

# **REVISTA CEJ**

ISSN 1414-008X  
Ano XXVII  
n. 86, jul./dez. 2023

**Centro de Estudos Judiciários  
Conselho da Justiça Federal**

# 86



**JUSTIÇA FEDERAL**  
Conselho da Justiça Federal  
Centro de Estudos Judiciários



## A DIGNIDADE HUMANA COMO PONDERAÇÃO NA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ATINENTES AO ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO

### *HUMAN DIGNITY AS A BALANCE IN THE COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS RELATED TO ANENCEPHALIC FETUS ABORTION*

Lorenzo Borges de Pietro  
Martiane Jaques La Flor  
Nicolí Francieli Gross

#### RESUMO

Este artigo tematiza as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) diante dos conflitos de princípios no caso do aborto de feto anencefálico. Objetiva-se estudar a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 para então conjugar o estudo dessa importante ação constitucional com enfrentamento de uma das questões mais controversas da atualidade: a colisão entre Direitos Fundamentais na descriminalização do aborto por parte do STF.

#### PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; aborto; anencefalia; dignidade da pessoa humana; direito à vida; ponderação.

#### ABSTRACT

The article discusses the decisions of the Brazilian Federal Supreme Court regarding the conflicts of principles in the case of abortion of anencephalic fetuses. The objective is to study the Claim of Non-compliance with Fundamental Precept n. 54, in order to then combine the study of this important constitutional action with the confrontation of one of the most controversial issues of the present time: the collision between Fundamental Rights in the decriminalization of abortion by the Brazilian Federal Supreme Court.

#### KEYWORDS

Constitutional Law; abortion; anencephaly; dignity of the human person; right to life; pondering.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos são adquiridos desde a concepção do ser humano, sendo destinados a proteger a vida e a dignidade da pessoa humana. Entretanto, por vezes, acabam sendo limitados em detrimento de outros direitos. Diante disso, os direitos naturais foram reconhecidos em documentos para que fossem regulamentados e aplicados de maneira que viabilizassem a sua devida efetivação. Desde então, passaram a ser concebidos como direitos fundamentais, sendo estes designados para a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse ponto, destaca-se que há situações em que o Poder Judiciário considera que a dignidade da pessoa humana não prevalece em detrimento de outros princípios, como no caso de aborto de feto anencefálico, em que há a divergência entre qual direito é o mais importante: a vida intrauterina do feto ou a dignidade da gestante? Robert Alexy (2008), em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, sustenta que a dignidade, na condição de princípio, é passível de ponderação quando prestes a colidir com outros bens jurídicos constitucionais.

Nesse viés, este trabalho tem como finalidade abordar a polêmica gerada pela colisão dos Direitos e Garantias Fundamentais em virtude da (I) legalidade do aborto nos casos de anencefalia. Desse modo, tem-se a vida intrauterina do anencéfalo em face do direito à saúde física, psíquica, social e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, gerando um conflito entre a “legalidade” e os preceitos morais em que uma importante parcela da sociedade acredita.

Partindo-se da problemática referida, considera-se que o aborto é um tema de grande relevância e que ocasiona debates complexos, gerando bastante polêmica tanto no mundo jurídico como na sociedade, pois além de provocar conflitos acerca de diversas opiniões divergentes, envolve questões com naturezas diversificadas. Logo, a preservação da qualidade de vida da gestante e a preocupação com o feto ocasionam conflitos e discussões que exigem soluções imediatas, uma vez que a anencefalia – malformação do cérebro – é irreversível. Destaca-se que, atualmente, pode-se detectar a anomalia a partir do início da gestação e, uma vez diagnosticada, a gestante poderá apresentar inúmeros problemas físicos e psíquicos.

Contudo, existem lacunas no ordenamento jurídico brasileiro no sentido de encontrar uma solução justa, legal e que, ao mesmo tempo, seja compatível com os princípios constitucionais. O Código Penal brasileiro em vigor mostra-se bastante defasado em relação ao tema. Posto isso, objetivava-se compreender, inicialmente, como o Supremo Tribunal Federal (STF) vem atuando diante dos conflitos de princípios no caso do aborto de feto anencefálicos. Nesse caso, requer-se, ainda, estudar a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54 para então conjugar o estudo dessa importante ação constitucional com enfreta-

mento de uma das questões mais controversas da atualidade: a colisão entre direitos fundamentais na descriminalização do aborto e por parte do STF.

No primeiro momento deste artigo, serão elucidados o conceito, o desenvolvimento e as características do aborto de feto anencefálico. Em seguida, será demonstrada a natureza jurídica em detrimento do aborto, para então adentrar-se nos conflitos entre os princípios. Por fim, serão apresentadas as questões referentes à ADPF n. 54.

Por meio da investigação científica, à luz do método fenomenológico-hermenêutico, da abordagem qualitativa, da técnica exploratória e dos procedimentos bibliográfico e documental, constatou-se que a dignidade da pessoa humana ocupa um posto relevante no ordenamento jurídico, logo, a mulher, grávida de feto diagnosticado como anencefalia, tem o direito constitucional de interromper a gravidez, como fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, da legalidade, liberdade e autonomia da vontade à saúde (art. 1º, caput, e art. 5º, da Constituição Federal de 1988).

## 2 O ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS: BREVE

### DIGRESSÃO HISTÓRICA

O aborto é praticado desde os primórdios da humanidade, entretanto os povos primitivos não previam o aborto como um ato criminoso, mas o considerava somente imoral. Portanto, sua crítica restringia-se apenas ao campo religioso e moral. Desde então, o caso emblemático gira em torno do aborto de fetos com anomalias. Antigamente, as medidas tomadas em relação a eles eram as mais diversas e ocorriam logo após o nascimento, isso porque, na época, não se detectavam as anomalias no período pré-natal. Nesse quadro, Maria Helena Diniz (2002, p. 6) relata que:

O aborto sempre esteve presente na história do direito, por ser uma prática comum em todos os povos e épocas, embora não tenha sido incriminado por várias legislações, sendo inclusive considerado, em certo período, assunto estritamente familiar, que podia repercutir no direito privado, e, em outro, severamente castigado com a pena capital, não faltando, ainda eras em que foi punido brandamente.

Na antiga Grécia, as crianças indesejadas eram simplesmente abandonadas pelos pais após o nascimento. Segundo Aristóteles, o aborto era um método eficaz para limitar nascimentos e evitar o crescimento populacional exacerbado, mantendo estáveis as populações das cidades gregas (Pacheco, 2007). Ainda nesse sentido, Platão defendia o aborto obrigatório por razões eugênicas, para mulheres com mais de quarenta anos, a fim de preservar a pureza dos guerreiros. Sócrates também era a favor do aborto, mas desde que esse fosse o desejo da gestante (Pacheco, 2007).

Tanto os gregos como os romanos tinham a concepção de

que o feto era parte integrante da mãe (*paris viscerum matris*), ou seja, a mulher poderia dispor livremente de seu próprio corpo e fazer o que achava melhor para si. Entretanto, com o advento do cristianismo, consolidou-se no Império a reprovação do aborto, uma vez que a vida passou a ser vista como um valor supremo, com ares de sacralidade e intangibilidade. Santo Agostinho sustentava que o aborto só podia ser recriminado quando o feto recebesse alma, o que, para ele, ocorria quarenta dias após a concepção, caso fosse homem, e oitenta dias após a concepção, caso fosse mulher (Capez, 2014). Após alguns anos, a Igreja aboliu essa distinção e passou a condenar severamente qualquer tipo de aborto, assim considerada a expulsão voluntária do feto a partir da concepção. Logo “Adriano, Constantino e Teodósio vieram a assimilá-lo ao homicídio, cominando-lhe a mesma pena” (Queiroz; Brigagão, 2008, p. 135). A fim de corroborar as alegações, Hungria (1981, p. 268) destaca que:

No que se refere aos precedentes históricos, a prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo comum entre as civilizações hebraicas e gregas. Em Roma, a lei das XII Tábuas e as leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo. Em tempos posteriores o aborto passou a ser considerado uma lesão do Direito do marido à prole, sendo sua prática castigada. Foi então com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio, reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio.

18

Nesse sentido, o aborto era constituído como homicídio e contra a dádiva divina, uma vez que o “homicídio, era às vezes usado para designar qualquer crime, inclusive a contracepção, contra a ordem cultural da procriação, e, contra a santidade da vida concebida como dádiva divina” (Dworkin, 2003, p. 60). Diante disso, as práticas relacionadas aos recém-nascidos malformados foram desaparecendo e substituídas por um sentimento de sacrifício e intangibilidade da vida.

Importante ressaltar que o aborto surgiu como crime pela primeira vez na *Constitutio Bambergensis* de 1507 e na *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, que distinguiam entre a morte do feto animado e inanimado. A primeira prática era punida com a “pena capital e a segunda com um castigo aplicado segundo o arbítrio dos peritos versados em direito. Igualava-se o aborto ao homicídio, distinguia-se o feto em animado e inanimado” (Diniz, 2002, p. 36).

Ainda nesse ínterim, Diniz (2002, p. 37) enfatiza que:

No século XVIII vozes levantaram-se contra o excessivo rigor da punição do aborto, fazendo com que fosse paulatinamente abolida a pena capital, substituindo-se-a pela prisão, mais ou menos longa, ou mesmo pela multa, havendo até quem combatesse, como Feuerbach, a equiparação dos direitos do feto aos do homem, condenando a tese que igualava o feticídio ao homicídio, baseando sua punição em razões de ordem demográfica.

Percebe-se que, até o século passado, não se falava sobre a interrupção de gestação no caso de anomalia fetal, visto que a tecnologia não permitia tal diagnóstico ainda no ven-

tre materno. Tais práticas somente se tornaram viáveis a partir de 1950, com o desenvolvimento das técnicas de diagnóstico pré-natal. O aborto por si só já é um tema polêmico que gera repercussões negativas e, tratando-se de aborto de fetos anencefálicos, aumenta a exponencialidade do debate, suscitando argumentos das mais variadas matizes, opondo, normalmente, concepções morais e religiosas a entendimentos médico-científicos, ancorados em questão de saúde pública. Isso ocorre pelo fato de a “gestação de fetos anencefálicos alavancar um debate bioético bastante complexo em nosso tempo. O assunto já é muito denso por se tratar das origens do ser humano [...]” (Anjos, 2012, p. 154).

O imbróglia mencionado deve ser esclarecido de acordo com os ditames da Medicina e do Direito. Para a civilista Maria Helena Diniz (2001, p. 281), a anencefalia é a “malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais)”. Nesse sentido, Anjos (2012, p. 154-155) denota que:

Por sua etimologia grega, sinteticamente o termo refere uma condição em que a um ser falta algo (an) dentro (en) da cabeça (kefalê). Com referência a seres humanos, a anencefalia significa a falta de encéfalo [...]; em linguagem científica, inclui o cérebro, o cerebelo, a ponte de varólio e o bulbo ou medula oblongada.

Portanto, a anencefalia é um defeito de formação do sistema nervoso fetal que ocorre entre o vigésimo terceiro e o vigésimo sexto dia da gestação, sendo irreversível, ou seja, sem possibilidade de cura, e leva à morte em minutos ou, no máximo, dias. As crianças com esse problema neural nascem sem a maior porção do cérebro, o encéfalo, e o restante fica geralmente exposto, sem a proteção do crânio ou da pele, motivo pelo qual a criança nasce cega, surda e sem consciência.

A anencefalia é um defeito congênito que ocorre em aproximadamente uma em cada mil gestações. É um defeito do tubo neural, assim como a espinha bífida. A expectativa de vida de um bebê com anencefalia após o nascimento é de algumas horas a alguns dias. (Anencephaly, 2020, s.n., tradução nossa)<sup>1</sup>

A criança anencefálica possui batimentos cardíacos por horas, dias ou até alguns meses, mas isso só ocorre com aqueles que nasceram. O tecido cerebral pode alcançar diversos estágios, em graus variáveis, permitindo em algumas situações que a criança afetada se alimente, chore, ouça, tenha reações, entre outros. Contudo, a tese defendida é a de que o feto com anencefalia está morto, segundo o conceito de morte neurológica, tendo em vista a não potencialidade de se tornar uma pessoa. Nesse sentido, Ribeiro (2004) afirma ser a anencefalia o exemplo mais comum entre as anomalias incompatíveis, cuja morte extrauterina é certa.

A gravidez de feto anencefálico acarreta sérios riscos à mulher, tanto no período de gestação, quanto no momento do parto, exigindo cuidados médicos mais rigorosos que na gestação comum (Fernandes, 2003). O problema atinge com mais intensidade as camadas mais pobres da população, justamente aquelas com dificuldades de acesso aos serviços de saúde pública ou privada.

À vista disso, Ortiz Ortega (1993, p. 27) ressalta a urgência de incorporar a saúde da mulher no debate sobre as estimativas de aborto, uma vez que o aumento do risco de aborto decorre da falta de apoio para as mulheres enfrentarem, trabalhem e pratiquem a interrupção da gravidez, (como em nosso contexto) a decisão de abortar é do Estado e da sociedade, enquanto as mulheres absorvem as consequências da prática.

Portanto, obrigar a gestante a manter em seu ventre um neomorfo seria uma violência semelhante a uma tortura, vedada pela Constituição Federal de 1988. Isso, porque o feto é portador de anomalia fetal incompatível com a vida, nas palavras da Ministra Cármen Lúcia (Brasil, 2012, p. 173): “[...] o berço se transforma num pequeno esquife, a vida se entorta, porque a mulher que teria que estar carregando aquele pequeno berço, para preservar aquela vida com todo cuidado terá que lidar com a morte do filho antes mesmo da vida”. Por fim, obrigar a gestante a seguir com uma gestação que coloque sua vida em risco trata-se de verdadeira tortura e afronta aos Direitos Humanos.

### 3 NATUREZA JURÍDICA DO ABORTO NO DIREITO BRASILEIRO

Ao longo da história, o aborto sempre foi um tema que gera discussões e, diante da polarização, foi necessária a implementação de uma legislação que regulasse a temática. Desse modo, em 1940, implementou-se no Brasil o Decreto-lei n. 2.848, mais conhecido como Código Penal, que tipificou o aborto na parte “Crimes contra a Pessoa”, no capítulo I, dos “Crimes contra a vida” nos arts. 124 a 128 (Brasil, 1940), e assim prevê:

Art. 124. Provocar aborto em si ou consentir que outrem lho provoque. Pena – detenção de um a três anos.

Art. 125. Provocar aborto sem consentimento da gestante. Pena – reclusão de três a dez anos.

Art. 126. Provocar aborto com consentimento da gestante. Parágrafo único – Aplica-se a pena do artigo anterior se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou seu consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não a outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Entretanto, há alguns casos de aborto que o Código Penal brasileiro desconsidera a sua ilicitude, quais sejam os oriundos de patologias que colocam em risco a vida da gestante e do feto, os que provêm de estupro ou de atentado violento ao pudor, e os espontâneos, de diversas origens, entre os quais os provocados por acidentes (Brasil, 1940). Assim, faz-se necessário distinguir dois tipos gerais de aborto: o espontâneo e o provocado – este último legal ou ilegal, subdividido em necessário e criminoso.

O aborto necessário ou terapêutico é praticado por médico com o objetivo de salvar a vida da gestante, e o moral ou hu-

manitário, oriundo de gravidez indesejada resultante de estupro (Brasil, 1940, art. 128, incisos I e II).

Já o aborto considerado criminoso está caracterizado nos arts. 124 a 127 do Código Penal, que englobam o aborto praticado pela gestante ou com seu consentimento, o provocado por terceiro com o consentimento da gestante e sem esse consentimento e as cominações desses casos em que poderão advir resultados lesivos à gestante como lesões corporais graves e até a morte (Brasil, 1940).

Além disso, o Código Civil, no art. 2º, regulamenta a proteção jurídica aos direitos do nascituro desde a concepção e, no Estatuto da Criança e do Adolescente, o art. 7º garante o direito à vida do nascituro mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o seu nascimento. No ponto, registra-se que o Brasil ratificou em 25 de setembro de 1992 a Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe, no art. 4º, que o direito à vida deve ser protegido desde a concepção (Brasil, 1992). A Constituição Federal de 1988, de forma mais genérica, prevê o direito à vida no art. 5º, caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (Brasil, 1988).

As discussões doutrinárias referentes à tipicidade ou não do aborto do feto vêm desencadeando inúmeros conflitos tanto no plano jurídico como no plano religioso. Há estudiosos que entendem que o Código Penal, por ser da década de 1940, não se adequa à realidade atual da ciência, que permite detectar, ainda no útero da gestante, anomalias letais como seria o caso da anencefalia. Nessa situação a dor da gestante seria equiparável à aflição derivada da gestação da mulher estuprada e que, por isso, a anencefalia deveria ser considerada causa supralegal de exclusão de ilicitude (Busato, 2005). Por outro lado, há quem entenda que, com base da imputação objetiva, o aborto do feto anencefálico, à luz da legislação vigente, seria um fato atípico, porque não haveria uma situação de risco proibido, mas sim de risco permitido, entre outras teses (Gomes, 2006).

Em alguns países, “o pensamento moderno sobre o aborto, refletido nas recentes tendências legais emergentes em todas as partes do mundo, mudou de uma concentração na criminalidade para uma preocupação com a saúde da mulher e o bem-estar da família” (Cook, 1991, p. 89). Sendo que, “nas últimas duas décadas, pelo menos 65 jurisdições liberalizaram as leis de aborto e quatro países limitaram subsequentemente os fundamentos da intervenção” (Cook, 1991, p. 89).

Apesar dos “avanços alcançados em alguns países, em muitos outros as leis sobre o aborto mantêm uma perspectiva predominantemente moralizante ou de cunho religioso, pouco influenciada pela opinião de preconceito e injustiça social que a legislação proibitiva do aborto suscita” (Cook, 1991, p. 90). Nesse caso, percebe-se o quão a legislação brasileira está defasada, portanto é imperativa e de extrema importância a sua reforma para acompanhar a evolução da sociedade e da ciência.

### 4 CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS: VIDA HUMANA X DIGNIDADE HUMANA

A temática da criminalização do aborto no Brasil aden-



trou-se na pauta do STF, representando verdadeiro *hard case* enfrentado pelo tribunal, o que suscitou sua análise com base na doutrina dos direitos fundamentais do Robert Alexy, para resolver o conflito entre direitos fundamentais e princípios constitucionais, que gira em torno do emblema da gravidez do feto anencéfalo.

Antes de adentrar na colisão dos direitos fundamentais e princípios, cabe enfatizar que, no caso supracitado, a resolução do impasse se deu pelo procedimento da ponderação. Sendo esse um método para substanciar o órgão julgador na colisão de direitos fundamentais ou princípios, permitindo a aplicação do direito de modo discursivo, objetivando combater arbitrariedades e decisionismos ao se utilizar da dialética e da razão para fundamentar a decisão jurídica de cada caso.

Logo, a ponderação entre os princípios é possível por meio da lei de colisão desenvolvida por Alexy na teoria dos direitos fundamentais, a qual consiste em uma decisão “racional” diante de conflitos entre princípios constitucionais que asseguram direitos e garantias fundamentais, tendo como parâmetro a análise do princípio da proporcionalidade, que se subdivide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (Alexy, 2008). O mencionado jurista alemão entende que havendo colisão de direitos fundamentais é necessário observar a “lei da ponderação” a qual consagra que quanto mais alto for o grau de descumprimento de um princípio (mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em diversos graus), maior deve ser a importância do cumprimento do outro que está em conflito (proporcionalidade em sentido estrito) (Alexy, 2008). Para mensurar tal situação é necessária a incidência de uma forte carga argumentativa.

Cabe ressaltar que a tese do balanceamento foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão, pela primeira vez, em 1958, no julgamento do caso Lüth, em que se admitiu que uma pessoa pudesse ofender direitos fundamentais de outra pessoa. Especificamente sobre a colisão de princípios em Alexy, verifica-se que da colisão de dois princípios nascerá uma regra específica, que deverá prevalecer – chamada “lei de colisão” – como o autor explica:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária. (Alexy, 2008, p. 96)

Portanto, no caso do aborto de feto anencefálico, apresenta-se de um lado o direito à vida do feto e, por outro viés, tem-se o princípio da integridade física e a dignidade humana da gestante. No caso, percebe-se que o direito à vida é o mais importante de todos, embora não seja absoluto. O direito à vida significa que todos devem ter o direito de nascer, de permanecer vivos e de ter a vida interrompida apenas por algum meio natural ou inevitável.

Entretanto, existe uma grande divergência acerca de quando se inicia a vida. Nesse viés, há quatro teorias que declaram o momento de início da vida humana: (I) A **teoria da concepção**,

que delimita o início da vida desde o momento da concepção no útero, a qual foi adotada pela Igreja católica e pelo Direito brasileiro; (II) A **teoria da nidificação**, que exige a fixação do óvulo no útero; (III) A **teoria da implementação do sistema nervoso**, que exige o surgimento de uma base do que será o sistema nervoso central, para que se caracterize ser vivo e humano – o sistema nervoso central começa a se formar entre a 9ª e 12ª semana de vida intrauterina; e (IV) A **teoria do nascimento**, que só existe a vida no momento em que se exterioriza o ser.

Denota-se, assim, que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que dispõe, no art. 4º: “Toda pessoa tem o direito a que se respeite sua vida. Este direito está protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção” (Brasil, 1992). A referida convenção integra o ordenamento jurídico pátrio, por força dos §§ 2º e 3º da nossa Constituição:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Brasil, 1988)

Recorda-se que esse conceito não é universalmente adotado. A Suprema Corte americana, no julgamento do emblemático caso *Roe vs. Wade*, enfatizou que:

Nós não precisamos resolver a difícil questão de quando começa a vida. Quando especialistas em suas respectivas disciplinas a exemplo da medicina, filosofia e teologia são incapazes de chegar a um consenso, o judiciário, nesta etapa de desenvolvimento do conhecimento humano, não está em posição de especular sobre uma resposta definitiva. Deve ser suficiente reconhecer, brevemente, que há larga divergência de pensamento sobre essa sensível e complicada questão. (Estados Unidos, 1973, s.p., tradução nossa)<sup>2</sup>

Todavia, de acordo com a concepção defendida pelo Ministro Joaquim Barbosa, que declarou que neste caso “[...] inexistente afronta ao direito à vida, por não se tratar de um ser biologicamente vivo porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica [...]” (Brasil, 2012, p. 55), uma vez que “o conceito de morte adotado pela legislação brasileira, respaldado na literatura médica e no parecer do CFM sobre o assunto – não se restringe à cessação dos movimentos cardiorrespiratórios, incluindo ausência da atividade cerebral” (Costa, 2007, p. 133-134).

Ainda em relação ao momento da morte, cabe enfatizar que, para a Medicina:

[...] existem dois processos que evidenciam o momento morte: a morte cerebral e a morte clínica. A morte cerebral é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de processo irreversível e de causa conhecida, mesmo que o tronco cerebral esteja temporariamente funcionando. A morte clínica (ou biológica) é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com parada cardíaca e consequente morte cerebral, por falta de irrigação sanguínea, levando a posterior necrose celular. Segundo o Conselho Federal

de Medicina (CFM), os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: ausência de atividade elétrica cerebral, ou ausência de atividade metabólica cerebral, ou ausência de perfusão sanguínea cerebral. (Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.480, de 8 de agosto de 1997). Segundo o CFM, em sua Resolução n. 1.752/2004, os anencéfalos são natimortos cerebrais, e por não possuírem o córtex, mas apenas o tronco encefálico, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica. (Freitas, 2005, p. 1)

Nesse interim, Maria Costa Fernandes (2003) salienta que, diante da má-formação fetal, não há de se falar em garantia constitucional do direito à vida, já que o direito só garante direitos ao nascituro, e o feto anencéfalo é um ser natimorto, “portanto não, há que se falar em crime de aborto, visto que não viola o disposto no artigo 124 do Código Penal” (Fernandes, 2003, p. 124). Além disso, não será abordada a aparente tipificação da conduta da gestante, posto que não se trata de aborto.

Apesar do exposto, o feto mesmo com anomalia (anencéfalo), tem vida, não obstante a ausência de atividade cerebral. Nesse caso, a interrupção da gestação, conquanto o feto não tenha cérebro, constituiria violação do direito à vida. No caso em apreço, ocorria a chamada colisão entre o direito à vida do nascituro e o princípio da dignidade humana, assim como o direito à saúde e à autonomia de vontade da mulher, mas nesse conflito os últimos teriam prevalência, com fundamento no princípio da proporcionalidade. Nas palavras de Carolina Alves de Souza Lima (2009, p. 152-153):

O princípio da proporcionalidade está dentre aqueles princípios mais fáceis de compreender do que de definir. A expressão proporcionalidade tem o sentido literal de equilíbrio e de relação harmônica entre duas grandezas. O princípio, no âmbito jurídico, visa a aferir a constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais. Por meio da sua aplicação, o intérprete avalia a correlação entre os fins visados e os meios empregados nos atos do Poder Público, nas situações de conflito de direitos fundamentais. A aplicação do princípio da proporcionalidade dá-se toda vez que houver a intervenção do Estado na esfera de liberdade (sentido amplo) do indivíduo, nas situações de colisão de direitos fundamentais. Visa a garantir que a intervenção do Poder Público na liberdade do indivíduo só se dê quando necessária, e assim, seja realizada de forma adequada e na justa medida, buscando a máxima proteção dos direitos concorrentes. As limitações e as restrições aos direitos fundamentais devem ser adequadas, necessárias e proporcionais (sentido estrito), ou seja, de acordo com o que preceitua o referido princípio. Por isso, o princípio protege os indivíduos das intervenções estatais desnecessárias ou excessivas por parte do poder Público.

Posto isso, é pertinente destacar que a dignidade da pessoa humana constitui, de acordo com Judith Martins-Costa (apud Sarlet 2009), “valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico, razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”, ou seja, um verdadeiro “princípio constitucional de fixação de valor máximo”.

Ainda, vê-se que a dignidade é atributo intrínseco, da es-

sência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Nesse contexto, Sarlet (2009) sustenta que a dignidade humana é um direito fundamental e, como tal, tem aplicação imediata, estando pautado no direito à vida, e assim se manifesta:

Pautado no direito à vida, a dignidade da pessoa humana é o direito fundamental mais fortemente impregnado da visão ideológica e política. Por isso, o preceito da dignidade da pessoa humana causa especiais dificuldades que resultam não apenas dos enraizamentos religiosos, filosóficos e históricos da dignidade da pessoa humana como também da dependência da respectiva situação global, civilizacional e cultural da sociedade. (Sarlet, 2009, p. 150)

De acordo com Silva e Massau (2020, p. 234) “a dignidade humana, para o Direito, não é um preceito ético ou um postulado religioso, mas um princípio que deve prevalecer quando da incidência da norma no caso concreto”. Os contornos da dignidade humana são tão imprecisos que foi impetrado um habeas corpus no STF que diz respeito à liberdade individual e a dignidade da pessoa humana, competindo a escolha à gestante, não tendo legitimidade o Estado de interferir nessa decisão com o pretexto de violar a liberdade para defender o direito à vida, pois “busca-se [...] a tutela da liberdade de opção da mulher em dispor do seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida independente e extrauterina é absolutamente inviável” (Brasil, 2012, p. 147).

Forçar a mulher a manter a gestação de feto anencéfalo contra a sua vontade é uma manifesta afronta ao seu direito à integridade física, já que representa a verdadeira ameaça a sua vida e um desrespeito a sua autonomia reprodutiva e aos seus direitos sobre o próprio corpo. (Fernandes, 2003, p. 142)

Ainda, em relação à dignidade da pessoa humana, Tavares (2008, p. 16) afirma que:

Certamente se trata de um dos preceitos mais “autoevidentes” e, concomitantemente, mais difíceis de serem definidos com precisão, para fins de incidência de proteção constitucional. Apesar da dificuldade, a justiça brasileira tem se conduzindo pela aplicação direta desse princípio, comumente conjugando-o (consubstancialmente) com outros proclamados constitucionalmente.

Contudo, sem pretensão de exaurir o tema, passa-se a uma sucinta definição: O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Relaciona-se com a liberdade e valores do espírito quanto as condições materiais de existência. (Barroso, 2008, p. 37-38)

Ronald Dworkin (1989, p. 204) aponta que “as mulheres têm a liberdade constitucional de abortar, como um aspecto de seu reconhecido direito constitucional à dignidade da pessoa humana”. Diante disso, imprescindível denotar a decisão que ganhou maior relevância e repercussão acerca da temática do direito ao aborto em casos de fetos anencéfalos, que foi a ADPF n. 54. A devida ação vem sendo encarada, por grande parte da doutrina e da jurisprudência, como precedente apto a levar ao STF a discussão sobre a constitucionalidade do aborto no Brasil.

Faz-se necessário esclarecer que a ação supracitada não é a

única que aborda a devida temática, há outros casos que contribuíram significativamente para que se alcançasse o estágio em que se encontram os debates. Entretanto, este trabalho se limita à abordagem da ADPF n. 54 por se encaixar perfeitamente no conceito de precedentes adotada pela doutrina brasileira. Portanto, é de grande relevância, que se proceda ao exame dos principais pontos abordados da demanda, o que será feito sob um viés crítico, observando sempre a finalidade máxima pretendida pelas ações de controle concentrado de constitucionalidade, qual seja, garantir a proteção e o cumprimento da Constituição Federal de 1988.

## 5 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 54

Em 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), com auxílio de um grupo de advogados, entre eles o Ministro Luís Roberto Barroso, interpôs a ADPF n. 54. A ação tinha como pedido principal a declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro, segundo a qual constituiria crime a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos (Brasil, 2012). A tese do referido pedido se sustenta no viés da anencefalia ser incompatível com a vida por ser responsável por submeter a gestante a riscos e traumas psicológicos, além de colocar em risco a própria vida da mulher. Entre os preceitos fundamentais violados, elenca o princípio da dignidade da pessoa humana (Brasil, 1988, art. 1º, inciso III), a vedação à tortura ou tratamento desumano, ou degradante (Brasil, 1988, art. 5º, inciso III), o princípio da legalidade (Brasil, 1988, art. 5º, inciso II) e o direito fundamental à saúde (Brasil, 1988, art. 196).

Alegou-se, ainda, a impossibilidade da aplicação dos artigos referentes ao aborto em detrimento de princípios constitucionais por juízes e tribunais. A confederação objetivava, por meio da ADPF n. 54, a antecipação terapêutica dos partos em casos de feto anencefalo (Brasil, 2012).

A ação foi julgada procedente pela maioria do Plenário no ano de 2012, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e César Peluso. O Ministro Marco Aurélio Mello foi o relator da ADPF n. 54 e, após realizar um levantamento histórico a respeito do tratamento do tema nas Constituições brasileiras pretéritas, fez menção aos dispositivos que asseguram a neutralidade do Estado com relação a cultos ou crenças religiosas (Brasil, 1988, art. 5º, inciso VI, e art. 19, inciso I). Apontou, ademais, o entendimento, há muito pacificado, sobre a ausência de força normativa do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que usa a expressão “sob a proteção de Deus” (Brasil, 2012).

O relator esclareceu, ao final, a íntima ligação entre a laicidade do Estado e a proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos (Brasil, 2012, p. 43):

A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.

Gilmar Mendes, por sua vez, observou que a segregação

entre Igreja e Estado não significa que as organizações religiosas não sejam entidades legitimadas a atuar no âmbito da discussão levada ao Tribunal. O referido ministro pontuou que, ao contrário:

Os argumentos de entidades e organizações religiosas podem e devem ser considerados pelo Estado, pela Administração, pelo Legislativo e pelo Judiciário, porque também se relacionam a razões públicas e não somente a razões religiosas. [...] todo assunto capaz de mobilizar ou dividir uma comunidade convola-se imediatamente em matéria afeita à política, deixando de se referir, portanto, apenas à saúde, ao crime etc. (BRASIL, 2012, p. 271)

Nesse viés, a participação de tais entidades no curso do julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade assegura a plena observância do Estado Democrático de Direito, na medida em que elas são parte da sociedade à qual se destinam as deliberações ali realizadas. Segundo o Ministro César Peluso (Brasil, 2012, p. 385), o ponto da laicidade do Estado brasileiro não foi objeto de maior atenção, já que “[...] a falsidade lógico-jurídica do argumento da liberdade religiosa e da aplicabilidade doutros princípios constitucionais, como o da autonomia individual [...]” não teria condão de afastar o caráter típico do aborto.

Entretanto, o ponto que passou despercebido pelos demais magistrados foi, conforme o Ministro Luiz Fux, o que versa em torno daquele que comete o delito de aborto, que é, tecnicamente, levado a julgamento pelo tribunal do júri, dada a sua natureza de crime doloso contra a vida (Brasil, 2012). Ainda que órgãos estatais não adotem uma religião como a oficial, os jurados incumbidos de tal *múnus* público possuem suas crenças e convicções pessoais, que serão consideradas no momento do julgamento.

Ocorre que o aspecto mais controverso gira em torno da definição do conceito “vida”, sendo um “divisor de águas” para que se opinasse por considerar, ou não, a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos como fato típico. O conceito analítico de crime perpassa pelos degraus da tipicidade, antijuridicidade e da culpabilidade. Nesse sentido, um dos principais fundamentos levados pela parte autora ao Plenário, o qual foi acolhido por sua maioria, foi o da atipicidade da conduta, por inexistir o bem jurídico tutelado pelas normas penais atacadas (Brasil, 2012). Portanto, o Ministro Fux votou pela não tipificação do aborto de feto anencefalo pois, nesses casos, não há vida. Segundo ele, os danos seriam maiores para a saúde física e psíquica da mulher, caso houvesse a continuidade da gestação. Assim, sustentou-se que anomalia fetal, por ocasionar a ausência de funções mínimas de cognição e consciência, seria incompatível com a vida extrauterina (Brasil, 2012). Conforme expôs o Ministro Marco Aurélio “[...] não haveria possibilidade de desenvolvimento de massa encefálica em momento posterior, pelo que inexistiria, diante desse diagnóstico, presunção de vida extrauterina, até porque seria consenso na medicina que o falecimento diagnosticar-se-ia pela morte cerebral” (Brasil, 2012, p. 45).

Em outras palavras, o feto anencefalo não possuiria sequer um mínimo de potencialidade de vida. Tal posição foi endossada pelo Ministro Carlos Ayres Britto (Brasil, 2012, p. 57):



[...] 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 tem como permanecer. Equivale a dizer: o desfazimento da gravidez anencéfala só é aborto em linguagem simplesmente coloquial, assim usada como representação de um fato situado no mundo do ser – kelsenianamente falando. Não é aborto, contudo, em linguagem depuradamente jurídica – também ressaltou a Ministra Rosa Weber –, por não corresponder a um fato alojado no mundo do dever-ser em que o Direito consiste.

Partindo dessa premissa, salienta-se a parte inicial do voto da Ministra Rosa Weber que, ao discutir o conceito de vida e quando se considera haver seu início, “parecia se inclinar para o entendimento de ser a conduta em questão dotada de tipicidade” (Brasil, 2012, p. 45):

Ocorre que a proteção ou não do feto anencéfalo, da ótica constitucional, não há de decorrer puramente de critérios espousados pela Medicina em um dado momento, mas sim dos critérios jurídicos que envolvem o conceito de vida. [...] Em suma, a ciência não pode determinar um dever de proteção a partir de um fato que considera verdadeiro ou falso. Mesmo tendo os fatos como critério de suas correções, todo tipo de ciência, da física à medicina, tem de lidar com o limite de ‘significabilidade’ da linguagem e com a incapacidade de acesso total aos fatos (que decorre do limite do uso da linguagem para a descrição de fenômenos) [...]. (Brasil, 2012, p. 95)

Logo, a definição do que é a vida e sua respectiva extensão estão, entretanto, diretamente ligadas ao que dispõe a ciência. Portanto, não seria possível dissociar o **dever-ser** do **ser**, tal qual pretendia Kelsen. A ministra esclarece que não seria esse o objeto da reflexão, mas apenas dizer que outros ramos do conhecimento não podem determinar o Direito (Brasil, 2012). Desse modo, para o Direito, as demais áreas científicas têm sua devida importância para a definição dos fatos que pretende regular. Tão logo, é necessário que se delimite quais os eventos que interessam ao mundo jurídico para, após isso, se valer dos significados que lhes são dados por outras ciências.

À vista disso, interessaria ao Direito a proteção do bem jurídico à ‘vida’, mas naquela concepção em que houvesse consciência, cognição, capacidade de interação e emotividade. Rosa Weber exemplificou expondo a disciplina jurídica do nascituro, extraindo que “há um interesse jurídico na preservação da possibilidade do nascimento com vida” (Brasil, 2012, p. 107).

Entretanto, o Ministro Gilmar Mendes (Brasil, 2012, p. 290) entendeu que “não se pode considerar atípica conduta direcionada a provocar a solução de continuidade da gravidez de feto anencéfalo, visto que este pode nascer com vida, gerando reflexos jurídicos e psíquicos de vieses diversos [...]”. Nesse sentido, o Ministro Cezar Peluso acrescentou, remetendo-se ao seu voto no julgamento da ADI n. 3.510, “que não cabe comparação do feto anencéfalo com os embriões congelados, pois estes não poderiam ser abrangidos pelo conceito de ‘vida’, compreendida como uma sucessão contínua de mudanças de acordo com diretriz unitária de desenvolvimento autônomo” (Brasil, 2012, p. 344).

Noutras palavras, não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, sem necessidade de intervenção, a qualquer título, de força, condi-

ção ou estímulo externo. É o que me permito denominar aqui capacidade de movimento autógeno. E isso não o têm os embriões congelados, cuja situação é só equiparável à de etapa inicial de processo que se suspendeu ou interrompeu, antes de adquirir certa condição objetiva necessária, capaz de lhe ativar a potência de promover, com autonomia, uma sequência de eventos, que, biológicos, significam, no caso, a unidade permanente do ciclo vital que individualiza cada subjetividade humana. (Brasil, 2012, p. 344)

Segundo o Ministro Peluso (Brasil, 2012), todos os fetos anencefálicos são dotados de tal capacidade de movimento autógena, de modo que seria incorreto classificá-lo como natimorto, que pressuporia um estado de irreversibilidade em que não há “reação pupilar, movimento ocular espontâneo, resposta ao reflexo óculo-cefálico, reflexo corneano, resposta auditiva, sucção espontânea” (Brasil, 2012, p. 380). Destaca-se, ainda, a controversa e nebulosa distinção entre os diagnósticos de anencefalia e meroanencefalia, já que a primeira não corresponde, conforme o nome sugere, à ausência total do encéfalo.

Ainda, merece destaque o apelo do Ministro Peluso (Brasil, 2012) à existência de propósito eugênico do pedido de tornar permissível a interrupção da gestação de fetos anencefálicos.

É possível imaginar o ponderável risco de que, julgada procedente está ADPF, mulheres entrem a pleitear igual tratamento jurídico a hipóteses de outras anomalias não menos graves, ou porque a gravidez seja indesejada em si, ou porque, à conta de fatores econômicos, sociais, familiares etc. seria insupportável ou insustentável ter um filho. (Brasil, 2012, p. 395)

Diante disso, no que concerne à atipicidade da conduta, a maioria do Plenário seguiu o voto do relator, parte de seus membros entendeu que o aborto de feto anencefálico não seria crime por conta da existência de uma causa excludente de ilicitude. A posição, capitaneada pelo Ministro Luiz Fux, também defendida por Gilmar Mendes, tem fundamento em um estado de necessidade justificante que, embora não previsto expressamente pelo ordenamento jurídico (supralegal), faz-se presente a partir de uma ponderação entre os interesses conflitantes (Brasil, 2012).

Aplicando a tese ao caso concreto, tem-se o sopesamento entre o suposto direito à vida do feto e os direitos à liberdade e à saúde da gestante. Tendo em vista que o feto anencefálico, quando não acaba falecendo durante a gravidez, somente sobrevive algumas horas após o parto, seria mais razoável que o Direito tutelasse a saúde física e psíquica da mãe. Nas palavras do Ministro Luiz Fux (Brasil, 2012, p. 169):

O sacrifício da penalização de uma gestante de feto anencefálico não se revela necessário aos fins do direito punitivo, mas, antes, demonstra a desproporcionalidade da sanção diante da inafastável defesa da dignidade humana da mulher infortunada, fundamento do Estado democrático de Direito e garantia revestida da categoria de direito fundamental.

Cabe enfatizar o final do voto do Ministro Lewandowski que equipara o pedido principal da ação à prática conhecida como aborto eugênico, posicionando-se terminantemente contra sua procedência (Brasil, 2012).

Não obstante, faz-se necessário esclarecer que o aborto eugênico está associado a questões ideológicas, não se permitindo levar adiante a gestação por motivos discriminatórios, como

raça, sexo ou etnia. São exemplos os abortos realizados por médicos partidários do nazismo, visando ao extermínio de judeus e negros (Diniz, 1998), bem como a seleção de bebês em função do sexo, em países como Índia e China. De forma diversa, o aborto de fetos anencefálicos é denominado, tecnicamente, interrupção seletiva ou terapêutica da gestação, pois justificado pela presença de anomalias fetais ou para resguardar a saúde da gestante. Sobre o assunto, são relevantes as observações de Débora Diniz (1998, p. 127).

[...] tratar, no entanto, o aborto seletivo como eugênico é nitidamente confundir as práticas. Especialmente porque a ideologia eugênica ficou conhecida por não respeitar a vontade do indivíduo. A diferença fundamental entre a prática do aborto seletivo e a do aborto eugênico é não haver a obrigatoriedade de se interromper a gestação em nome de alguma ideologia de extermínio de indesejáveis, como fez a medicina nazista. [...] A ISG ocorre por opção da paciente. [...] Na verdade, entre ambos os conceitos há uma relação de dependência e não de exclusão.

A partir desse ponto de vista, coloca-se em pauta a existência de um conflito entre direitos fundamentais. De um lado, o direito à vida do feto, e de outro, os direitos à autodeterminação e à saúde física e psíquica da gestante. Nesse viés, é correto afirmar que a Constituição Federal de 1988 não prevê qualquer direito de caráter absoluto, por mais importante que ele seja. E o direito à vida não é uma exceção, na medida em que o próprio texto constitucional admite a pena de morte, em caso de guerra declarada por decreto do chefe do Executivo Federal (Brasil, 1988). Da mesma forma, ocorreria com a disciplina do direito à vida, que comportaria maior proteção à medida de seu desenvolvimento.

Nesse ponto, menciona-se o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa (Brasil, 2012, p. 149):

a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, à vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.

A situação enfrentada pela mulher ganha ainda maior importância nos votos em que se afirma a inexistência de ilicitude penal por haver fator excludente da culpabilidade, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa. Portanto, a semelhança do que foi sustentado em relação à presença de uma causa supralegal excludente da ilicitude, a exclusão da culpabilidade, ainda que não prevista expressamente no texto legal, estaria presente por não ser razoável exigir da gestante eu levasse a gravidez até o final, mesmo sabendo que jamais poderia criar seu filho. Em suma, o abalo psicológico e físico ocasionado pela situação justificaria não lhe imputar as penas previstas nos arts. 124 e 126 do Código Penal (Brasil, 1940).

Diante disso, ganha relevo o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República inscrito no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, bem como seu art. 5º, inci-

so III, que dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Assim, assevera Luís Roberto Barroso (2008, p. 104).

Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infraconstitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental.

Ainda no âmbito da ADPF n. 54, merece atenção o modo de abordagem da matéria por parte do Ministro Celso de Mello, com destaque para o papel contramajoritário do STF em face de demandas cujos autores representam parcela da sociedade em situação de vulnerabilidade (Brasil, 2012). Diante do exposto, percebe-se na fundamentação dos votos que parte dos ministros se valeu do procedimento da ponderação de Robert Alexy como método procedimental a solucionar colisão de direitos fundamentais e princípios, em que prevaleceu a dignidade humana em detrimento da vida do feto.

Cabe mencionar o entendimento de Singer (1997, p. 204, tradução nossa):

[...] como a atitude da nova ética que defendi rejeita mesmo a ideia de que toda a vida humana tem o mesmo valor, eu não defenderia que toda a vida tem o mesmo valor, sem ter em conta as suas qualidades características [...]. E do ponto de vista da ética revista [...]. O direito à vida não é um direito exclusivo dos membros da espécie “homo sapiens”<sup>5</sup>.

Portanto, neste caso não há que se falar em vida humana em detrimento do feto natimorto, mas, sim, deve-se assegurar o direito à dignidade da gestante, visto que o “direito de decisão da mãe e não como atentado contra a vida do filho” (Singer, 1997, p. 205, tradução nossa).

## 6 CONCLUSÃO

Ao longo dos anos a mulher vem lutando por seus direitos, mas principalmente pela autonomia e liberdade do seu próprio corpo, incluindo o direito de manter ou interromper a gravidez. Apesar das constantes lutas, há uma resistência muito forte em relação à legalização do aborto nos casos de feto anencefálico, violando a dignidade da mulher.

Entretanto, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, teve-se um significativo avanço no que concerne ao direito à liberdade da mulher em decidir sobre o seu corpo, visto que se julgou procedente a exclusão da esfera de incidência dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal na interrupção da gestação de fetos anencefálicos. A referida ação representa um instrumento de grande relevância no mundo jurídico, pois viabiliza a proteção às principais normas inseridas no texto da Constituição Federal de 1988, tais como os princípios fundamentais da República e os direitos e garantias fundamentais.

Apesar de a ação ter sido favorável pelo aborto em casos

de fetos anencefálicos, muito dos ministros demonstraram resistência, uma vez que utilizaram argumentos pautados no viés ideológico e religioso para negar a exclusão da ilicitude do caso. Por óbvio que se trata de um verdadeiro *hard case*, em que, por um lado há o entendimento de que a criminalização da prática abortiva é um meio de proteção do embrião e, por outro, pode-se entender que a descriminalização do aborto é um meio menos gravoso para proteger a saúde, a liberdade da mulher, sua integridade física, moral e psicológica.

Com base em todo o exposto, podemos afirmar que, apesar da suma importância do direito à vida, este não é absoluto, pois quando em conflito com a dignidade da pessoa humana, deverá ser aplicado ao caso concreto a técnica da ponderação, defendida, entre outros, por Robert Alexy.

A teoria da ponderação é uma atividade extremamente complexa, a qual envolve critérios pouco objetivos de decisão, o que dependerá do perfil ideológico do sujeito que irá realizá-la. É um método representado pela aplicação da proporcionalidade, pois, para se chegar nela, é imperioso percorrer o caminho da adequação e da necessidade. O papel do operador do direito nesse caso é precisamente tentar dissipar o conflito existente por meio de uma harmoniosa integração de valores contraditórios, e quando não houver a possibilidade de tal harmonia, optar pelo que, no caso concreto, possuir maior valor.

Por fim, a dignidade da pessoa humana ocupa o posto mais alto do ordenamento jurídico, logo, a mulher, grávida de feto diagnosticado como anencefalo, tem o direito constitucional de interromper a gravidez, como fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, da legalidade, liberdade e autonomia da vontade à saúde (art. 1º, caput, e art. 5º, da Constituição Federal de 1988).

## NOTAS

- 1 Traduziu-se, no original: "*Anencephaly is a congenital birth defect that occurs in approximately one in one thousand pregnancies. It is a neural tube defect, just as is spina bifida. Life expectancy for a baby with anencephaly after birth is a few hours to a few days*". (Anencephaly, 2020, s.n).
- 2 Traduziu-se, no original: "*We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer. It should be sufficient to note briefly the wide divergence of thinking on this most sensitive and difficult question*". (Estados Unidos, 1973, s.n).
- 3 Traduziu-se, no original: "[...] puesto que la actitud de la nueva ética que he estado defendiendo rechaza incluso la idea de que toda vida humana tiene el mismo valor, no voy a defender que toda vida tiene el mismo valor, sin tener en cuenta su calidad o características [...]. Y desde el punto de vista de la ética revisada [...]. El derecho a la vida no es un derecho exclusivo de los miembros de la especie "homo sapiens". (Singer, 1997, p. 204).
- 4 Traduziu-se, no original: "*derecho de decisión de la madre y no como un atentado contra la vida de su hijo*". (Singer, 1997, p. 205).

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANENCEPHALY. Info. *Important notice*. Prez-vers-Siviriez, CH, [2022]. Disponível em: <https://www.anencephaly.info/en/index.php>. Acesso em: 25 nov. 2022.
- ANJOS, Márcio Fabri dos. Anencefalia e bioética: visitando argumentações. *Revista Bioethikos*, Centro Universitário São Camilo, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 154-160, 2012. Disponível em: <https://saocamilo-sp.br/assets/artigo/bioethikos/94/a4.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 93-120, jul./set. 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43329/44670>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 nov. 2022.
- BRASIL. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Legislação citada pela Coordenação de Estudos Legislativos – CEDI. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 20 nov. 2022.
- BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidente da República, [1940]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 20 nov. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. *Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, SC, v. 10, n. 2, p. 577-606, 2005. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/413>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COOK, Rebecca. Leyes y políticas sobre el aborto: retos y oportunidades. *Debate Feminista*, Rio de Janeiro, v. 3, 1991. Disponível em: [https://debatefeminista.cieg.unam.mx/df\\_ojs/index.php/debate\\_feminista/article/view/1499/1337](https://debatefeminista.cieg.unam.mx/df_ojs/index.php/debate_feminista/article/view/1499/1337). Acesso em: 20 nov. 2022.
- DINIZ, D.; ALMEIDA, M. *Bioética e aborto*. In: Costa, S.I.F.; Garrafa, V.; Oselka, G. Iniciação à bioética. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- DINIZ, D. *Conflitos morais e bioética*. Brasília, DF: Letras Livres, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 384.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984-1989.
- ESTADOS UNIDOS. *ROE v. WADE*, 410 U.S. 113 (1973) Disponível em: [http://www.papelesdesociedad.info/IMG/pdf/caso\\_roe\\_contra\\_wade-2.pdf](http://www.papelesdesociedad.info/IMG/pdf/caso_roe_contra_wade-2.pdf). Acesso em: 21 nov. 2022.
- FERNANDES, Maira Costa. Interrupção da gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- FREITAS, Ana Clelia de. Existe aborto de anencefálicos? *DireitoNet*, [S.l.], 18 mar. 2005. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1969/Existe-aborto-de-anencefalos>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- GOMES, Luiz Flávio. Teoria da imputação objetiva e aborto anencefálico: atipicidade material do fato. *Lfg*, [S.l.], 2011. Disponível em: [http://www.lfg.com.br/artigos/art\\_aborto\\_lfg.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/art_aborto_lfg.pdf). Acesso em: 20 nov. 2022.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. 1. ed, Curitiba: Juruá, 2009.
- LOPES, Jaime Ferreira. Frente contrária ao aborto leva vantagem. *Brasil sem aborto*, [S.l.], [2020]. Disponível em: <http://www.brasilsemaborto.com.br/destaques.asp?op=1&id=147>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- ORTIZ, Ortega Adriana. *Razones y pasiones em torno al aborto*. México, D.F: Edamez, sept. 1993.
- PACHECO, Descovi Eliana. O aborto e sua evolução histórica. *DireitoNet*, [S.l.], 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764/O-aborto-e-sua-evolucao-historica>. Acesso em: 20 nov.2022.

ANJOS, Márcio Fabri dos. Anencefalia e bioética: visitando argumentações.

QUEIROZ, Márcia Vezzà de; BRIGAGÃO, André Luis de Queiroz. Aborto anencefálico. *Revista do Curso de Direito*, Portal Metodista de Periódicos Científicos e Acadêmicos, São Paulo, v. 5, 2008.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Antecipação terapêutica do parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. In: DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília, DF: Letras Livres, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Pablo Alan Jenison; MASSAÚ, Guilherme Camargo. A dignidade humana como conteúdo dos direitos fundamentais. *Revista Húmus*, [São Luís, MA], v. 10, n. 30, p. 232-247, 2020. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/14572/8197>. Acesso em: 21 nov. 2022.

SINGER, Peter. *Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional*. Barcelona: Paidós, 1997.

TAVARES, Silvana Beline. *Trajetória da luta feminista para a descriminalização do aborto no Brasil e Portugal*. 2008. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Araraquara, 2008.

Artigo recebido em 26/7/2023.

Artigo aprovado em 17/10/2023.

---

**Lorenzo Borges de Pietro** é advogado e mestrando em Direitos Sociais na Universidade Federal de Pelotas (UFPeL). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional e em Direito Eleitoral pela Faculdade Venda Nova do Imigrante. Graduado em Direito na Universidade da Região da Campanha (Urcamp) em 2018.

**Martiane Jaques La Flor** é registradora de imóveis em Pelotas. Professora universitária, Doutora em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), possui Mestrado em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e especializações em Direito Notarial e Registral e em Direito Civil, graduação em Ciências Contábeis pela UFRGS e em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPeL) e Doutoranda em Política Social e Direitos Humanos na Universidade Católica de Pelotas (UCPeL).

**Nicoli Francieli Gross** é mestranda em Direito Sociais pela Universidade Federal de Pelotas (UFPeL), com bolsa integral da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Pós-graduanda em Direito Médico e Saúde (Unisc). Bacharela em Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Graduação sanduíche na Universidade do Porto, Portugal, na área de criminologia, pelo programa de Mobilidade, Acordo de Cooperação.