia Zonotta Machado, Cinthia Macedo Specian; Dernival da Silva Brandão; e o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, representado por Jacqueline Pitanguy.

13. Finalmente, no quarto e último dia de audiência (16 de setembro de 2008), foram ouvidos: a Dr^a Elizabeth Kipman Cerqueira, diretora do Centro Interdisciplinar de Estudos Bioéticos do Hospital São Francisco (SP); a Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos, representada pela socióloga Eleonora Menecucci de Oliveira; a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, representada por Nílcea

Freire; e a Associação Brasileira de Psiquiatria, representada pelo médico Talvane Marins de Moraes.

14. A autora juntou razões finais (fls. 984/1008), solicitando o acolhimento do pedido inicial. Apresentou, ainda, manifestação acerca das informações apresentadas nas audiências públicas (fls 998/1008).

15. O Advogado-Geral da União também apresentou razões-finais às fls. 1010/1020, discorrendo sobre dados apresentados pelo Ministro da Saúde, que demonstraram a eficiente estruturação do Sistema Único de Saúde (SUS) para abrigar as gestantes que optem pela antecipação terapêutica do parto. Essa escolha da gestante, segundo afirmou, estaria amparada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e da autonomia da vontade e pelo direito à saúde, razão pela qual opinou pelo acolhimento do pedido inicial.

16. Diante do relato, passo a me manifestar.

17. Através da presente ADPF, pretende a Autora que o STF realize interpretação conforme à Constituição dos artigos 124, 126, caput, 128, I e II, do Código Penal, para declarar que tais dispositivos não criminalizam ou impedem a interrupção voluntária da gravidez, em caso de anencefalia fetal, devidamente diagnosticada por médico habilitado.

18. O debate quanto à admissibilidade da ação já está superado por decisão dessa Corte, como acima relatado. Assim, resta examinar o seu mérito.

19. Entendo que **a ação deve ser julgada integralmente procedente.**

20. Sabe-se que a anencefalia constitui patologia absolutamente incurável, incompatível com o desenvolvimento da vida extra-uterina, que pode ser diagnosticada com 100% de certeza.

21. Trata-se de uma má-formação congênita, consistente em defeito do tubo neural, que resulta na não-formação do córtex e dos hemisférios cerebrais. O cérebro dos portadores desta patologia compõe-se apenas de resíduos do tronco encefálico, o que permite a manutenção de algumas funções vitais, como a respiração e o batimento cardíaco. Não há, porém, a formação do sistema nervoso central, que é responsável pela consciência, pela comunicação, pelo pensamento e pelas emoções.

22. A maior parte dos fetos anencéfalos morre durante a gestação. Aqueles que não falecem durante a gravidez têm curtíssima sobrevivência, de natureza meramente vegetativa, em geral de poucos minutos ou horas.

23. Nas audiências públicas realizadas nesta ação, foi devidamente esclarecido o fato de que a menina Marcela de Jesus, que teria supostamente sobrevivido por um ano e oito meses com anencefalia, não tinha na verdade esta patologia, ao contrário do que afirmaram os opositores da interrupção voluntária da gravidez, mas outra má-formação cerebral menos severa, ainda que também de caráter fatal.

24. Por outro lado, também ficou patenteado nos autos que inexistem possibilidades reais de transplante dos órgãos dos fetos anencéfalos para terceiros, uma vez que há, com grande frequência, outras malformações associadas à anencefalia. Ademais, tais órgãos costumam ser significativamente menores do que os normais. Não bastasse, o transplante em recém-nascidos, por razões médicas, só é realizado após o sétimo dia de vida, sendo quase impossível a sobrevivência do anencéfalo por tanto tempo. Por tudo isso, nunca houve no Brasil qualquer caso de transplante de órgão de um anencéfalo para outra criança.

25. Foi também esclarecido nas audiências públicas que a gravidez do feto anencéfalo encerra um risco à saúde e à vida da gestante significativamente maior do que a gravidez normal, sem falar nos evidentes abalos psíquicos que ela tende a acarretar.

26. Assentadas estas premissas fáticas, cumpre advertir que o debate posto nestes autos só pode ser discutido a partir de argumentos jurídicos, éticos e científicos, devendo-se evitar, porque incabível neste sede, qualquer argumentação de cunho religioso. Num Estado laico e pluralista, que, por imperativo constitucional (art. 19, inciso I, CF), deve manter equidistância em relação às diversas confissões religiosas, as questões jurídicas submetidas ao crivo do Poder Judiciário não podem ser equacionadas, de forma explícita ou inconfessada, com base em dogmas de fé, mas apenas a partir de razões públicas, cuja aceitação não dependa da adesão a pré-compreensões teológicas ou metafísicas determinadas.

27. Isto não significa que seja ilegítima a participação nos debates jurisdicionais de entidades religiosas, como ocorreu neste processo. Pelo contrário, numa democracia, não é legítimo excluir qualquer ator da arena de definição do sentido da Constituição. Contudo, para tornarem-se aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos

religiosos devem ser devidamente “traduzidos” em termos de razões públicas.

28. Neste quadro, é evidente que não se justifica, sob o prisma constitucional, a imposição de qualquer restrição, sobretudo de natureza penal, à liberdade da gestante de decidir se interrompe ou não a sua gravidez, abreviando o desfecho inexorável da morte do anencéfalo.

29. Na verdade, a questão jurídica debatida nestes autos resulta do anacronismo da legislação penal brasileira, editada quando ainda não era possível diagnosticar a viabilidade da vida extra-uterina do feto. Em 1940, quando foi promulgada a Parte Especial do Código Penal, a tecnologia então existente não permitia a realização de diagnóstico pré-natal da anencefalia. Porém, tal quadro se alterou radicalmente nas últimas décadas, por força dos avanços científicos na Medicina.

30. Certamente por isso, o Código Penal, ao tipificar o aborto, só tenha excluído a sanção criminal nas hipóteses de gestação que enseje risco de vida para a gestante, e de gravidez resultante de estupro (art. 128 do CP). O legislador do passado não contemplou a hipótese de interrupção da gravidez decorrente de grave anomalia fetal impeditiva de vida extra-uterina porque não podia adivinhar que futuros avanços tecnológicos possibilitassem um diagnóstico seguro em tais casos¹.

31. Nota-se, contudo, que o próprio legislador penal não atribuiu à vida potencial do feto um valor absoluto, tanto que permitiu o aborto em caso de gravidez resultante de estupro. Se, diante da ponderação entre a vida em potência do feto e o direito da mãe, preferiu o legislador, nesta hipótese de estupro, privilegiar a proteção da gestante, é legítimo supor que ele não proibiria a interrupção da gravidez, restringindo a liberdade de escolha da mulher, quando, do outro lado, não houvesse vida possível. Portanto, a própria interpretação evolutiva da legislação penal conduz à idéia da admissibilidade da interrupção voluntária de gravidez no caso da anencefalia.

32. Mas, ainda que assim não se entenda, há outros dois caminhos diversos, mas ao final convergentes, que também conduzem ao acolhimento do pedido. Um se baseia na impossibilidade constitucional de tipificação de comportamento que constitua exercício de direito fundamental; o outro diz respeito à irrelevância penal de conduta que não atinja o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

¹ Cf. Máira Costa Fernandes. “Interrupção da Gravidez de Feto Anencefálico”. In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan. *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 119-120.

33. Vejamos, inicialmente, a argumentação constitucional.

***DIREITO À LIBERDADE, À PRIVACIDADE E À AUTONOMIA
REPRODUTIVA***

34. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana pressupõe que se respeite a esfera de autodeterminação de cada mulher ou homem, que devem ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferências do Estado ou de terceiros. A matriz desta idéia é a concepção de que cada pessoa humana é um agente moral dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, de traçar planos de vida e de fazer escolhas existenciais, e que deve ter, em princípio, liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade².

35. De acordo com as belas palavras de Canotilho, a dignidade da pessoa humana baseia-se no *“princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna (...) do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu projecto espiritual”*. Como destacou o Mestre de Coimbra, *“a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à idéia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico”*³.

36. Uma das escolhas mais importantes na vida de uma mulher é aquela concernente a ter ou não um filho. É desnecessário frisar o impacto que a gestação e, depois, a maternidade, acarretam à vida de cada mulher. A gravidez e a maternidade podem modificar radicalmente o rumo das suas existências. Se, por um lado, podem conferir um novo significado à vida, por outro, podem sepultar projetos e inviabilizar certas escolhas fundamentais. É dentro do corpo das mulheres que os fetos são gestados, e, mesmo com todas as mudanças que o mundo contemporâneo tem vivenciado, é ainda sobre as mães que recai o maior peso na criação dos seus filhos. Por tudo isto, a decisão sobre a manutenção da gestação envolve a idéia de autonomia reprodutiva⁴, cujo fundamento pode ser encontrado na própria idéia de dignidade humana da mulher (art. 1º, II, CF), bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, caput e inciso X, CF).

2 Cf. Carlos Santiago Nino. *Ética y Derechos Humanos*. 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, pp. 199-265.

3 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 219.

4 Cf. Daniel Sarmento. “Legalização do Aborto e Constituição”. In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan. *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 43/45; e Flávia Piovesan. “Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos”. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: Uma Questão de Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 76.

37. A autonomia reprodutiva, além de dotada de inequívoco fundamento constitucional, é também direito humano protegido na esfera internacional. Neste sentido, é eloquente a redação do Parágrafo 95 da Plataforma da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que afirma o direito humano de “*decidir livre e responsavelmente pelo número de filhos, o espaço a medear entre os nascimentos e o intervalo entre eles*”, bem como o de “*adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações nem violência*”.

38. Por outro lado, o fato da gestação desenvolver-se no interior do corpo feminino tem particular relevância. Se o direito à privacidade envolve o poder de excluir intervenções heterônomas sobre o corpo do seu titular, é difícil conceber uma intrusão tão intensa e grave sobre o corpo de alguém, como a imposição à gestante de que mantenha uma gravidez, por nove meses, contra a vontade. Como ressaltou Ronald Dworkin, “*uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação de liberdade*”⁵:

39. Assim, o poder da mulher sobre seu próprio corpo, bem como a liberdade que lhe assiste para escolher autonomamente os rumos da própria vida, permitem que, à semelhança do que disse a Suprema Corte norte-americana em *Roe v. Wade*, possa-se afirmar, também no Brasil, que “*o direito à privacidade é amplo o suficiente para compreender o direito da mulher sobre interromper ou não sua gravidez*”⁶.

40. A questão da autonomia reprodutiva em matéria de aborto foi discutida com brilhantismo no voto que o Ministro Joaquim Barbosa elaborou, como Relator, para o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ. O caso, que versava exatamente sobre a interrupção de gestação de feto anencéfalo, não chegou a ser apreciado pelo STF, porque, em plena sessão de julgamento, o Tribunal foi comunicado do fato de que a paciente dera à luz e que a criança, como já se esperava, falecera poucos minutos depois. Todavia, o referido voto foi amplamente divulgado, e dele consta:

“Nesse ponto, portanto, cumpre ressaltar que a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos, são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, razão por que, no presente caso, ainda com

5 *Freedom's Law*. Op.cit., p. 98.

6 410 U.S. 113 (1973)

maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora esposados.

Lembro que invariavelmente essa concepção fundada no princípio da autonomia ou liberdade individual da mulher é a que tem prevalecido nas cortes constitucionais e supremas que já se debruçaram sobre o tema...”

41. Portanto, a questão em debate nestes autos envolve a autonomia reprodutiva da mulher, que tem fundamento constitucional nos direitos à dignidade, à liberdade e à privacidade. É evidente que esta autonomia não é de natureza absoluta. Entendo que a ordem constitucional também proporciona proteção à vida potencial do feto – embora não tão intensa quanto a tutela da vida após o nascimento - , que deve ser ponderada com os direitos humanos das gestantes para o correto equacionamento das questões complexas que envolvem o aborto.

42. Contudo, quando não há qualquer possibilidade de vida extra-uterina, como ocorre na anencefalia, nada justifica, do ponto de vista dos interesses constitucionais envolvidos, uma restrição tão intensa ao direito à liberdade e à autonomia reprodutiva da mulher. Trata-se de uma restrição desproporcional e desarrazoada a um direito fundamental de elevada importância na escala de valores da Constituição, que não se sustenta juridicamente.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

43. O princípio da dignidade da pessoa humana, que representa o epicentro axiológico da Constituição de 88, postula que cada indivíduo deve ser tratado pelo Estado e pelo Direito sempre como fim, e nunca como meio, de acordo com a conhecida máxima kantiana.

44. Ora, quando o Estado impede uma gestante de um feto absolutamente inviável de interromper a gravidez, privando-a da sua autonomia decisória e impondo a ela um grave sofrimento, ele viola ostensivamente este mandamento constitucional. Na medida em que não existe, do outro lado, uma vida humana viável a ser protegida, só a promoção de ideais religiosos ou morais particulares explica a resistência contra a permissão concedida à mulher de decidir sobre a manutenção ou não da gestação, neste quadro específico.

45. De fato, quando direitos fundamentais da mulher são afastados, não em prol da vida em potência de outro futuro ser humano – inexistente no caso - mas de valores religiosos ou morais particulares, trata-se a gestante como um meio, e não como um fim em si. Em outras

palavras, ocorre a instrumentalização da mulher, cujos direitos mais básicos são desrespeitados em nome, no mais das vezes, de idéias religiosas ou morais desprovidas de substrato constitucional. Estas podem, é claro, ser professadas por cada um, no âmbito da sua vida privada e de sua consciência, mas não devem jamais lastrear restrições heterônomas à liberdade alheia, num Estado que se pretenda Democrático de Direito.

46. Ademais, não há como negar o profundo, longo e desnecessário sofrimento que a imposição da manutenção da gravidez do anencéfalo tende a gerar na gestante, equiparável até à tortura⁷. A mulher é obrigada a manter em seu corpo, por nove meses, um ser que, com absoluta certeza, não sobreviverá, o que prolonga a sua dor e angústia, como que fazendo do seu ventre “o caixão do interminável enterro do próprio filho”.

O DIREITO À SAÚDE

47. Nas audiências públicas, diversos especialistas aludiram ao significativo aumento do risco à saúde física da gestante decorrente da gestação do anencéfalo, como foi corretamente apontado pela autora em suas razões finais (fls. 1001/1003).

48. Porém, no caso em discussão, impressiona ainda mais o argumento do abalo à saúde psíquica da gestante. O diagnóstico da anomalia do feto e a impossibilidade da sua sobrevivência fora do útero já acarretam, em regra, um sofrimento profundo para as gestantes e suas famílias. A proibição de interrupção da gravidez, nestas trágicas circunstâncias, tende a agravar e a prolongar injustificadamente esta dor.

49. Trata-se, em suma, de estender por vários meses um estado de profundo sofrimento e de decepção da mulher, que assiste à transformação do seu corpo pelo avanço da gravidez, mas sabe que do seu ventre não será produzida qualquer vida humana viável. Portanto, quando o Estado proíbe uma mulher de antecipar terapeuticamente o parto visando à interrupção de uma gravidez inviável, ele impõe novo sofrimento a quem já padece de dor profunda. Com a sua violência, ele agrava o estado de perturbação anímica que invariavelmente acomete as gestantes nestas circunstâncias.

50. O direito à saúde envolve também a higidez e o bem-estar psíquicos da pessoa humana. De acordo com o conceito adotado pela

7 O Grupo Tortura Nunca Mais/RJ publicou nota, em 10 de novembro de 2004, sobre a questão da anencefalia, com a seguinte conclusão: “*Por estes motivos, o Grupo Tortura Nunca Mais/Rj manifesta, publicamente, repúdio à ação evasiva, traumatizante, opressiva e autoritária, que significa a negação do direito ao aborto nesses casos, o que configura uma sessão de tortura.*”

Organização Mundial da Saúde, de aceitação universal, “*saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade*” (Preâmbulo do ato fundador da OMS, assinado em 22 de julho de 1946 por 61 Estados, dentre os quais o Brasil)

51. Por isso, a causação desnecessária de angústia e sofrimento moral profundos às gestantes, por longo período de tempo, tem o condão de comprometer seriamente a sua saúde, violando os direitos fundamentais consagrados nos arts. 6º e 196 da Constituição.

52. Na Argentina, em que o aborto é, em regra, proibido e penalizado, a Suprema Corte entendeu que assiste à gestante o direito de antecipar terapêuticamente o parto em caso de anencefalia, baseando-se na inviabilidade da vida do feto e na tutela do direito à saúde das mulheres. Para a Corte, “*frente ao irremediável do fatal desenlace devido à patologia mencionada e a impotência da ciência para solucioná-la, cobram toda a sua vitalidade os direitos da mãe à proteção da sua saúde psicológica e física, e, enfim, a todos aqueles reconhecidos pelos tratados que se revestem de hierarquia constitucional*”⁸.

A AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA NA ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO

53. Existe intensa controvérsia jurídica e moral a propósito da tutela constitucional da vida intra-uterina. No julgamento da ADIn nº 3.510, o voto vencedor do Ministro Relator Carlos Ayres de Britto endossou a tese de que a Constituição só protege a vida após o nascimento.

54. Não adoto esta perspectiva. Entendo que a Constituição já protege a vida em potência do feto, embora não o faça com a mesma intensidade com que tutela a vida humana após o nascimento. Esta proteção é inicialmente menor, e vai aumentando, na medida em que avança a gestação, sendo relevantes determinados marcos, como a nidação – fixação do embrião no útero materno -, a formação do córtex cerebral e o momento em que se caracteriza a viabilidade de vida extra-uterina⁹. Tal posição é a que tem prevalecido nas Cortes Constitucionais europeias, sendo exemplificativa a orientação adotada pelo Tribunal Constitucional de Portugal:

“Esta tutela progressivamente mais exigente à medida que avança o período de gestação, poderia

8 Decisão da Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina de 11 de janeiro de 2001, T.421.XXXVI.

9 No mesmo sentido, veja-se Daniel Sarmento. “Legalização do Aborto e Constituição”. Op. cit., p. 28-42; e José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2ª ed., v. I. Coimbra: Almedina, 1985, p. 175.

encontrar, desde logo, algum apoio nos ensinamentos da biologia, já que o desenvolvimento do feto é um processo complexo em que ele vai adquirindo sucessivamente características qualitativamente diferentes... Mas o que releva, sobretudo, é que essa tutela progressiva encontra seguramente eco no sentimento jurídico colectivo', sendo visível que é muito diferente o grau de reprovação social que pode atingir quem procure eventualmente 'desfazer-se' do embrião logo no início de uma gravidez ou quem pretenda 'matar' o feto pouco antes do previsível parto; aliás, esse sentimento jurídico colectivo, que não pode deixar de ser compartilhado por povos de uma mesma comunidade cultural alargada que encontra sua expressão na união Européia, encontra-se bem reflectido na legislação dos países que a compõem"¹⁰.

55. No entanto, esta difícil discussão não tem maior relevo no presente caso, uma vez que, na anencefalia, não há sequer a vida potencial do feto. A rigor, a interrupção da gestação apenas abrevia um desfecho inevitável.

56. Daí por que é cabível a analogia entre a situação do anencéfalo e a do paciente que teve diagnosticada a morte encefálica, no qual pode ser realizada a retirada de órgãos para fins de transplante, nos termos do art. 3º da Lei 9.434/97.

57. Entendo, assim, que no caso da anencefalia, como não existe tutela da vida em potência do nascituro, não se justifica qualquer restrição à liberdade de decisão da gestante.

A INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO DO ANENCÉFALO NÃO CONSTITUI ABORTO EUGÊNICO

58. Os adversários da antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico tentam caracterizá-la como hipótese de aborto eugênico. Nesta modalidade de aborto, realiza-se a eliminação de feto por ser portador de algum tipo de deficiência ou por apresentar alguma característica tida como indesejável pelos pais ou pelo Estado. O aborto eugênico é criticado por amplos setores da doutrina e rechaçado por diversos segmentos da sociedade, porque pode ser associado à idéia, corrente em regimes totalitários de triste memória, de que seria legítimo construir uma raça "pura" e imaculada, livre de pessoas tidas como "imperfeitas", mesmo que

¹⁰ Acórdão n° 288, de 1998.

ao preço da eliminação dos seres potenciais que não se ajustem aos parâmetros desejados.

59. Porém, o aborto eugênico pressupõe a viabilidade da vida extra-uterina do feto. Quando se interrompe uma gravidez motivada pelo fato de que o nascituro apresenta alguma deficiência ou característica indesejada que seja compatível com a vida após o parto, pratica-se aborto eugênico. Esta modalidade de aborto é bastante discutível sob o prisma moral, pois se teme que a sua aceitação possa ensejar uma hierarquização da vida humana, que implique na atribuição de um maior valor à vida tida como “normal” do que àquela das pessoas com deficiência.

60. No entanto, não é esta a hipótese discutida na ação, uma vez que, na anencefalia, não há vida potencial do feto. Esta questão foi bem esclarecida nas audiências públicas, através do depoimento de Cláudia Werneck, da ONG Escola de Gente, voltada à proteção das pessoas com deficiência.

A REALIZAÇÃO DA INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DO FETO ANENCEFÁLICO É DIREITO FUNDAMENTAL DA GESTANTE

61. Diante de toda a argumentação acima desenvolvida, conclui-se que a antecipação terapêutica do parto na anencefalia constitui exercício de direito fundamental da gestante. Com isso, não se está afirmando que as mulheres devem ser obrigadas a interromper a gestação nesta hipótese, o que seria uma terrível violência para aquelas que, em decisão livre, preferissem levar sua gravidez até o final. O que se está sustentando é que a escolha sobre o que fazer, nesta difícil situação, tem de competir à gestante, que deve julgar de acordo com os seus valores e a sua consciência, e não ao Estado. A este, cabe apenas garantir os meios materiais necessários para que a vontade livre da mulher possa ser cumprida, num ou noutro sentido.

62. Daí por que não pode ser proibida pelo Estado, e muito menos criminalizada, a interrupção voluntária da gestação de feto anencéfalo, sob pena de afronta à Constituição.

63. Por isso, e tendo em vista os princípios da supremacia constitucional e da interpretação conforme à Constituição, os arts. 124 a 128 do Código Penal não podem ser interpretados de forma a implicar na proibição da antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico.

A ATIPICIDADE DA CONDUCTA: A INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ DE FETO ANENCEFÁLICO NÃO LESA OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELOS ARTS. 124 A 128 DO CÓDIGO PENAL

64. Além dos argumentos constitucionais acima aduzidos, há também razões de teoria do Direito Penal que impedem que se considere a antecipação terapêutica de parto como ilícito criminal.

65. É que, na teoria contemporânea do Direito Penal, não se concebe tipo penal sem lesão ou ameaça a bem jurídico. Como ressaltou Juarez Tavares, *“são inválidas normas incriminadoras sem referência direta a um bem jurídico, nem se admite sua aplicação sem um resultado de dano ou de perigo a esse mesmo bem jurídica. A existência de um bem jurídico e a demonstração de sua efetiva lesão ou colocação em perigo constituem, assim, pressuposto indeclináveis do injusto penal”*¹¹. As razões desta posição foram bem sintetizadas por Eugênio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli,

“Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desse bens. Embora seja certo que o delito é algo mais – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade. É por isto que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de telos, fim) à lei penal. Sem o bem jurídico, não há um “para que?” do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura ‘jurisprudência de conceitos’ ”¹²

66. Ora, sabe-se que o bem jurídico protegido pelas normas que tipificam o delito de aborto é a vida potencial do feto. Porém, na interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, não é a ação da gestante ou dos profissionais de saúde que impede o seu nascimento com vida¹³. O anencéfalo é um “natimorto cerebral”. Quando não perece durante a gestação, ele não sobrevive ao parto mais do que alguns instantes, e mesmo assim, num estado vegetativo, sem qualquer tipo de consciência, por não possuir sistema nervoso central.

11 *Teoria do Injusto Penal*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 198/199.

12 *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 439.

13 Cf. Débora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro. *Aborto por Anomalia Fetal*. Brasília: Editora Letras Livres, 2003, p.102.

67. Daí por que a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, por não lesar ou ameaçar o bem jurídico tutelado pelas normas penais incriminadoras em discussão, é absolutamente atípica. Neste sentido, Nelson Hungria já afirmava:

“O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.”¹⁴

CONCLUSÃO

Diante do exposto, deve ser julgada integralmente procedente a presente ADPF, para que seja dada interpretação conforme à Constituição aos dispositivos do Código Penal indicados na petição inicial, de forma a declarar a inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, da exegese de tais preceitos que impeça a realização voluntária de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, desde que a patologia seja diagnosticada por médico habilitado, reconhecendo-se o direito da gestante de se submeter a este procedimento sem a necessidade de prévia autorização judicial ou de qualquer outro órgão estatal.

Brasília, 6 de julho de 2009.

DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

¹⁴ *Comentários ao Código Penal*, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 297-298.