



**Carolina Milani Marchiori**

**ANÁLISE DA ADPF 54: MAPEAMENTO DA DECISÃO E  
VERIFICAÇÃO DE UMA POSSÍVEL FORMAÇÃO DE  
PRECEDENTE**

**Monografia apresentada  
à Escola de Formação da  
Sociedade Brasileira de  
Direito Público – SBDP,  
sob a orientação da  
Professora Mariana  
Vilella**

**SÃO PAULO  
2012**

**Resumo:** A monografia classifica os argumentos dos votos de cada ministro no julgamento da ADPF 54 em (i) questão principal, (ii) questões intermediárias e (iii) questões de contextualização. Em seguida, coloca os principais fundamentos em comparação em uma tabela para, então, analisar seus dados e levantar conclusões acerca de convergências e divergências entre os ministros, e a formação de maioria quanto aos argumentos para extrair do caso um posicionamento da Corte. Coube atenção especial para aqueles que poderiam abrir precedente para a permissão de aborto em outras situações que não a anencefalia. Esse é o caso da condição de potencialidade de vida extrauterina para que o Direito tutele o feto. Sob esse requisito, outras doenças congênitas e fatais, por exemplo, podem ser permitidas pelo Judiciário sob o mesmo argumento usado pelo STF neste julgamento.

**Acórdão citado:** ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; vida; aborto; anencefalia; precedente.

## **AGRADECIMENTOS**

À Sociedade Brasileira de Direito Público pela iniciativa de um projeto tão enriquecedor como a Escola de Formação.

Aos Coordenadores e colegas da Escola de Formação pelas críticas, sugestões e apoio.

A Mariana Vilella pela orientação deste trabalho e pela paciência, dedicação e disponibilidade em me ajudar.

E aos amigos e familiares, em especial meu pai, pela compreensão e ajuda.

## ÍNDICE

1.Introdução.....	05
2.Metodologia.....	09
3.Análise individual dos votos.....	15
4.Análise comparativa dos votos.....	29
4.1.Do tratamento penal à interrupção de gravidez de feto anencéfalo.....	29
4.2.Da vida.....	31
4.3.Do direito à vida.....	37
4.4.Dos direitos da mulher.....	43
4.5.Do diagnóstico e dos riscos envolvidos.....	46
4.6.Da discriminação e da eugenia.....	50
4.7.Da interpretação evolutiva do Código Penal e da vontade do legislador.....	53
4.8 Da legitimação do STF.....	57
4.9.Da preocupação do ministro com a consequência da decisão.....	61
4.10.Da penalização da matéria.....	65
4.11.Outros temas.....	68
5.Conclusão.....	74
6.Fechamento.....	77
7.Bibliografia.....	80
8. Anexos (tabelas).....	81
8.1.Ministro Marco Aurélio.....	81
8.2.Ministro Gilmar Mendes.....	82
8.3.Ministro Ricardo Lewandowski.....	84
8.4.Ministro Luiz Fux.....	85
8.5.Ministro Carlos Ayres Britto.....	87
8.6.Ministro Cezar Peluso.....	87
8.7.Ministra Rosa Weber.....	89
8.8 Ministro Celso de Mello.....	91
8.9.Ministro Joaquim Barbosa.....	92
8.10.Análise Comparativa.....	96

## **1. INTRODUÇÃO**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 foi uma ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde para a declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/40 – que impeça a antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado. Pretendia a ADPF ver reconhecido o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

A técnica que se pede para que seja utilizada – a interpretação conforme a Constituição – consiste em, diante de normas infraconstitucionais polissêmicas, optar pelo sentido que seja compatível com a Constituição, ou, como no caso em questão, excluir uma interpretação com ela incompatível, declarando-a (a interpretação) inconstitucional. Isso se dá em virtude do princípio básico da conservação das normas, da presunção de sua constitucionalidade, de modo que é desejável conferir aos dispositivos uma interpretação conforme a Constituição, sem declará-los inconstitucionais. A técnica, contudo, encontra limites na expressão literal da lei e na vontade do legislador.

Diante de tal pedido, o Ministro Marco Aurélio concluiu por conceder “ad referendum” o pedido de liminar, no dia 01 de julho de 2004. No ano seguinte, em questão de ordem, o pleno do Tribunal decidiu pela adequação da ADPF, por referendar a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado; e por revogar a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos.

Finalmente, em 12 de abril deste ano (2012), o Supremo Tribunal Federal julgou a ação em definitivo, resultando em oito votos pela procedência da ação (Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Carlos Ayres

Britto, Celso de Mello, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa), ou seja, declarando inconstitucional a interpretação que proíbe a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, e dois pela improcedência (Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski). O ministro Dias Toffoli não votou porque se declarou impedido por ter atuado no processo quando era advogado-geral da União.

O julgamento desta ADPF foi, nas palavras dos ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio, uma das mais importantes questões já analisadas pela Corte.

Segundo o Ministro Marco Aurélio:

“A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. (...) Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem.”

Já para Peluso, este seria o mais importante julgamento da história do STF, porque nele se tenta definir o alcance constitucional do conceito de vida e da sua tutela normativa. Também admite que a matéria seja delicada, envolvendo “razões inconscientes”, “não só conceitos religiosos, mas a força, a cultura, o modo de ser de cada magistrado”.

De fato, uma decisão que permite a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos é de relevância e influência indiscutíveis no país. Isso porque envolve questões sensíveis como o direito à vida e o direito à saúde, passando pelos princípios da dignidade humana e da liberdade e autonomia de vontade. Para alguns, a decisão, certamente, foi um avanço, uma vez que permite afastar o mal-estar da mãe que é obrigada a prosseguir numa

gestação fadada ao fracasso. Para outros, contudo, a decisão representou um retrocesso por permitir a morte de inúmeros fetos, ou por verem no julgamento do Supremo uma extrapolação da sua função como legislador negativo.

De um ponto de vista ou de outro, é uma decisão determinante sobre questões relevantíssimas que envolvem a moral, a medicina, a vida e a saúde. Daí a importância de analisar sobre quais argumentos os ministros decidiram.

Assim, o objetivo desta monografia é mapear a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, a fim de buscar nas questões levantadas pelos ministros eventuais convergências e divergências na sua argumentação e, se possível, extrair pontos comuns que formulem uma posição da Corte sobre o caso e, além dele, sobre elementos que o transcendem tal qual o conceito de vida para o Supremo; o grau de proteção que ela recebe; o entendimento do Tribunal sobre o aborto, as excludentes e os bens jurídicos por eles tutelados; os direitos da mulher à dignidade humana, liberdade, autonomia de escolha, privacidade, intimidade, bem como seus direitos sexuais e reprodutivos.

São ainda questões que perpassam o julgamento a legitimação do STF para decidir sobre o caso e, em alguma medida, criar novo direito; o papel do Direito Penal sobre o problema do aborto; e o tratamento deste como questão de saúde pública.

Além disso, buscarei averiguar se os argumentos utilizados pelos ministros estão bem fundamentados e restritos à hipótese de interrupção de gravidez de feto anencéfalo, ou, de outro modo, se abrem portas para a permissão do aborto em outras situações fáticas, tais como o caso de outras doenças congênitas e fatais previamente detectáveis.

Para tanto, disporei de um capítulo de “Metodologia” para expor os caminhos percorridos na realização da Monografia, bem como o método de análise dos votos dos ministros e da comparação entre eles.

Em seguida, haverá um capítulo para a exposição de um breve relato do voto de cada ministro, seus principais fundamentos e estrutura argumentativa. Outro capítulo se reservará à análise do julgamento como um todo, com a comparação dos argumentos de cada voto em blocos divididos por temas.

Por fim, um capítulo para as conclusões parciais e outro para o fechamento da monografia, com as minhas percepções do julgamento em geral.



## 2. METODOLOGIA

A realização da monografia se dividiu em duas etapas principais: (i) a leitura e fichamento dos votos dos ministros e (ii) a comparação destes para a produção de conclusões.

### 2.1 Da análise individual dos votos

Para os fins da primeira etapa (Capítulo 3) foram extraídas da leitura atenta e repetida de cada voto os seguintes pontos:

- i) *Uma questão principal*: a que o ministro se propõe a responder. A resposta é efetivamente a conclusão do voto<sup>1</sup>.
- ii) *Questões intermediárias*: são razões de decidir, argumentos que levam à conclusão final mediante fundamentos, isto é, aquilo que remete à questão principal.
- iii) *Questões de contextualização*: são argumentos periféricos, ou seja, questões sem potencial de influência direta no resultado do julgamento, mas que servem para situar os interlocutores, como apresentação da evolução do regime constitucional da matéria apreciada, a apresentação de normas do direito comparado, etc.

A partir dessa identificação elaborei tabelas em que dividi, de maneira sintética, as razões de decidir, de um lado, e os argumentos periféricos, do outro, na medida em que respondem as questões levantadas no esquema anterior (Vide Anexos 8.1., 8.2., 8.3., 8.4., 8.5., 8.6., 8.7., 8.8. e 8.9.)

Essa classificação em questão principal, questões intermediárias e questões de contextualização foram inspiradas na metodologia utilizada por Fillipi Marques Borges em sua Tese de Láurea pela USP, em 2011, "O julgamento do caso das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal: mudança de paradigma deliberativo?".

---

<sup>1</sup> Obs.: nem sempre o ministro diz expressamente qual é esta questão, caso em que apreendemo-na da leitura do voto.

Embora estivesse ciente da existência da classificação “*obiter dictum X ratio decidendi*” já consagrada na doutrina, optei pela divisão da Tese de Láurea do Fillipi Borges por dar destaque ao encontro de uma questão principal em cada voto do julgamento. Como a minha proposta de investigação passava por mapear os argumentos de cada ministro para depois encontrar um posicionamento da Corte, a identificação de uma questão principal para cada voto facilitou identificar, no primeiro momento, os argumentos da análise individual. Apesar disso, ainda que não tenha sido utilizada estritamente a clássica divisão “*obiter dictum X ratio decidendi*”, esta não fica totalmente excluída, uma vez que as duas classificações partem de ideias semelhantes, isto é, uma separação entre argumentos principais e secundários, sendo, portanto, mais uma diferença de nomenclatura do que verdadeiramente conceitual.

Esta primeira etapa se organiza de acordo com o seguinte modelo geral de análise dos votos:

### **Voto do Ministro X**

#### 1. Estrutura argumentativa do voto

**Questão Principal:** saber se...

Para isso, o Ministro X passa a enfrentar uma série de **questões intermediárias**, são elas: (i); (ii); etc.

Além disso, o Ministro traz ao voto algumas **questões de contextualização**, considerados argumentos periféricos, referentes a: (i); (ii); etc

#### 2. Síntese do voto

(...)

## **2.2 Da análise comparativa dos votos**

A segunda etapa consistiu no preenchimento de tabelas comparativas dos votos (vide Anexo 8.10), separadas em blocos por assuntos que, de

algum modo, se aproximavam, para melhor se prestar à visualização e comparação. As questões postas nas tabelas foram levantadas a partir da leitura do material (incluído aí os vídeos) e da identificação de pontos importantes em comum que foram abordados em todos - ou quase todos - os votos, e que poderiam contribuir para responder ao meu objetivo principal de verificar o que pode ser levado da decisão como precedente. Os blocos se organizaram da seguinte maneira:

### **DO TRATAMENTO PENAL À INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO**

	<b>Fato é típico?</b>	<b>Fato é antijurídico?</b>	<b>Fato é culpável?</b>	<b>Fato é punível?</b>
<b>Ministro X</b>	Sim ou Não	Sim ou Não	Sim ou Não	Sim ou Não

### **DA VIDA**

	<b>O que caracteriza vida para o(a) ministro(a)?</b>	<b>Anencéfalo tem vida intrauterina?</b>	<b>E vida extrauterina em potencial?</b>	<b>O conceito biológico de vida é o mesmo do conceito jurídico?</b>
<b>Ministro X</b>	(...)	Sim ou Não	Sim ou Não	Sim ou Não

### **DO DIREITO À VIDA**

	<b>O direito à vida é absoluto?</b>	<b>O direito tutela os direitos do nascituro?</b>	<b>Qual o bem protegido pela proibição do aborto?</b>	<b>A proteção ao direito à vida comporta gradações?</b>	<b>O direito tutela a vida do feto anencéfalo?</b>
<b>Ministro X</b>	Sim ou Não	Sim ou Não	(...)	Sim ou Não	Sim ou Não

### **DOS DIREITOS DA MULHER**

	<b>O ministro usa os direitos da mulher para decidir?</b>	<b>i. Direito à liberdade, autonomia e liberdade de escolha</b>	<b>ii. Direito à dignidade humana</b>	<b>iii. Direito à privacidade e à intimidade</b>	<b>iv. Direitos sexuais e reprodutivos</b>
<b>Ministro X</b>	Sim ou Não	(...)	(...)	(...)	(...)

### **DO DIAGNÓSTICO E DOS RISCOS ENVOLVIDOS**

	<b>O diagnóstico de anencefalia é certo?</b>	<b>Os riscos físicos da gestação de anencéfalo são maiores?</b>	<b>E os riscos psicológicos?</b>
<b>Ministro X</b>	Sim ou Não	Sim ou Não	Sim ou Não

### DA DISCRIMINAÇÃO E DA EUGENIA

	<b>Aborto de anencéfalos é aborto eugênico?</b>	<b>Há discriminação contra deficientes no aborto de anencéfalos?</b>
<b>Ministro X</b>	Sim ou Não, porque (...)	Sim ou Não, porque (...)

### DA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DO CÓDIGO PENAL E DA VONTADE DO LEGISLADOR

	<b>Interpretação evolutiva do CP: a tecnologia à data da sua promulgação permitia identificar a anencefalia?</b>	<b>Qual(ais) o(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s) pelo Código Penal nas excludentes de aborto?</b>	<b>Qual a intenção do legislador? Presume vontade de excluir o aborto de feto anencéfalo do crime de aborto?</b>
<b>Ministro X</b>	Sim ou Não	(...)	(...)

### DA LEGITIMAÇÃO DO STF E DA PREOCUPAÇÃO DO MINISTRO COM A CONSEQUÊNCIA DA DECISÃO

	<b>O STF é legítimo para julgar? Por quê?</b>	<b>O ministro demonstrou preocupação com o fato de a sua decisão poder abrir precedente?</b>	<b>O ministro citou a ADI 3510?</b>
<b>Ministro X</b>	Sim ou Não, porque (...)	Sim, porque (...) ou Não	Sim, para (...) ou Não

### DA PENALIZAÇÃO DA MATÉRIA

	<b>O direito penal é o meio mais eficiente para tratar da questão?</b>
<b>Ministro X</b>	Sim ou Não (...)

Esse é o modelo básico das tabelas que foram preenchidas com a leitura de cada voto, para assim, facilitar a comparação destes e possibilitar a extração de um posicionamento prevaiente na Corte em cada coluna ou bloco. Cumpre ressaltar, apenas, que não são todos os ministros que discutem cada uma das questões acima levantadas. Para muitos, a resposta a uma coluna será "não discute", porque o ministro não entrou na discussão do ponto tratado.

Em seguida, cada bloco recebeu a redação de uma análise conjunta dos dados obtidos e eventuais conclusões que deles puderam se extrair, bem como críticas e comentários (Capítulo 4).

Por fim, se seguirá às conclusões parciais (Capítulo 5) que a análise dos blocos em conjunto pode proporcionar, bem como a tentativa de responder ao que fica de precedente do julgamento da ADPF 54. Como precedente quero dizer todo argumento que, por ter obtido a adesão da

maioria da Corte, pode vir a ser utilizado como fundamento de futuras decisões judiciais. Daí a importância na utilização de tabelas como espécie de “placares” de argumentos a fim de obter de cada argumentação o que constituiu a opinião majoritária do Supremo.

Um último capítulo conterà a conclusão final acerca das impressões sobre o julgado, de modo geral (Capítulo 6).

### **2.3 Dificuldades enfrentadas:**

O acórdão do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 não se encontra ainda publicado no site do STF<sup>2</sup>. Assim, na tentativa de adquirir os votos escritos, liguei, por diversas vezes, nos gabinetes de cada ministro. Dessa empreitada, consegui o relatório e os votos dos seguintes ministros: Marco Aurélio; Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux e Carlos Ayres Britto.

Os demais votos foram solicitados a partir de um requerimento formal, em nome da Sociedade Brasileira de Direito Público, à Coordenadoria de Análise de Jurisprudência, sob direção de Ana Paula Alencar Oliveira. A resposta, contudo, foi pela impossibilidade do envio do acórdão, posto que este somente estaria disponível após sua publicação.

Por isso, recorri aos vídeos do julgamento da ADPF disponíveis no canal oficial do STF no Youtube<sup>3</sup> para a análise dos votos restantes (Rosa Weber, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Cezar Peluso<sup>4</sup>).

A utilização de vídeos, no entanto, apresenta o seguinte problema: alguns ministros não leem a íntegra do seu voto. Apesar disso, realizei, da mesma maneira, o fichamento dos votos com as informações que eram proferidas no Plenário.

---

<sup>2</sup> [stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp)

<sup>3</sup> <http://www.youtube.com/user/STF>

<sup>4</sup> O ministro Dias Toffoli estava impedido, pois se manifestou publicamente sobre o tema quando era advogado-geral da União.

Contudo, o Ministro Joaquim Barbosa limitou-se a citar seu voto no HC 84.025<sup>5</sup> e a pedir a juntada deste com algumas modificações. Ainda assim, fiz a análise do voto no HC 84.025, desconsiderada a parte em que se discute a questão processual do caso (referente à competência do STF para julgar a impetração daquele Habeas Corpus).

Por fim, a Ministra Cármen Lúcia também diz que não realizará a leitura do voto e faz apenas algumas considerações e comentários genéricos que não chegam a constituir uma argumentação de fato, ficando prejudicada a esquematização do voto e classificação de seus argumentos. Acredito, contudo, que isso não prejudicou a monografia no geral, tendo em vista que todos os demais votos foram plenamente analisados e as maiorias obtidas com as tabelas foram, em grande parte, obtidas por diferença de mais de um voto. Ainda que o “placar” de argumentos se altere com a publicação do acórdão e do voto da Ministra, não fica prejudicada a análise dos argumentos, porque esta não se restringiu apenas àqueles que obtiveram maioria, mas, ao contrário, se estendeu, da mesma maneira, a todas as teses dissidentes.

Em suma, a monografia conta com o universo de nove votos da ADPF (o de todos os ministros, exceto da Ministra Carmen Lúcia, que não profere seu voto oralmente, nem seu gabinete ou a CAJ liberam seu voto escrito; e do Ministro Dias Toffoli, quem estava impedido de julgar).

---

<sup>5</sup>Habeas Corpus impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que impediu a impetrante de interromper a gestação de feto com anencefalia. O HC teve seu pedido prejudicado por perda de objeto (a criança chegou a nascer e sobreviveu por sete minutos).

### 3. ANÁLISE INDIVIDUAL DOS VOTOS

#### VOTO MARCO AURÉLIO

##### 1. Estrutura argumentativa do voto

**Questão Principal:** saber se a tipificação penal da interrupção da gestação do feto anencéfalo é constitucional.

Para isso, o Ministro Marco Aurélio passa a enfrentar uma série de **questões intermediárias**, são elas: (i) o feto anencéfalo tem vida? (ii) havendo vida, prevalece o seu direito à vida ou os direitos da mulher (à saúde, dignidade, autonomia, privacidade, e direitos sexuais e reprodutivos)? (iii) o legislador penalista quis a inclusão dessa hipótese nos casos de aborto?

Além disso, o Ministro traz ao voto algumas **questões de contextualização**, considerados argumentos periféricos, referentes a: (i) laicidade do estado; e (ii) possibilidade de a mulher manter a gestação para doar órgãos do feto anencéfalo

##### 2. Síntese do Voto

É possível dividir o voto do Ministro Marco Aurélio em duas partes principais<sup>6</sup>. Na primeira parte, ele argumenta que o fato é atípico, pois o anencéfalo é um natimorto cerebral, não podendo se falar em vida, biológica (viabilidade) ou jurídica (atividade cerebral).

Na segunda parte, o Ministro supõe haver vida no feto anencéfalo, embora deixe claro que este não é seu entendimento. Em seguida, diz que o feto merece tutela jurídica menos intensa, pois em grau de desenvolvimento inferior, e que o direito à vida não é absoluto em nosso ordenamento jurídico. Desse modo, da ponderação entre os direitos da mulher – à dignidade humana, liberdade, autonomia de escolha, privacidade

---

<sup>6</sup>Para a realização dessa análise individual do voto, considere igualmente as razões de decidir de ambas as posições, mas no Capítulo 4 (Análise comparativa dos votos) separei em primeira e segunda posição.

e seus direitos sexuais e reprodutivos – e o suposto direito à vida do feto anencéfalo, os primeiros prevalecem.

Marco Aurélio ainda fala em uma interpretação evolutiva do Código Penal para justificar que o legislador só não previu a atipicidade da interrupção do feto anencéfalo porque à época não havia tecnologia para identificar a doença, mas pode-se presumir que o legislador excluiria, em vista inclusive da excludente do aborto de feto fruto de estupro, que é viável, e do feto que esteja pondo em risco a saúde da mãe.



## **VOTO GILMAR MENDES**

### 1. Estrutura argumentativa do voto

**Questão Principal:** saber se a penalização da interrupção da gestação do feto anencéfalo é constitucional.

Para isso, o Ministro Gilmar Mendes passa a enfrentar as seguintes **questões intermediárias:** (i) a interrupção da gravidez de feto anencéfalo caracteriza fato típico do crime de aborto? (ii) o legislador penalista quis a inclusão dessa hipótese nos casos de aborto? (iii) o STF pode tomar decisões manipulativas com efeitos aditivos? (iv) pode tomá-las no âmbito normativo penal e in bonam partem?

Para complementar, o Ministro traz ao voto algumas **questões de contextualização**, considerados argumentos periféricos, referentes a: (i) laicidade do estado; (ii) visão da sociedade sobre o caso; (iii) considerações a respeito do tratamento do aborto no Direito Comparado.

### 2. Síntese do Voto

O Ministro Gilmar Mendes considera o fato típico, uma vez que o feto anencéfalo pode nascer com vida e o desenvolvimento da vida passa necessariamente pelo estágio fetal, sendo, portanto, tutelado pelo direito.

Contudo, o Ministro vê o aborto de anencéfalo como mais uma excludente de antijuridicidade, uma vez que interpreta ser essa a decisão extraída da própria opção do legislador que, ao excepcionar as hipóteses de aborto necessário e aborto humanitário, expressou os valores e bens jurídicos protegidos – saúde física e psíquica da mãe –, justamente os bens ameaçados na gravidez de feto portador de anencefalia.

Por fim, reconhece ao STF a legitimidade de proferir decisões manipulativas de efeitos aditivos, atuando como verdadeiro 'legislador positivo', ainda que no âmbito normativo penal, pois in bonam partem.

## **VOTO RICARDO LEWANDOWSKI**

### 1. Estrutura argumentativa do voto

**Questão Principal:** saber se cabe ao STF criar outra causa de exclusão de punibilidade ou ilicitude

Para isso, o Ministro Ricardo Lewandowski passa a enfrentar algumas **questões intermediárias**, quais sejam: (i) o legislador penalista quis a inclusão dessa hipótese nos casos de aborto? (ii) até que limite pode o STF utilizar-se da técnica da interpretação conforme? (iii) quais seriam as consequências de uma decisão de procedência?

Para complementar, o Ministro traz ao voto algumas **questões de contextualização**, considerados argumentos periféricos, referentes a(o): (i) debate da descriminalização da interrupção de gravidez de feto anencéfalo feito no Congresso; (ii) dispositivos que protegem a vida do feto anencéfalo

### 2. Síntese do Voto

O Ministro Ricardo Lewandowski considerou que o STF não pode utilizar-se da técnica da interpretação conforme no caso, uma vez que impedido pela univocidade das palavras e da vontade, explícita e deliberada, do legislador em não afastar a punibilidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Para o Ministro, isso seria extrapolar as competências do Congresso, quando ao Supremo é dado apenas atuar como legislador negativo.

## **VOTO LUIZ FUX**

### 1. Estrutura argumentativa do voto

**Questão Principal:** saber se há necessidade, ou não, de criminalizar o aborto de feto anencefálico.

Para isso, o Ministro Luiz Fuz passa a enfrentar algumas **questões intermediárias**, quais sejam: (i) a interrupção da gravidez de feto anencefálico tem o condão de diminuir o sofrimento físico e mental da gestante? (ii) é razoável aceitar um encurtamento da vida para combater dores mais graves? (iii) o legislador penal quis a inclusão da interrupção da gestação de feto anencéfalo nos casos de aborto? (iv) é proporcional a punição da mulher que interrompe essa espécie de gravidez?

Para complementar, o Ministro traz ao voto algumas **questões de contextualização**, considerados argumentos periféricos, referentes a(o): (i) bioética; (ii) diagnóstico da anencefalia; (iii) modo como o Judiciário deve se portar no debate; (iv) modo como o Direito Penal sujeita-se aos princípios e regras da Constituição.

### 2. Síntese do Voto

O Ministro Luiz Fux defende a construção jurisprudencial de uma nova hipótese de estado de necessidade supralegal para os casos de interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Alega também que o fato do legislador ter previsto a permissão do aborto sentimental, na qual se admite a supressão da vida de um feto sadio para tutelar a saúde psíquica da mulher, é prova de que, caso o diagnóstico de anencefalia durante a gestação fosse possível à época da promulgação do Código Penal, teria ele previsto também essa hipótese de permissão do aborto, sob pena de incidir em grave desproporcionalidade.

Por fim, diz que penas privativas de liberdade somente devem ser empregadas em hipóteses extremas, quando não há meios alternativos eficazes para a proteção do bem jurídico. No caso, a criminalização do aborto de feto anencéfalo agrava ainda mais os custos sociais do infortúnio,

de modo que a questão deve ser tratada como matéria de saúde pública segundo uma política de assistência social eficiente.

## **VOTO CARLOS AYRES BRITTO**

### 1. Estrutura argumentativa do voto

**Questão Principal:** saber se a interrupção de gravidez de feto anencéfalo é fato típico do crime de aborto

Para isso, o Ministro Carlos Ayres Britto passa a enfrentar as seguintes **questões intermediárias:** (i) O conteúdo do conjunto normativo em questão admite interpretação conforme? (ii) quais interpretações possibilitam os artigos penais que criminalizam o aborto? (iii) há definição legal do início da vida? (iv) do que depende o crime do aborto? (v) o feto anencéfalo tem vida em potencial?

Para complementar, o Ministro traz ao voto algumas **questões de contextualização**, considerados argumentos periféricos, referentes a(o): (i) direitos da mulher (se fosse adotada a interpretação de que o fato é típico); e (ii) aplicação dos critérios de morte encefálica.

### 2. Síntese do Voto

O voto do Ministro Ayres se divide em duas partes. Na primeira, Britto rebate os argumentos do Ministro Lewandowski para dizer que o conjunto normativo em questão (artigos do código penal referentes ao aborto) comporta sim interpretação conforme por ser polissêmico e haver controvérsia jurídica e social a ser dirimida.

Para comprovar isso, relata a existência de três possibilidades de interpretação quanto ao alcance da norma penal relativamente ao feto anencéfalo: (i) a antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencéfalo é crime; (ii) é fato atípico, pois não há vida em potencial; e (iii) é fato típico, mas não é punível, por prevalência, no caso, dos direitos da mulher (saúde física e psíquica, dignidade humana e liberdade de escolha).

A segunda parte do voto é quando ele se filia à segunda corrente, da atipicidade, por considerar que não há vida em potencial no feto anencéfalo.

## **VOTO CEZAR PELUSO**

### 1. Estrutura argumentativa do voto

**Questão Principal:** saber qual o alcance constitucional do conceito de vida e da sua tutela normativa

Para isso, o Ministro Cezar Peluso passa a enfrentar algumas **questões intermediárias**, quais sejam: (i) o que define a vida? (ii) o feto anencéfalo tem vida? (iii) qual o valor da proteção jurídica conferida à vida? (iv) o fato de se tratar de vida intra ou extrauterina altera esta proteção? (v) os princípios da autonomia da vontade, da liberdade e da legalidade, bem como o sofrimento psíquico da mãe e a possibilidade de risco na gravidez podem ser usados para afastar a punibilidade do crime de aborto? (vi) o diagnóstico da anencefalia pode ser assegurado com certeza? (vii) é da competência do STF instituir novas excludentes de punibilidade?

Para complementar, o Ministro traz ao voto algumas **questões de contextualização**, considerados argumentos periféricos, referentes a(o): (i) afastamento do caso das células-tronco embrionárias; (ii) relação entre morte encefálica e anencefalia; (iii) possível abertura de precedentes; (iv) intenção do legislador quanto às excludentes de punibilidade do aborto e (v) aborto eugênico.

### 2. Síntese do Voto

O Ministro Cezar Peluso vota pela improcedência da ADPF argumentando que há vida no feto anencéfalo, pois dotado da capacidade de movimento autógeno vinculado a um processo contínuo de evolução do ser. Além disso, alega que o crime de aborto se caracteriza pela eliminação da vida, abstraída qualquer especulação quanto sua viabilidade futura e que vida intra e extrauterina têm a mesma proteção constitucional.

Para o Ministro, a vida humana tem valor supremo assegurado pela ordem constitucional, sobrepondo-se a qualquer outro bem jurídico e não podendo, fora das previsões legais específicas, ser relativizada.

Além disso, aponta para dificuldade de se apurar com certeza se se trata de diagnóstico de anencefalia fetal ou outra anomalia semelhante distinta apenas em grau, de modo que não é razoável decidir de acordo com esta difícil distinção de conceitos de anomalias quem merece viver ou não.

Por fim, afasta o argumento de sofrimento psíquico, pois o sofrimento em si não degrada a dignidade humana, é elemento inerente ao homem, bem como os direitos à autonomia da vontade e liberdade de escolha da mulher, pois estes se preordenam para o cometimento de crime claramente punido pelo ordenamento jurídico. Também diz que os meios científicos de diagnóstico de anencefalia estão disponíveis antes da reforma penal de 1984 de modo que, se fosse de sua vontade, o legislador teria aberto nova excludente.

## **VOTO ROSA WEBER**

### 1. Estrutura argumentativa do voto

**Questão Principal:** saber se a penalização da interrupção da gestação do feto anencéfalo é constitucional.

Para isso, a Ministra Rosa Weber passa a enfrentar as seguintes **questões intermediárias:** (i) a interrupção da gravidez de feto anencéfalo caracteriza fato típico do crime de aborto? (ii) o legislador penalista quis a inclusão dessa hipótese nos casos de aborto? (iii) é possível fazer uma ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico e, se sim, no que ela resulta? (iv) a criminalização da interrupção da gestação de feto anencéfalo viola direito fundamental da mulher? (v) o direito penal, sob a perspectiva do direito penal mínimo, deve intervir nessa matéria?

Para complementar, a Ministra traz ao voto algumas **questões de contextualização**, considerados argumentos periféricos, referentes a: (i) ciência, seu método e linguagem; (ii) dogmática jurídica; e (iii) doutrina penal.

### 2. Síntese do Voto

A Ministra Rosa Weber vota pela atipicidade do fato, uma vez que não considera haver vida no feto anencéfalo por não possuir atividade cerebral, tampouco capacidade para o convívio social.

A Ministra faz longas considerações para justificar que a proteção ou não do feto anencéfalo não deve decorrer dos critérios da medicina, mas sim dos critérios jurídicos que envolvem o conceito de vida.

Também considera que a vida não é um valor absoluto no ordenamento jurídico e que, para o direito penal, há uma gradação em importância da vida protegida como bem jurídico conforme ocorre o desenvolvimento.



Alega que a melhor solução não é a ponderação de valores, mas que, no caso concreto em questão, há dúvida sobre a aplicação da proteção à vida do feto, enquanto não resta dúvida sobre os direitos fundamentais da gestante que estão envolvidos, de modo que prevalece a preservação da autonomia, da dignidade, da liberdade reprodutiva e do direito de escolha da gestante.

Por fim, anota que a intervenção do direito penal deve ser mínima e subsidiária, segundo parâmetros de racionalidade e eficiência, e, no caso da interrupção de gravidez de feto anencéfalo, a penalização implica medida extrema e ineficiente para proteger uma percepção moral difusa.

## VOTO CELSO DE MELLO

### 1. Estrutura argumentativa do voto

**Questão Principal:** saber se a interrupção da gestação do feto anencéfalo é fato típico do crime de aborto

Para isso, o Ministro Celso de Mello passa a enfrentar as seguintes **questões intermediárias:** (i) qual a definição do ordenamento jurídico brasileiro de vida? (ii) a interrupção de gravidez de feto anencefálico constitui fato típico do crime de aborto? (iii) qual foi a vontade do legislador? (iv) quais são e qual o peso dos direitos fundamentais da mulher envolvidos no caso?

Para complementar, o Ministro traz ao voto algumas **questões de contextualização**, considerados argumentos periféricos, referentes a: (i) intervenção de organizações religiosas como amici curiae; (ii) laicidade do Estado; (iii) teorias científicas, filosóficas e religiosas sobre o início da vida; (iv) decisões judiciais atuais e conduta dos médicos; e (v) impossibilidade da doação de órgãos de indivíduo portador de anencefalia.

### 2. Síntese do Voto

O Ministro Celso de Mello defendeu duas posições<sup>7</sup>. A primeira, e principal em seu voto, consistiu na atipicidade do fato, pois não havendo atividade cerebral no feto anencéfalo, não há que se falar em vida. E se não há vida a ser protegida nada justifica a restrição aos direitos fundamentais da gestante.

Também afirmou que se à época houvesse o arsenal de conhecimento tecnologia de hoje provavelmente o legislador teria permitido, além das duas excludentes já existentes, o "aborto" anencefálico, diante da absoluta certeza de inexistência de vida.

---

<sup>7</sup> Para a realização dessa análise individual do voto, considere, do mesmo modo que no voto do Ministro Marco Aurélio, igualmente as razões de decidir de ambas as posições, mas no Capítulo 4 (Análise comparativa dos votos) separei em primeira e segunda posição.

Na segunda, diz que mesmo que se considerasse o fato típico, tratar-se-ia de hipótese configuradora de causa supralegal de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que inexistente em tal contexto "motivo racional, justo e legítimo, que possa obrigar a mulher a prolongar inutilmente a gestação e a expor-se a desnecessário de sofrimento físico e/ou psíquico com grave dano à sua saúde e com possibilidade até mesmo de risco de morte". Desse modo, a incidência da norma penal relativo ao crime de aborto é desproporcional e inconstitucional.

## **VOTO JOAQUIM BARBOSA**

### 1. Estrutura argumentativa do voto

**Questão Principal:** saber se a interrupção da gestação do feto anencéfalo é constitucional

Para isso, o Ministro Joaquim Barbosa passa a enfrentar as seguintes **questões intermediárias:** (i) o direito tutela a vida do feto anencéfalo? (ii) o que o Direito Penal está resguardando quando abre duas excludentes de antijuridicidade para o crime de aborto? (iii) a proibição da interrupção de gestação de feto anencéfalo se coaduna com os direitos das mulheres?

Para complementar, o Ministro traz ao voto algumas **questões de contextualização**, considerados argumentos periféricos, referentes a: (i) jurisprudência estrangeira; e (ii) o significado da expressão 'aborto'.

### 2. Síntese do Voto

O Ministro Joaquim Barbosa defende a atipicidade do fato por considerar que não há vida viável no feto anencéfalo. Alega que a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados e que o Direito Penal protege apenas a hipótese em que o feto está biologicamente e juridicamente vivo.

Além disso, considera o fato do aborto de anencéfalo não ser considerado lícito se explica pela data da promulgação do CP, em 1940, quando não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro pós-parto.

Por fim, diz que seria um contra-senso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de má-formação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica.

## **4. ANÁLISE COMPARATIVA DOS VOTOS**

### **4.1 DO TRATAMENTO PENAL À INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO**

Tratando-se o aborto de um tipo penal, os ministros são chamados a dar uma resposta quanto à tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade da conduta de interrupção de gravidez de feto anencéfalo.

Dos votos analisados, se considerarmos as primeiras posições defendidas pelos ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, quatro ministros votam pela tipicidade do fato e cinco pela atipicidade (Marco Aurélio, Ayres Britto, Rosa Weber, Celso de Mello e Joaquim Barbosa). Dos que votam pela tipicidade, dois ministros sustentam não ser o fato antijurídico (Gilmar Mendes e Luiz Fux) e os outros dois acreditam que este seja típico, antijurídico e culpável (Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso). Dessas considerações, conclui-se como vencedora a tese da atipicidade da conduta.

Esta classificação é importante também para verificar a coerência da argumentação dos ministros, afinal grande parte dos pontos levantados nos votos servem de fundamento a essa resposta. Por exemplo, se o fato é atípico por não haver vida no feto anencéfalo, não há que se falar em qualquer ponderação com os direitos da mulher. Mas se o voto é pela excludente de antijuridicidade, há exigência de uma argumentação mínima do ministro quanto a quais valores prevalecem e por que isso é capaz de excluir a ilicitude de um fato típico.

Vale ressaltar que esta classificação se baseia em conceitos da doutrina penalista, conceitos esses nem sempre utilizados de forma restrita nos votos. Seria de se esperar, já que se está a utilizar termo doutrinário penal, que o ministro justificasse o seu uso segundo o conceito que o abrange, ao menos, conforme os requisitos constantes da própria lei penal. Mesmo quando o ministro se utiliza de causa de excludente supralegal, como é o caso de Celso de Mello e de Luiz Fux, os quais falam em causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa e estado de necessidade, respectivamente, deve haver uma preocupação em bem fundamentá-la. Ainda que não haja necessidade de subsunção da hipótese à lei, os

ministros ao menos deveriam ter justificado a criação. Afinal existe um conceito legal do que seja "estado de necessidade" e "inexigibilidade de conduta diversa". Se há a ampliação destes, é necessário que se fundamente o porquê disso.

## 4.2 DA VIDA

Uma questão que está intimamente atrelada ao julgamento da ADPF 54 é o conceito de vida. Muitos ministros vão atrás de uma definição, biológica ou jurídica, para verificar se há vida no feto anencéfalo, bem como se existe, para ele, potencialidade de vida fora do útero. Essa é uma discussão fundamental, inclusive, para a análise do próximo bloco “Do Direito à Vida”.

Quanto ao conceito de vida, três ministros não chegam a uma definição propriamente dita (Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux), três ministros aludem à atividade cerebral como pressuposto (Marco Aurélio, Rosa Weber e Celso de Mello) e quatro ministros citam a potencialidade de vida extrauterina (Marco Aurélio, Ayres Britto, Celso de Mello e Joaquim Barbosa). A Ministra Rosa Weber ainda fala em capacidade de ser parte do convívio social e o Ministro Cezar Peluso, em capacidade de movimento autógeno vinculado a um processo contínuo de evolução do ser.

O argumento da atividade cerebral consiste numa analogia com o que define a morte para o Direito. Segundo a Lei de Transplante de Órgãos (Lei nº. 9434/97), adota-se como critério clínico do diagnóstico de morte a chamada morte encefálica, quando não há mais atividade cerebral no indivíduo. Assim, a contrario sensu, vida seria a existência desta.

Tanto Gilmar Mendes como Cezar Peluso afastam este argumento afirmando que morte encefálica e anencefalia são conceitos distintos. Na anencefalia, o indivíduo tem autonomia cardíaca e respiratória, ao passo que, na morte cerebral, a pessoa só permanece viva com a ajuda de aparelhos. Peluso ainda ressalta que a própria Audiência Pública produziu resultados contraditórios e, como tais, inaproveitáveis quanto à questão da existência de atividade endocerebral; e que é falsa a ideia de que anencefalia significa ausência de encéfalo, mas apenas parte deste. Por fim, a morte encefálica representa, segundo o Ministro, interrupção definitiva do ciclo vital, enquanto a condição da anencefalia integra, ainda que brevemente, o processo contínuo progressivo da vida.

De qualquer forma, para os ministros que defendem essa conceituação pela existência de atividade cerebral, o feto anencéfalo não seria constituído de vida por se tratar, como defendem, de um “natimorto cerebral”.

Quanto ao argumento da potencialidade, os ministros que adotam essa tese sustentam que o conceito de vida é condicionado pela possibilidade futura de vida extrauterina. Interessante é notar que para o Ministro Marco Aurélio esse seria um conceito biológico, ao passo que para o Ministro Joaquim Barbosa tratar-se-ia da definição jurídica (o conceito biológico seria meramente a constituição de células e tecidos vivos).

De todo modo, os defensores dessa caracterização não explicam, ao certo, porque esse é um pressuposto para a vida e por que o feto anencéfalo não o possui. Por que viver apenas alguns dias, horas ou até minutos desqualificam essa potencialidade? Não se trataria, embora curta, de vida extrauterina? Estes são questionamentos que me parecem essenciais, até para entender o que permanece como precedente, e que, no entanto, ficam sem respostas.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, impõe um requisito a mais. Segundo ela, não basta ao Direito o simples funcionamento orgânico, mas faz-se pressuposto também a possibilidade de atividades psíquicas que permitam minimamente ao indivíduo ser parte do convívio social. No raciocínio da Ministra, sem o cérebro, o organismo não sobrevive por muito tempo e ainda que sobrevivesse, não teria nenhuma função subjetiva a ser partilhada intersubjetivamente. Daí o feto anencéfalo, para fins jurídicos, não ser constituído de vida.

Por fim, para o Ministro Cezar Peluso, a vida se caracteriza pela capacidade de movimento autógeno vinculado ao processo contínuo da evolução do ser. Nesse sentido, não há vida para o embrião excedente que não se implantou no útero, e tampouco o será (caso da pesquisa de células-tronco embrionárias), pois não está inserido num ciclo natural contínuo que vai gerar a vida humana, trata-se de mero agrupado de células que, sem a interferência externa no sentido de implantá-lo no útero, jamais se tornará



uma pessoa. Ao contrário, o feto anencéfalo é constituído de vida, pois, inequivocamente, é dotado dessa capacidade com a qual o ministro a define.

Em termos gerais, se considerarmos apenas a primeira posição defendida pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto, quatro ministros reconhecem a vida intrauterina do feto anencéfalo (Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa, com a ressalva de que este último reconhece apenas a vida em termos biológicos, não jurídicos); quatro não a admitem (Marco Aurélio, Ayres Britto, Rosa Weber e Celso de Mello); e um não discute a questão (Gilmar Mendes). Já quanto à potencialidade de vida extrauterina, três ministros a admitem (Gilmar Mendes, Luiz Fux e Cezar Peluso); cinco não a reconhecem (Marco Aurélio, Ayres Britto, Rosa Weber, Celso de Mello e Joaquim Barbosa); e um não a discute (Ricardo Lewandowski).

Há, portanto, maioria entre os ministros quanto a não reconhecer potencialidade de vida fora do útero para o feto anencéfalo. Já quanto à existência de vida intrauterina houve empate, não podendo se falar, de modo diverso, em formação de precedente ou qualquer resolução pelo julgamento. Por outro lado, se considerarmos a segunda posição defendida alternativamente por Marco Aurélio em seu voto, ao invés da primeira, a ideia de que há vida nesse sentido prevalece.

Por fim, outra discussão importante que apareceu nos votos é quanto ao fato dos conceitos biológicos e jurídicos de vida coincidirem ou não. A maioria dos ministros pensa que estes são distintos. A Ministra Rosa Weber, inclusive, tece longas considerações para argumentar que não se pode derivar um dever ser de um ser e que a proteção ou não do feto anencéfalo não deve decorrer dos critérios da medicina, mas sim dos critérios jurídicos que envolvem o conceito de vida. Isso porque, segundo ela, os conceitos científicos são relativos e não podem ser tomados pelo direito como uma verdade absoluta, de modo que a definição de vida no direito deve ser discutida de acordo com uma significação própria no âmbito da dogmática jurídica, da legislação e da jurisprudência.

O Ministro Cezar Peluso, ao contrário, defende que a vida não é um conceito artificial criado pelo ordenamento ou pela ciência jurídica para efeitos operacionais mediante técnicas de presunção ou de ficção como sucede em muitas outras criações da ciência jurídica. Vida e morte, segundo o Ministro, são “fenômenos pré-jurídicos”, dos quais o direito se apropria para determinados fins, mas que jamais, em nenhuma circunstância, pode regular de maneira “contraditória à própria realidade fenomênica”.

De fato, inicialmente, pareceu-me estranho que o Direito adotasse conceito de vida distinto da biologia, porque criaria situações em que há vida biológica, mas não jurídica (Joaquim Barbosa, por exemplo, fala no feto anencéfalo como um ser biologicamente vivo, mas juridicamente morto) e que, por assim ser, não receberia a tutela do Direito. Decidir-se-ia qual vida merece e qual não merece ser detentora de direitos segundo um critério ficcional do Direito.

Contudo, como os próprios ministros apontam, não há também consenso quanto ao conceito de vida fora do Direito. A depender da tese científica que se adota (genética, embriológica, neurológica, ecológica, gradalista, etc), o início da vida pode ser diverso (concepção, nidação, primeiros movimentos, formação de características individuais, nascimento, etc). Daí a solução apontada por alguns ministros de se investigar um conceito de vida propriamente jurídico. Entretanto, se a intenção era chegar a uma definição única de vida, pelo que constatamos anteriormente, esta não foi bem sucedida. Podemos apontar ao menos quatro diferentes acepções nesse sentido: a da capacidade de movimento autógeno, a da atividade cerebral, da potencialidade de vida extrauterina e da capacidade de ser parte do convívio social.

Verificar, portanto, a que conceitos os ministros chegaram é de fundamental relevância, sobretudo se eles resolveram a questão pela atipicidade do fato por não haver vida no feto anencéfalo. É o caso de Marco Aurélio, Ayres Britto, Rosa Weber, Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Isso porque estes mesmos conceitos podem, eventualmente, ser usados para

fundamentar a atipicidade de outras práticas abortivas, principalmente, se não estiverem bem delimitados.

Nenhum dos ministros conceitua ou delimita de forma exaustiva o que eles vêem por "inviabilidade" ou "vida em potencial". Assim, quando um ministro fala que o feto anencefálico não tem vida por ser destituído de viabilidade e/ou autonomia existencial em ambiente extrauterino e por isso não há crime de aborto, está abrindo portas para a defesa da antecipação terapêutica do parto em caso de outras doenças que, igualmente, destituam o indivíduo de vida extrauterina "viável".

Já o argumento da atividade cerebral, sozinho, tem o condão de possibilitar a defesa da interrupção da gravidez em qualquer hipótese fática, desde que se dê em momento anterior à formação dessa atividade encefálica ou em caso de outras doenças fetais que impeçam, de alguma forma, o desenvolvimento dessa capacidade.

A definição de vida de Rosa Weber, por sua vez, ao condicioná-la à possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo seja minimamente parte do convívio social, dá ensejo à ampla subjetividade. O que define essa participação mínima no convívio social de que fala a ministra? Pode se argumentar que muitas outras doenças impedem a sociabilidade do indivíduo. E não é necessário que elas sejam fatais, basta que retirem da pessoa a capacidade para se desenvolver socialmente. E essa conclusão se comprova na própria fala de Rosa Weber "*sem o cérebro, o organismo não sobrevive por muito tempo e ainda que sobrevivesse, não teria nenhuma função subjetiva a ser partilhada intersubjetivamente*". Assim, doenças que, embora permitam a sobrevivência por maior tempo, comprometessem essa "função subjetiva" do homem, autorizariam o aborto e, inclusive, práticas como a eutanásia. Afinal, qual a função subjetiva de alguém em coma irreversível?

Em conclusão, pelos dados analisados, podemos notar que os ministros (a) admitiram o feto anencéfalo como portador de vida (i) sem trazer ao voto um conceito para isso; ou (ii) por possuir capacidade de "movimento autógeno" vinculado a um contínuo processo de evolução; ou

(iii) apenas biológica por ser constituído de tecidos e células vivas. Ou então, os ministros (b) recusaram ao feto anencefálico o status de vida (i) por não haver nele qualquer viabilidade ou potencialidade de vida extrauterina; ou (ii) por não possuir atividade cerebral; ou (iii) não ter capacidade para ser parte do convívio social.

Numericamente falando, a hipótese mais defendida foi a do **não reconhecimento de vida ao feto anencefalo por não possuir vida extrauterina viável**. Esse é o caso dos ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Celso de Mello e Joaquim Barbosa, e, em alguma medida, Rosa Weber, porquanto se pode dizer que, ao defender o pressuposto da capacidade para o convívio social, a Ministra está, apenas, adicionando uma qualificação a mais à viabilidade da vida extrauterina.

### **4.3 DO DIREITO À VIDA**

É o direito à vida um direito absoluto? É um direito que reveste o nascituro? E o feto anencéfalo? A tutela a este direito comporta graduações? Estes são questionamentos que permeiam os votos dos ministros, em geral, e cujas respostas são essenciais para compreender o que pode ficar de precedente para futuras decisões do judiciário.

Embora os ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski não tenham entrado nessa discussão, a maioria dos ministros – exceto Peluso – concorda que o direito à vida não é absoluto.

O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, argumenta nesse sentido expondo que o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em casos de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX; e que, além disso, o Código Penal prevê, como causa excludente de ilicitude, o aborto ético ou humanitário quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Isso significa, segundo Marco Aurélio, que ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador preferiu priorizar os segundos em detrimento do primeiro e, nas palavras do ministro, “até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão”.

Outros ministros, ao admitirem a ponderação do direito à vida do feto anencéfalo e os direitos da mulher estão implicitamente admitindo não ser o primeiro um direito absoluto.

Já o Ministro Cezar Peluso, ao contrário, atenta, em seu voto, para o valor supremo da vida humana, valor jurídico fundante, de maior importância no ordenamento jurídico, e inegociável, que não comporta margem alguma para transigência. Assim, a vida humana, segundo o Ministro, não pode, fora das previsões legais específicas, ser relativizada, pois sobrepõe-se aos demais bens jurídicos. Dessa argumentação, me parece que Peluso defende ser o direito à vida absoluto somente para o intérprete, uma vez que admite a sua relativização, desde que dentro das “previsões legais específicas”. Ou seja, ao legislador este não precisa ser um valor absoluto – caso contrário a excludente do aborto de gravidez

proveniente de estupro, por exemplo, seria inconstitucional – mas, para o judiciário, a vida humana deve prevalecer sobre qualquer outro bem jurídico, não cabendo, assim, ponderação.

Eu acredito que essa seja uma linha argumentativa que demandaria maior fundamentação do Ministro, afinal ele sustenta que a vida é o valor de maior importância no ordenamento jurídico, tecendo diversas considerações retóricas, mas sem demonstrar o porquê dessas afirmações. Além disso, no meio jurídico muito se defende que não existem direitos absolutos, portanto, maior ainda é o ônus argumentativo de Peluso ao contrariar tal assertiva.

Passada essa análise, o próximo ponto debatido pelos ministros é se existe uma tutela aos direitos do nascituro. Todos os ministros concordam que existe uma proteção do Direito dada ao feto, caso contrário não haveria por que o Código Penal proibir o aborto, no entanto, eles divergem **(i) nas condições que a vida deve apresentar para que seja sujeito dessa tutela e (ii) no bem protegido pela proibição do aborto.**

Quanto às condições, alguns ministros falam que o Direito tutela o nascituro enquanto estágio de desenvolvimento para a vida extrauterina viável, quando se tornará pessoa humana, sujeito dos direitos a que a Constituição se refere. Essa é a posição dos ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e, em alguma medida, Ayres Britto (o último ministro ainda adiciona o requisito da vida se dar dentro do útero – está provavelmente afastando o caso do embrião produto de fecundação in vitro).

Alguns ministros citam o artigo 2º do Código Civil: "*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*". Ricardo Lewandowski, por exemplo, o traz para exemplificar um diploma infraconstitucional que resguarda a vida intrauterina. Já a Ministra Rosa Weber, menciona-o, junto a outros dispositivos do Código Civil (art. 542, 1609, 1779 e 1798)<sup>8</sup>, para

---

<sup>8</sup> Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

argumentar que o exercício dos direitos do feto é condicionado, segundo sua interpretação, pelo nascimento com vida.

Por fim, o Ministro Luiz Fux reconhece direito à vida ao nascituro, mas faz a ressalva de que essa proteção pode ceder quando há graves riscos à saúde física ou psíquica da mãe.

Assim, as condições levantadas (não simultaneamente por um mesmo ministro) foram a viabilidade de vida extrauterina, o desenvolvimento dentro do útero, o nascimento com vida e a não ocorrência de graves riscos à saúde física ou psíquica da mãe, além dos ministros que não propuseram qualquer condição aos direitos do nascituro (Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes). A ideia que prevaleceu, em conclusão, foi a da necessidade de vida extrauterina viável para que o Direito tutele os direitos do nascituro, seguida do entendimento de que o nascituro é protegido pelo Direito, abstraído de qualquer condição.

Quanto ao bem protegido pela proibição do aborto, este coincide, na maioria das vezes, com o que o ministro considera vida. Por exemplo, para Marco Aurélio, Ayres Britto e Joaquim Barbosa, incriminação da interrupção da gravidez tem a intenção de proteger a vida em potencial do feto; para Rosa Weber, a vida em desenvolvimento que possa ter algum grau de complexidade psíquica, de desenvolvimento da subjetividade, da consciência e de relações intersubjetivas; para Peluso, a vida simplesmente, abstraída de qualquer especulação quanto sua viabilidade.

Já o Ministro Gilmar Mendes, que não havia conceituado a vida, afirma que os bens em proteção são a saúde e a dignidade humana do feto.

---

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

O Ministro Ricardo Lewandowski, que também não discutiu uma definição, alegou estarem protegidos a vida do nascituro e a vida e incolumidade física e psíquica da gestante.

Assim, a maior parte dos ministros acredita que a proibição do aborto tem por escopo proteger a potencialidade de vida extrauterina – ou a potencialidade de uma característica desta, como a capacidade para o convívio social, segundo a Ministra Rosa Weber – seguido da interpretação de que a norma penal resguarda bens referentes ao nascituro, ou seja, próprios da sua vida intrauterina (vida, abstraída de qualquer viabilidade; saúde e dignidade humana do feto).

Há, além disso, alguns ministros que defendem uma linha argumentativa de que o direito à vida comporta gradações, de modo a atrair tutela mais intensa à medida que ocorre o desenvolvimento. Defendem essa posição Marco Aurélio, Rosa Weber e Joaquim Barbosa. Discorda diretamente desse entendimento o Ministro Cezar Peluso, para quem a vida intrauterina detém o mesmo grau de proteção que a vida extrauterina.

Para fundamentar a primeira tese, observam os ministros que a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) é significativamente maior que a de infanticídio (dois a seis anos), que é, por sua vez, mais grave que a do aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos).

No entanto, nenhum ministro chega a questionar o porquê dessa diferenciação: se é pelo estágio de desenvolvimento vital da vítima ou pela condição do agente que comete o crime (a mulher que pratica o aborto, o estado puerpural, etc).

Além disso, estes mesmos ministros diferem o ser humano, dotado de mera vida biológica, da pessoa humana, sujeito de direitos e deveres, o que passa novamente pela questão do nascituro ter direitos ou não.

Ao meu ver, é possível defender que no Direito o embrião e o ser humano com vida extrauterina, aqui, referido como 'pessoa humana', tenham tutelas jurídicas distintas, mas não nesse nível dicotômico de um



possuir direitos e o outro, nenhum. Afinal, o nosso ordenamento jurídico protege os direitos do nascituro (são exemplos disso o art. 2º do Código Civil e a própria criminalização do aborto no Código Penal).

De qualquer modo, essas são argumentações que possibilitam desqualificar a proteção à vida do feto anencéfalo, pelo fato de não ser pessoa humana ou não estar no grau de desenvolvimento completo, de modo que numa ponderação prevaleçam os direitos da mulher. A essa desqualificação acrescenta-se outra em decorrência do feto anencéfalo ser inviável.

Por fim, em termos gerais, considerando a primeira posição defendida por Marco Aurélio em seu voto, três ministros reconhecem que o Direito tutela o feto anencéfalo (Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso), cinco argumentam que não existe tal proteção (Marco Aurélio, Ayres Britto, Rosa Weber, Celso de Mello e Joaquim Barbosa) e um não discute esse ponto (Luiz Fux).

Interessante notar que esse argumento está diretamente ligado à questão da tipicidade do aborto de anencéfalo. Os cinco ministros que defendem não haver proteção do Direito ao feto anencéfalo são exatamente os mesmos que votam pela atipicidade do fato. O mesmo ocorre com o argumento da inexistência de vida intrauterina (ao menos jurídica) e de potencialidade de vida extrauterina, bem como do direito à vida não ser absoluto. Assim, estes cinco ministros tem argumentação muito semelhante, ao menos nos pontos aqui levantados. E dentro do número de votos analisados, estes acabam por formar uma maioria.

Desse entendimento, o STF acaba por diferenciar vida intrauterina de vida intrauterina com potencialidade de vida extrauterina. É como se adicionasse um requisito à vida juridicamente protegida. Portanto, ainda que o feto esteja vivo intrauterinamente – o que não foi resolvido pelo julgamento –, o tribunal admitiu a interrupção por considerar tutelável apenas a vida com potencial de sobrevivência fora do útero.

Claramente criou-se aqui uma terceira hipótese, além das duas constantes do Código Penal, de vida não tutelada pelo Direito, algo que

subsiste como precedente. Daí a necessidade dos ministros fundamentarem com mais cautela e precisão o que entendem por "potencialidade". Afinal, não se trata de uma condição para a proteção da vida intrauterina colocada pela Constituição ou qualquer outra lei, mas de uma criação jurisprudencial.

#### **4.4 DOS DIREITOS DA MULHER**

Embora a discussão dos direitos da mulher – sejam eles à dignidade humana, à liberdade e autonomia de escolha, à privacidade e intimidade, bem como seus direitos reprodutivos e sexuais – seja uma tônica do debate do aborto, muitos ministros não se utilizaram deles como fundamento decisivo para o caso em tela.

Gilmar Mendes, por exemplo, acredita que uma ponderação entre direitos não deve ser feita, pois, segundo ele, seria uma escolha discricionária entre valores de mesmo peso (saúde e dignidade da mãe e saúde e dignidade do feto), o que é ainda mais complexo e temerário em uma questão sensível e moralmente conturbada como a do aborto.

Marco Aurélio também não os utiliza, em sua primeira posição defendida, pois resolve a questão simplesmente pela atipicidade do fato. Já o Ministro Ricardo Lewandowski votou pela não interferência do STF no caso, assim essa ponderação entre os direitos femininos e o direito à vida do feto caberia ao Congresso, representantes eleitos, e não ao Supremo.

Por fim, Cezar Peluso afasta os direitos da mulher dizendo que não se pode evocá-los para a prática de crime. Afirma ainda que o sofrimento que estaria a atentar contra a dignidade humana da mulher é inerente à vida humana e que não há qualquer agente que o esteja causando injustamente, pois a anencefalia é fruto do acaso genético.

Já entre os ministros que usam os direitos da mulher para julgar, Marco Aurélio só os utiliza em sua fundamentação alternativa à sua primeira posição no voto; Rosa Weber os defende, mas não como seu argumento principal já que também resolve a questão, sobretudo, pela atipicidade do fato; e Luiz Fux faz uso apenas dos direitos à saúde, física e psíquica, da mãe.

Isto significa que os direitos à liberdade, autonomia e liberdade de escolha, à privacidade e à intimidade, e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher só consistiram fundamento, de fato, para os ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Mas mesmo estes resolveriam bem a questão pela atipicidade do fato, embora Celso de Mello proponha uma segunda

posição alternativa de inexigibilidade de conduta diversa, para a qual estes direitos são importantes para resolvê-la.

De qualquer maneira, nenhum ministro julgou unicamente com base nestes direitos, ou seja, nenhum ministro decidiu exclusivamente com fundamento numa ponderação pura e simples entre a vida do feto anencéfalo e os direitos à liberdade, autonomia, privacidade e direitos reprodutivos da mulher. Ou (i) se considerou inexistente a vida biológica e/ou jurídica desse feto, não havendo óbice para proibir a mulher de interromper a gravidez e exercer seus direitos – nesse caso nem haveria ponderação; ou (ii) se reconheceu a vida, mas como merecedora de tutela jurídica menos intensa, daí a ponderação prevalecer para o lado dos direitos femininos. Há ainda quem (iii) tenha considerado a vida como valor preponderante (Cezar Peluso); ou, então, (iv) nem tenha admitido a ponderação (Gilmar Mendes, Lewandowski).

Em geral, aqueles que defenderam os direitos da mulher o fizeram de modo semelhante entre si. Para a defesa do direito à liberdade e autonomia de escolha, concordaram os ministros que a decisão sobre manter ou não a gravidez de feto anencéfalo é uma decisão que cabe à mulher, e não ao Estado ou qualquer outra instituição. Quanto ao direito à intimidade e privacidade, o sopesamento de valores e sentimentos para tal escolha deve se dar na ordem privada da mulher. Quanto aos direitos reprodutivos e sexuais, tanto o Ministro Marco Aurélio quanto o Ministro Celso de Mello os defenderam como parte integrante dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente. Já o Ministro Joaquim Barbosa os considerou como componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal da mulher.

Em relação ao direito à dignidade humana, os ministros que adotaram os direitos femininos como fundamento concordaram que obrigar a mulher a manter a gestação de feto anencéfalo contra a sua vontade lhe impõe graves sofrimentos físicos e, sobretudo, psíquicos, o que é comparado por alguns à tortura. O Ministro Gilmar Mendes, contudo, diz que este princípio não pode ser usado para defender o direito de praticar o

aborto de anencéfalos, pois também o nascituro deve ser protegido por essa cláusula constitucional. Ricardo Lewandowski observa algo semelhante: diz que tanto os que são favoráveis a descriminalização do aborto de anencéfalos quanto os que são contrários invocam o princípio da dignidade humana. Cezar Peluso também o afasta, posto que o sofrimento é inerente ao homem e só atenta contra a dignidade humana se infligido injustamente por alguém, o que não é o caso da anencefalia, fruto do acaso genético.

Por fim, para concluir, os direitos da mulher não foram necessariamente fundamentais na decisão dos ministros, embora considerações sobre a dignidade humana da mulher – considerando aí incluso o seu direito à saúde física e mental – tenham aparecido em praticamente todos os votos (é quase unânime que a gravidez de feto anencéfalo produza maiores riscos físicos e psicológicos). Mas, a ponderação pura e simples entre os direitos da mulher e o direito à vida do feto anencéfalo não foi conclusiva para nenhum dos votos analisados. Como já referido, os ministros ou afastam a existência de vida; ou desqualificam essa vida, tratando-a como merecedora de menor proteção jurídica; ou então a consideram como valor preponderante. Isso é relevante para aferir que no futuro essa decisão do Supremo não poderá ser usada como precedente para a liberação de qualquer tipo de aborto sob o único fundamento de se proteger os direitos em jogo da mulher.

#### 4.5 DO DIAGNÓSTICO E DOS RISCOS ENVOLVIDOS

A certeza do diagnóstico de anencefalia e a existência de maiores riscos à saúde física e/ou psíquica da mãe são questões, pelo menos aparentemente, menos suscetíveis de dissidência, porque mais objetivas, ainda que se possa dizer que os riscos psicológicos sejam de verificação mais subjetiva. De qualquer maneira, embora estes pontos tenham atingido quase a unanimidade entre os ministros que discutiram a questão, não podemos ignorar os argumentos utilizados por aqueles que divergiram.

Quanto ao diagnóstico, quatro ministros afirmam haver certeza (Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Celso de Mello), quatro não discutem a questão (Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Rosa Weber e Joaquim Barbosa) e apenas um (Cezar Peluso) alega que a medicina não pode garantir que o caso seja de anencefalia.

É interessante que o Ministro Cezar Peluso usa esse argumento inclusive como preocupação de abrir possibilidade para o aborto de fetos com outras doenças fatais, uma vez que alude à dificuldade de se apurar com certeza se se trata de anencefalia fetal ou outra anomalia semelhante, distinta apenas em grau. O Ministro cita também o Caso Marcela<sup>9</sup> – suposta portadora de anencefalia que teria sobrevivido por um ano, oito meses e doze dias e que se descobriu mais tarde tratar-se de caso de meroencefalia – para demonstrar tal dúvida quanto ao diagnóstico.

Ainda aproveita Peluso para dizer que não é razoável decidir quem merece viver ou não de acordo com esta difícil distinção de conceitos de anomalias. Mas ressalva-se não ser este o fundamento que decide a questão para o Ministro, pois, segundo ele, mesmo que o diagnóstico de

---

<sup>9</sup> “Se considerarmos que para o diagnóstico de anencéfalo tem de ter ausência dos hemisférios cerebrais, ausência de calota craniana, ausência de cerebelo e um tronco cerebral rudimentar – e a Marcela apresentava uma formação cerebelar com uma deficiência importante de sua formação, mas facilmente detectável nas imagens apresentadas, como também apresentava resquício do lóbulo temporal, que faz parte dos hemisférios cerebrais, podemos ver que ela não se classifica dentro do diagnóstico de anencéfalo, seria ali uma meroencefalia, uma meroacrania – mero significa porção -, segmento de um anencéfalo”. Dr. Heverton Neves Pettersen, Audiência Pública.

anencefalia não fosse passível de erro, a interrupção da gravidez de fetos que a portassem não se coadunaria com o Direito.

Já quanto à existência de maiores riscos **físicos** à gestante de feto anencéfalo, seis ministros a afirmam (Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Joaquim Barbosa), dois não a discutem (Ricardo Lewandowski e Rosa Weber) e um a afasta (Cezar Peluso).

Para fundamentar a primeira “tese”, os ministros utilizam argumentos da Audiência Pública (Marco Aurélio), ou outras estatísticas e dados científicos (Luiz Fux), ou ainda apenas afirmam que a saúde física da mulher fica comprometida, mas sem explicar o porquê (Gilmar Mendes).

Cezar Peluso, ao contrário, afasta esses fundamentos dizendo que no caso de gestação de feto anencéfalo há apenas vaga possibilidade de complicação da gravidez, sem nenhum indício de perigo próximo à vida da gestante, além de complementar alegando que toda gravidez implica risco teórico ou hipotético à vida da gestante.

Por fim, quanto à existência de maiores riscos **psicológicos** à gestante de feto anencéfalo, a proporção entre os votos dos ministros é exatamente a mesma que na discussão dos riscos físicos.

As justificativas variam também de maiores explicações com relatos de mulheres da Audiência Pública que passaram pela situação e tiveram graves sofrimentos psicológicos (Marco Aurélio) a considerações mais abstratas do quanto é gravoso para mulher ser obrigada a manter gestação que resultará inevitavelmente em morte, com equiparações, inclusive, à tortura.

Já o dissidente Ministro Cezar Peluso afasta argumentação que equipara o sofrimento psíquico da mãe à tortura dizendo que a legislação infraconstitucional define tortura como “situação de intenso sofrimento físico e emocional causado intencionalmente que possa ser evitado” e, no caso, a situação não pode ser legalmente evitada, pois esbarra em vedação legal de criminalização do aborto sem excludente e na previsão constitucional do direito à vida e à dignidade do feto. O Ministro ainda se

pergunta quem estaria intencionalmente infligindo sofrimento à mãe: o feto ou o Estado, na forma do legislativo, ou do judiciário que “se recusa a tomar função legisferante e não se sente legitimado a criar nova excludente de punibilidade”?

Por fim, diz que o sofrimento em si é elemento inerente à vida humana. Segundo ele, seria pretensão utópica o ser humano não ter sofrimento. Ainda na sua visão, o ordenamento apenas repudia os hábitos injustos que causem sofrimento e, no caso da anencefalia, não há nenhum culpado como no estupro: a causa é o acaso genético.

Vê-se dessa análise que dentre os que discutiram a questão, quase a totalidade dos ministros concordaram que (i) o diagnóstico de anencefalia é certo, (ii) a gestação de feto anencéfalo produz maiores riscos físicos e (iii) psicológicos. Além disso, o único ministro, nesse grupo, que divergiu destes pontos foi o Ministro Cezar Peluso.

Impõe, portanto, atentar a argumentação de Peluso para observar se os fundamentos desse voto vencido foram efetivamente enfrentados e se as questões que ele levantou foram respondidas.

O argumento, por exemplo, do caso Marcela, além de ter sido trazido pelo Ministro Peluso, só foi levantado pelo Ministro Marco Aurélio, o qual admitiu que se tratava de um diagnóstico equivocado. Contudo, preocupou-se mais em afastar que este tivesse sido um caso de anencefalia capaz de comprovar a possibilidade de vida extrauterina e, portanto, desqualificar sua tese de que o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida, do que com o fato de o caso revelar que talvez o diagnóstico não fosse de absoluta certeza.

Os outros ministros não chegaram a discutir a questão. Assim, parece-me que o argumento de que o diagnóstico do feto anencéfalo é 100% certo ficou enfraquecido no acórdão. Primeiro porque uma minoria – quatro ministros – defendeu esse ponto; segundo porque um dos fundamentos que mitiga essa argumentação – a existência do caso Marcela – não foi rebatido por ministro algum, na medida em que Marco Aurélio, único a tocar na questão, o fez apenas para ressaltar que não se tratava de



um anencéfalo propriamente dito. Daí me parece, apesar de tratar-se de apenas uma exceção à regra, ganhar força o argumento de Peluso que não seria razoável decidir quem merece viver ou não tendo por base um diagnóstico passível de erro.

Quanto às outras divergências – risco físico e psicológico da gestante – parece-me, ao contrário, que a argumentação de Peluso fica enfraquecida nesse ponto. Primeiro porque passa a divergir agora de uma maioria – seis ministros – e, segundo, porque ao afirmar que o sofrimento é inerente à vida ou que é frívolo e temporário para gestante, suas justificativas ficam, a meu ver, aquém dos fundamentos contrários que se baseiam em constatações e argumentos mais fortes, como relatos da Audiência Pública, argumentos de autoridades, estatísticas, entre outros. Mas acredito que isso não torne a argumentação do Ministro prejudicada no todo, uma vez que ainda que haja riscos físicos e psicológicos à gestante, a sua defesa da superioridade do direito à vida do feto anencéfalo e da qualificação do fato como crime de aborto podem persistir.

#### **4.6 DA EUGENIA E DA DISCRIMINAÇÃO**

Faz parte da defesa contrária à descriminalização do aborto dos anencéfalos o argumento de que este configuraria eugenia e/ou discriminação de deficientes, práticas que, claramente, atentam contra os valores do nosso ordenamento. Daí a razão para alguns ministros trazerem o ponto ao voto, embora a maioria sequer entre na discussão.

O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, rechaça a ideia de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancie aborto eugênico, pois a prática, segundo ele, pressupõe vida extrauterina de “seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos” e o anencéfalo é um natimorto; não há vida em potencial. Assim, não se poderia cogitar de aborto eugênico. Marco Aurélio ainda continua seu raciocínio dizendo não se tratar de feto portador de deficiência grave que permita sobrevivência extrauterina, mas de anencefalia. Para exemplificar-se usa a expressão da Dra. Lia Zanotta Machado<sup>10</sup>, “deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia, não”. Em resumo, não há que se questionar, para o Ministro, se existe negação do direito à vida ou discriminação em função de deficiência, pois a anencefalia, por conta da total falta de expectativa de vida fora do útero, não pode ser considerada deficiência.

Os outros ministros que afastam tal argumentação o fazem apenas tratando a anencefalia e as práticas eugênicas como coisas distintas, pouco adentrando em maiores explicações. Assim o faz, por exemplo, Gilmar Mendes, o qual diz que sua decisão não deve se estender a hipóteses de aborto eugênico, e Celso de Mello, dizendo que não há viés eugênico na medicina fetal.

Já o Ministro Carlos Ayres Britto argumenta que não há que se falar em discriminação, uma vez que o feto anencéfalo não tem mente, não podendo se configurar, assim, deficiente mental.

Por outro lado, há os ministros que admitem a interrupção de gravidez de feto anencefálico como prática eugênica. Assim o faz Ricardo Lewandowski, por exemplo, dizendo que o legislador considerou imputável o

---

<sup>10</sup> Audiência Pública da ADPF 54

aborto eugênico de feto mal formado para afirmar que é de sua vontade (do legislador) criminalizar o aborto de anencéfalo. Já Cezar Peluso argumenta que o aborto de anencéfalos é forma de discriminação e absurda defesa da superioridade de alguns que em nada difere do racismo, asceticismo ou especismo. E o mais curioso é o Ministro Joaquim Barbosa que, diferentemente dos dois ministros anteriores, votou pela procedência da ação, mas, ao mesmo tempo, considerou a expressão “aborto eugênico” como sinônimo para o aborto de anencéfalo:

“(...) há uma razão histórica para o **aborto eugênico** não ser considerado lícito. Quando da promulgação do Código Penal, em 1940, não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro pós-parto”

Em suma, a questão aqui abordada é secundária (não é razão de decidir de nenhum dos ministros) e foi trazida por poucos votos. Além disso, nos votos em que aparece, exceto por Marco Aurélio e Ayres Britto, os ministros não dão uma explicação do por que estão afastando a ideia de aborto eugênico e da discriminação de deficientes. Do outro lado – dos que admitem o aborto de anencéfalo como eugênico e/ou discriminatório –, os ministros Lewandowski e Cezar Peluso também não dão maiores justificativas, embora seja possível entender a lógica do Peluso pela leitura do voto (se a vida intrauterina é tão vida quanto à extrauterina, matar o feto anencéfalo em virtude de má-formação é tão eugênico e discriminatório quanto seria a mesma prática se fora do útero estivesse).

De qualquer modo, ainda que tenha sido pouco discutido no acórdão, esse é um ponto que mereceria mais atenção dos ministros, sobretudo, daqueles que votaram pela procedência da ADPF desqualificando a vida do feto anencéfalo em virtude da sua deficiência (ausência de parte do encéfalo). É o caso da Ministra Rosa Weber, por exemplo, que não se preocupa em afastar o argumento da eugenia ou da discriminação, apesar de defender não haver vida no feto anencéfalo em virtude da incapacidade deste para sociabilidade, lógica capaz, inclusive, de ser transplantada para outras doenças, letais ou não, que levem uma pessoa a um estado vegetativo ou sem capacidade de interação. Talvez os ministros não tenham

se sentido na obrigação de entrar nesse debate por não verem a interrupção da gravidez como prática eugênica por justamente acreditarem não haver vida a ser levada a cabo. Mas a discriminação da qual deveriam preocupar-se em se defender seria anterior a isso. Estaria no próprio ato do ministro em não reconhecer vida ou direitos ao feto anencéfalo.

#### **4.7 DA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DO CÓDIGO PENAL E VONTADE DO LEGISLADOR**

A maior parte dos votos analisados buscou fazer uma interpretação evolutiva do Código Penal e/ou investigar qual seria a vontade do legislador penal a fim de incluir o caso do feto anencéfalo como mais uma excludente de ilicitude.

Para tanto, os ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Celso de Mello e Joaquim Barbosa concordaram que, à época da promulgação do Código Penal, não existia tecnologia capaz de detectar previamente a anencefalia. Assim, caso esse diagnóstico prévio fosse possível naquele momento, teria o legislador previsto também tal hipótese de permissão do aborto.

No entanto, é importante pontuar as divergências. Tanto o ministro Ricardo Lewandowski quanto o ministro Cezar Peluso defendem que não se pode dizer que à época da reforma do Código Penal (1984) não existiam métodos científicos para detectar anencefalia, pois estes já se encontram de longa data à disposição da Medicina. Destarte, Lewandowski diz que o legislador, de modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, uma vez que fosse essa realmente sua vontade, o Congresso poderia tê-la incluído dentre as excludentes. Peluso, por sua vez, enxerga no Congresso má-vontade em reconhecer a atipicidade e a licitude da interrupção de gravidez de anencéfalo por não querer assumir essa responsabilidade. De qualquer forma, vê também opção deliberada do legislador em não permitir nova hipótese de aborto.

Considerando a existência de tecnologia capaz de prever a anencefalia fetal se tratar de um dado objetivo (ou ela existia ou não existia), a questão não ficou esclarecida no julgamento como um todo, de modo que não é possível inferir da decisão final uma conclusão nesse sentido, tampouco usar esse argumento como precedente para casos futuros.

Ainda na busca da vontade do legislador, os ministros passam a investigar quais seriam os bens jurídicos tutelados pelas excludentes do crime de aborto já abarcadas pelo diploma penal, isto é, o que o legislador estaria procurando proteger quando decidiu não criminalizar tais hipóteses, quais sejam a do aborto dito necessário (em que a gestação gera risco de vida para mãe) e o humanitário (aquele que interrompe gravidez decorrente de estupro).

A grande maioria que discutiu esta questão anuiu, em linhas gerais, que estas excludentes estariam a tutelar a saúde física e psíquica da mãe, respectivamente. Interessantes foram as divergências. Para o ministro Marco Aurélio o aborto humanitário também estaria protegendo, além da saúde mental, a honra da mulher que foi estuprada. Enquanto para o ministro Joaquim Barbosa as excludentes tutelam a autonomia, o direito de escolha e a liberdade sexual da mulher. Parece-me complicada esta análise do último ministro, uma vez que, levada ao extremo, traria a conclusão de que é da vontade do legislador não criminalizar qualquer espécie de aborto, dado que estes direitos da mulher estariam presentes em todos os casos.

Já o ministro Cezar Peluso vem afastar essa investigação dos bens tutelados alegando que as hipóteses de excludentes não alteram o raciocínio, uma vez que na situação do anencéfalo não há subsunção com tais artigos do Código.

De qualquer forma, a argumentação mais comum daqueles que discutem a vontade do legislador é justamente analisar a lógica por trás das excludentes do crime de aborto e alegar que esta se repete no caso da mãe que leva no ventre feto anencéfalo. Afinal, como já se viu, é quase unânime que esta gravidez gera maiores riscos físicos e psíquicos à mulher, exatamente os bens tutelados, segundo a maioria dos ministros, pelos artigos penais em questão.

Alguns ministros ainda ressaltam que no aborto humanitário o feto é saudável, como se argumentassem no sentido de que se o legislador permitiu mais, isto é, a ponderação de uma vida viável em favor da dignidade humana da mulher, certamente permitiria menos, ou seja, esta

mesma ponderação, mas em relação a um ser desprovido de vida em potencial.

E, para complementar esse raciocínio, justificam a ausência de uma excludente nesse sentido pelo fato, como vimos, de, à época da promulgação do Código Penal, não existirem meios científicos ou médicos capazes de detectar previamente a anencefalia.

Em sentido diferente dos ministros que se propõem a investigar a vontade do legislador, a Ministra Rosa Weber, embora reconheça que esta sempre leve em conta a vontade e a situação da mulher, afirma, primeiro, que não há certeza quanto ao que o legislador quis ou quer e, segundo, que não é este um bom parâmetro hermenêutico para o caso. Isso porque, para a ministra, a discussão é sobre o conteúdo do tipo e não sobre a existência ou não da excludente (como vimos ela considera o fato atípico).

Ainda que seja minoritária nesse sentido, é interessante a primeira reflexão da ministra, pois, realmente, não é possível ter certeza de qual foi a verdadeira intenção do legislador, há mais de 70 anos, quando optou por não penalizar aquelas situações de aborto. Quem sabe ele não estava procurando tutelar a saúde psíquica da mãe, mas a atender uma ideologia lambrosiana de que o filho do estuprador se tornaria criminoso no futuro, ou, ainda, a uma visão machista da época em que o marido não deveria ser obrigado a cuidar de filho que não é seu. Pode ser que não se trate de quaisquer dessas hipóteses, o fato é que é impossível extrair, com certeza, qual foi ou quais foram as reais motivações do legislador no passado. Assim, até que ponto, esse é um debate essencial para o julgamento dessa ação no Supremo?

Acredito que seja uma análise interessante procurar entender o que significam as excludentes do crime de aborto que já constam no Código Penal para contribuir para uma visão mais ampla do nosso ordenamento jurídico. Entender, por exemplo, que o direito à vida não é absoluto, que existem ponderações, que lógica elas seguem, etc. Mas não se pode perder de vista que o Supremo é chamado a analisar os dispositivos penais segundo a Constituição, e não o contrário. Mais do que se desdobrar na

busca de uma pretensa vontade do legislador penalista, os ministros foram chamados a julgar se uma determinada interpretação afronta valores constitucionais, não podendo ignorar os direitos que a Constituição protege e que estão em jogo (direito à vida, à dignidade, à saúde, à autonomia, à liberdade de escolha, à intimidade, etc).

Por fim, penso ser importante notar que essa linha argumentativa de que é da intenção do legislador não criminalizar interrupção de gravidez que atente contra a saúde física e/ou psíquica da mãe pode abrir portas para inúmeras outras interpretações nesse sentido, já que os ministros, em geral, não estabelecem parâmetros rígidos e claros para essa analogia. Pode se argumentar que tantas outras doenças congênitas fatais, ou mesmo não fatais, são capazes de trazer sofrimentos físicos ou psicológicos à mãe. Ou ainda qualquer outro motivo que a debilite psiquicamente poderá ser razão legal suficiente para o aborto. Tal justificativa poderia ser alegada, por exemplo, no caso de uma mãe que não tem condições econômicas para criar um filho, de uma gestante que está deprimida, de gravidezes indesejadas, entre tantas outras possibilidades.



#### **4.8 DA LEGITIMAÇÃO DO STF**

A legitimação do STF para julgar o caso e, eventualmente, descriminalizar a conduta do aborto de anencéfalo é um ponto que aparece, de um modo ou de outro, no voto de todos os ministros.

O Ministro Ricardo Lewandowski é o que mais enfatiza essa questão, sendo, inclusive, sua razão de decidir. Depois de argumentar que é opção deliberada do legislador não afastar a punibilidade da interrupção de gravidez de anencéfalo, Lewandowski defende que a técnica da interpretação conforme encontra limites na univocidade das palavras, não podendo o hermeneuta afrontar a “expressão literal da lei” ou contrariar a “vontade manifesta do legislador”.

O Ministro continua alegando que esta é uma tarefa que cabe unicamente ao Legislativo, representante do povo e legitimado pela Constituição, e não ao Judiciário: “não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem”.

Para reafirmar esta posição levanta o argumento da separação dos Poderes e do papel do Supremo como mero legislador negativo, apenas “cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora - função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno”. Para o Ministro, o STF descriminalizar a conduta seria o mesmo que usurpar a competência do Congresso.

O Ministro Cezar Peluso também faz considerações nesse sentido, embora essa não seja sua razão principal para decidir (esta se baseou mais na argumentação do feto anencéfalo ter vida tutelável juridicamente e esta prevalecer sobre qualquer outro direito). Segundo o Ministro, cabe apenas ao legislador instituir excludentes de punibilidade, afirmando ser impossível uma aplicação analógica ou uma interpretação expansiva das excludentes já existentes para o caso do aborto de anencéfalo.

Já os outros ministros concordaram que o Supremo pode, sim, descriminalizar a conduta sem que esteja infringindo a separação de

Poderes, embora não tenham, necessariamente, tratado essa questão de legitimação em termos de competências.

Gilmar Mendes foi, certamente, o ministro que mais se preocupou em legitimar sua decisão. Ele admite, como Lewandowski, que a interpretação conforme encontra limites na expressão literal da lei e na vontade do legislador. No entanto, argumenta que, muitas vezes, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir, sendo possíveis múltiplas interpretações.

Por isso, o Ministro admite que a eliminação ou fixação, pelo Supremo, de certos sentidos normativos do texto, “quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador”. Daí essa interpretação transformar-se no que ele chama de uma decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

A partir disso, Gilmar Mendes reconhece que o STF, “imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo”, costuma se auto-restringir nos casos de interpretação conforme capazes de modificar o sentido da lei. Contudo, analisando a jurisprudência da Corte, verifica que, em muitas ocasiões, o Supremo tem adotado o que ele chama de decisões manipulativas de efeitos aditivos e, sob seu ponto de vista, caso o Tribunal decida pela procedência da ação (ADPF 54), dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, ele invariavelmente proferirá esse tipo de decisão.

O Ministro argumenta que, quando o STF rejeitou a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República<sup>11</sup>, o Tribunal acabou por admitir a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como “verdadeiro legislador positivo”, acrescentando mais uma excludente de ilicitude ao crime de aborto.

Por fim, Gilmar Mendes passa a justificar a possibilidade de decisão com efeitos aditivos em matéria criminal, âmbito em que esta é mais criticada, tendo em vista os princípios da legalidade e da “tipicidade

---

<sup>11</sup> Em peça de 27 de setembro do corrente ano, veio o Procurador-Geral da República a requerer a submissão do processo ao Plenário em questão de ordem, para definir-se, preliminarmente, a adequação da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

(cerrada) penal". Reconhece que a sentença aditiva *in malam partem* é extremamente reprovável, mas, se proferida *in bonam partem*, há um espaço aberto para sua aplicação. Além disso, vê como "premente necessidade" a atualização do conteúdo normativo do Código Penal.

O Ministro Luiz Fux também vê o imperativo de se adequar o ordenamento jurídico às necessidades que se apresentam na realidade social, no entanto, como a matéria discutida envolve dissenso moral razoável, deve o Judiciário ter uma postura minimalista no julgamento. Embora faça esta ressalva, nada o impediu de que fizesse uma ponderação de princípios e decidisse por abrir uma nova hipótese de estado de necessidade supralegal para os casos de interrupção da gestação de fetos anencefálicos.

Os ministros Celso de Mello e Rosa Weber também admitem ao STF a possibilidade de fazer uma ponderação entre a proteção de organismo intra-uterino (incerta para a Ministra) e a tutela dos direitos fundamentais da mulher e, por isso, aplicar a técnica da interpretação conforme.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, justifica-se dizendo competir ao STF a proteção do exercício pleno da liberdade de escolha, da vida e da saúde, física e psicológica, da gestante.

Por fim, Ayres Britto justifica a atuação do STF no caso pela alegação de que os dispositivos questionados do Código Penal são polissêmicos e aptos a ensejar controvérsia judicial, possibilitando afronta a valores constitucionais. Está aí uma visão que se opõe diretamente à de Lewandowski, para quem os dispositivos são claros, uníssonos e fechados, não havendo abertura a interpretações.

Disso concluímos que a tese defendida por Ricardo Lewandowski, segundo a qual o STF não pode se exceder na sua função de legislador negativo, é posição vencida na Corte e que, de fato, ignora o histórico do Tribunal o qual, em diversas ocasiões preferiu julgar modificando os sentidos originais postos pelo legislador, ao invés de se auto restringir ao papel de mero extirpador de normas incompatíveis com a Constituição. Esse

é o caso do também recente julgamento da união homoafetiva<sup>12</sup>, para ficar em um exemplo, em que se reconheceu onde na Constituição estava escrito “união estável entre o homem e a mulher” os direitos do casal homoafetivo.

---

<sup>12</sup> Decisão conjunta de procedência da ADI 4277 e da ADPF 132 no dia 05 de março de 2011

#### **4.9 DA PREOCUPAÇÃO DO MINISTRO COM A CONSEQUÊNCIA DA DECISÃO**

Além de justificar a legitimação do STF para julgar o caso, uma preocupação relevante que surgiu em alguns votos dos ministros é a possibilidade da decisão proferida servir de precedente a outras excludentes do crime de aborto.

Embora esta me pareça ser uma questão importantíssima, afinal o que está em jogo é a vida dos fetos (nenhum ministro chegou a afirmar que qualquer feto não tenha vida e a maioria reconheceu ao menos certo grau de proteção jurídica à vida intrauterina), ela não é sequer levada em discussão por quatro ministros (Marco Aurélio, Luiz Fux, Carlos Ayres Britto e Rosa Weber). E essa omissão não é compensada com votos claros e bem delimitados em suas afirmações, de modo que muitos fundamentos podem ser eventualmente estendidos para outros casos de aborto.

Seria de se esperar que aqueles que votaram pela improcedência da ação demonstrassem essa preocupação, afinal esta já representa, por si só, um argumento neste sentido. Destarte, o Ministro Ricardo Lewandowski defende que uma decisão favorável ao aborto de anencéfalos teria o condão de tornar lícito o aborto de qualquer embrião com pouca ou nenhuma expectativa de vida extrauterina e, em demonstração, cita diversas outras patologias fetais em que as chances de sobrevivência são nulas ou muito pequenas.

Cezar Peluso demonstra além dessa visão de precedente – inclusive em relação à eutanásia – uma preocupação mais prática devido à dificuldade de se apurar com certeza, por meio de diagnóstico, se se trata de anencefalia fetal ou outra anomalia semelhante distinta apenas em grau. Daí a chance de com a decisão do STF se abrir possibilidade para o aborto de fetos com outras doenças semelhantes.

Contudo, mesmo votando pela procedência da ação, os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Joaquim Barbosa demonstraram alguma preocupação com as possíveis consequências da sua decisão.

O Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, ressalta que o aborto é um “desacordo moral razoável” e que as ponderações que faz no voto não devem ser estendidas a quaisquer outras hipóteses de aborto, seja o aborto puro, seja o eugênico.

Já o Ministro Celso de Mello sustenta que não se está autorizando práticas abortivas. Segundo ele, essa é outra questão que poderá eventualmente ser submetida à Corte em um outro momento.

O Ministro Joaquim Barbosa, por fim, afirma que não se discute nos autos a ampla possibilidade de se interromper a gravidez, referindo-se o caso especificamente a uma gravidez fadada ao fracasso, pois resultará, invariavelmente, na morte do feto. Vê-se aí que o ministro não está tratando unicamente da interrupção de gestação de anencéfalo, mas dando abertura a casos de aborto em que o feto é acometido, por exemplo, de outras doenças congênitas fatais.

Essas considerações são importantes para verificar o que pode ser usado como precedente para casos futuros em que o Judiciário seja questionado acerca de outras situações de aborto.

Um indicativo importante dessa relação de precedência pode ser tirado do quanto e do como os ministros utilizaram-se da ADI 3510<sup>13</sup> – caso da pesquisa com células tronco-embrionárias – para julgar a presente ação, dado que envolvia também o conceito, o início e o direito à vida.

Dos votos analisados, a maioria citou a ADI 3510 (Marco Aurélio, Ayres Britto, Cezar Peluso, Rosa Weber e Celso de Mello). No entanto, o Ministro Peluso o fez para afastá-la do presente caso<sup>14</sup> e o Ministro Celso de

---

<sup>13</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF – Distrito Federal, relatoria Min. Ayres Britto, julgada em 29 de maio de 2008

<sup>14</sup>O Ministro Cezar Peluso vê abissal distância entre o caso da ADPF 54 e o das células-tronco embrionárias, pois, na sua visão, enquanto no primeiro está, claramente, a se discutir vida, no segundo, não. Para o Ministro, a figura do embrião excedente que sequer se implantou no útero e nem jamais viria a ser implantado tem a ideia de vida humana, qualquer que seja sua concepção, completamente afastada. Isso porque não está inserido num ciclo natural contínuo que vai gerar a vida humana, trata-se de mero agrupado de células que, sem a interferência externa no sentido de implantá-lo no útero, jamais se tornará uma pessoa. Para Peluso, a vida se caracteriza pela capacidade de movimento autógeno vinculado ao processo contínuo da evolução do ser e, segundo ele, todos os fetos anencéfalos são, inequivocamente, dotados dessa capacidade. Daí a diferença entre aproveitamento científico de material congelado e qualquer tipo de aborto.

Mello, apenas para dizer que, tal qual a ADPF 54, aquela ação se revestia de tamanha magnitude e importância.

Já Marco Aurélio fez importante uso dessa ADI para referir-se ao conceito de vida e quando ela se inicia, às distintas graduações da tutela do direito à vida e à laicidade do Estado. O Ministro Ayres Britto também a usa para referir-se ao início da vida humana (apenas se dá no interior do útero) e a Ministra Rosa Weber, para a sua conceituação (potencialidade para tornar-se pessoa).

Enfim, pudemos observar que a ADI nº 3.510 foi utilizada em partes significativas da argumentação de pelo menos quatro ministros (Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto e Rosa Weber). Isso se deu provavelmente para justificar a coerência dos votos com a jurisprudência do STF, afinal a ADI, assim como a ADPF, contemplou os conceitos de vida, o seu início, sua proteção jurídica, bem como a laicidade do Estado.

Embora sejam ações com objetos distintos – uma discute a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, outra a possibilidade de realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias – pouco coerente seria decidir na ADPF 54, por exemplo, que não se deve permitir o aborto de anencéfalo porque a vida começa desde a concepção e a sua proteção tem valor absoluto em relação a outros direitos quando essa posição foi vencida no julgamento da ADI 3510. Assim, quando o Ministro Peluso se concentra em afastar a ADI 3510 do caso em questão ele está preocupado em manter a coerência da Corte. Isso porque defende que a vida intrauterina tem a mesma importância e tutela que a vida extrauterina, mas afasta que a decisão da ADI 3510 tenha sido contrária a isso, alegando não haver vida no embrião in vitro.

Desse modo, os ministros trazem a ADI 3510 para se mostrarem coerentes com a jurisprudência da Corte e construir um conceito de vida que não seja contraditório ao decidido na ADI. Aqueles que a citam para reforçar seus argumentos estão demonstrando serem condizentes com a jurisprudência do STF, enquanto Peluso a cita para afastá-la e, assim,

manter a coerência do Supremo, apesar de pretender que em uma ação se tenha reconhecido vida e na outra não.

Daí o indicativo de que essa preocupação também possa vir a ocorrer com eventuais casos ulteriores que discutam questões relacionadas aos conceitos e fundamentos envolvidos na ADPF 54. Por exemplo, se o Supremo for chamado a decidir novo caso de aborto, ou até eutanásia, não pode ele defender algo que não condiga com o que foi decidido nessa ADPF. Ou se o fizer, terá o ônus argumentativo de fundamentar o porquê desta alteração jurisprudencial.



#### **4.10 O DIREITO PENAL É O MEIO MAIS EFICIENTE PARA TRATAR DA QUESTÃO?**

Embora esse seja um ponto que a maioria dos ministros analisados não chega sequer a entrar na discussão, o questionamento do direito penal como meio mais eficiente para solucionar o problema é uma reflexão importante que permeia o debate da descriminalização do aborto na sociedade. Muito se fala em tratar o aborto como uma questão de saúde pública.

O ministro Luiz Fux, em seu voto, fez longas considerações sobre os limites e os fins que devem nortear o Direito Penal, dando relevante destaque à proporcionalidade. Ele afirma que penas privativas de liberdade só devem ser empregadas em hipóteses extremas, quando não há meios alternativos eficazes para a proteção do bem jurídico.

Por diversos modos, o ministro tenta demonstrar o quão irrazoável e desproporcional é penalizar a mulher que comete aborto de feto anencéfalo. Primeiro defende ser uma causa supra legal de estado de necessidade, excludente de ilicitude, dado que aflige a dignidade humana da gestante. Depois diz que outros institutos do Direito Penal como o perdão judicial e o critério da imprescindibilidade da pena também tornam imperioso afastar a punição da mulher.

Por fim, o Ministro defende que a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos é matéria de saúde pública, que aflige em sua maioria as mulheres que compõem a parcela menos abastada da população, devendo a questão ser tratada com uma política de assistência social eficiente, que dê à gestante todo o apoio necessário em tal situação lastimável, "e não com uma repressão penal destituída de qualquer fundamento razoável. Seria o punir pelo punir, como se fosse o Direito Penal a panaceia de todos os problemas sociais". Segundo Fux, a criminalização do aborto de anencéfalo só agrava ainda mais os custos sociais do infortúnio. Embora ele utilize o argumento da saúde pública para o caso de interrupção de gravidez de anencéfalo, este me parece ser passível de extensão para outras situações, uma vez que, provavelmente, outros tipos de aborto são também

problemas que perturbam as mulheres mais carentes e circunstâncias deploráveis que demandam assistência para apoiá-las, estando a criminalização apenas a agravar os “custos sociais”.

A Ministra Rosa Weber, em sentido semelhante, diz que o direito penal tem se mostrado ineficaz para impedir as ações tidas como criminosas e que sua intervenção deve ser mínima nas relações sociais, não só pela sua ineficiência, mas também por gerar custos sociais e econômicos. Segundo a ministra, a penalização da mulher neste caso implica medida extrema e ineficiente para proteger uma percepção moral difusa. Essa última fala da Ministra só faz sentido na medida em que ela considera inexistente no feto anencéfalo vida tutelável pelo direito, daí se proteger, na sua visão, uma mera “percepção moral difusa”. Assim, não há porque estender essa argumentação para casos de presença de vida a se resguardar. Em tal situação, não se pode aferir que a penalização da gestante seja também medida extrema.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, chega a indagar, no início do seu voto, se a mulher que interrompe a gravidez de feto anencéfalo deve ser presa e se a possibilidade de prisão reduziria a realização dos abortos, mas acaba por não responder a essa pergunta. De certo modo, é possível concluir pelo restante do voto do Ministro que a prisão seria inadequada na medida em que vota pela procedência da ação. Mas quanto à segunda pergunta, referente à eficiência da criminalização como desestímulo ao aborto, ele não responde ou traz quaisquer outras reflexões sobre isso.

Já o Ministro Gilmar Mendes entra no debate para afastar essa argumentação dizendo que questões capazes de gerar desacordos morais razoáveis em sociedades plurais são assuntos políticos demasiadamente complexos e simbólicos para serem reduzidos a um olhar preponderantemente pragmático de saúde pública. Assim, pela visão do Ministro, o que determina se uma questão pode ou não ser tratada como matéria de saúde pública é a presença ou ausência de um razoável consenso moral sobre a mesma. Essa me parece ser uma reflexão de pouca importância para o caso, uma vez que se houvesse tal consenso a questão

não precisaria sequer chegar ao Judiciário, ela já estaria provavelmente resolvida no legislativo.

Enfim, vê-se que esta discussão sobre o papel do direito penal no caso não foi um ponto muito levantado pelos ministros, embora ela esteja presente no debate do aborto em geral na sociedade. Os ministros preferiram decidir baseados em outros fundamentos e, mesmo aqueles que o utilizaram, não foi como único argumento capaz de decidir a questão. Assim, esse claramente não foi o foco da ADPF 54, ainda que tenha sido importante base para o voto do Ministro Luiz Fux e tenha levado a algumas relevantes considerações no voto da Ministra Rosa Weber.

## **4.11 OUTROS TEMAS**

### **Laicidade do Estado**

Embora esta não seja uma questão essencial à resolução do mérito da ADPF em estudo, este foi um ponto muito abordado por alguns votos, sobretudo os do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Gilmar Mendes.

Marco Aurélio, por exemplo, gasta diversas páginas do seu voto para narrar o papel da religião no Estado brasileiro desde a época do Império até os dias atuais, bem como o tratamento dado nas diversas constituições da história brasileira.

Ao fim dessa trajetória conclui que, ao consagrar a laicidade, a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, “seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor”, obsta que concepções morais religiosas, ainda que unânimes, determinem o conteúdo de atos estatais, devendo estas ficar circunscritas à esfera privada:

“A laicidade estatal atua de modo dúplice: a um só tempo, salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva do Estado nas respectivas questões internas – por exemplo, valores e doutrinas professados, a maneira de cultuá-los, a organização institucional, os processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos sacerdotes e membros – e protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático – no qual estão investidas as autoridades públicas – e qualquer igreja ou culto, inclusive majoritário.”

A grande conclusão do ministro Marco Aurélio nesse ponto é a de que “a questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas”.

Essa compreensão influi na recepção dos argumentos oriundos da oitiva das entidades religiosas, os quais, segundo o ministro, para que sejam aceitos no debate jurídico, devem ser ‘traduzidos’ em termos de razões públicas.

Pareceu-me, contudo, desnecessário tamanha digressão sobre o Estado Laico. Esse ponto somente seria um fundamento a demandar tantas páginas e tanta explicação se o único argumento favorável à criminalização da antecipação do parto de anencéfalos fosse religioso. Nesse caso, o Ministro pode, de fato, acreditar que isso ocorra ou estar querendo mostrar erudição no assunto, ou ainda, ter aproveitado a situação para registrar e enfatizar sua opinião pessoal quanto a assuntos diversos como os símbolos religiosos em espaços públicos ou a expressão “Deus seja louvado” nas cédulas de reais, entre outros.

Não é tão improvável a primeira hipótese, uma vez que é possível constatar, ao longo do voto, que o Ministro Marco Aurélio, por vezes, desqualifica a opinião divergente colocando-a como mera crença de parcela da sociedade, como se a opinião que defende fosse a única juridicamente aceitável:

“De qualquer sorte, Senhor Presidente, aceitemos – apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública – a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, vida predominantemente intrauterina.”

“Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal.”

Já para o Ministro Gilmar Mendes é importante refutar a ideia de que o Estado laico previsto na Constituição impede a manifestação e a participação de organizações religiosas nos debates públicos. Segundo ele, 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”.

Para o Ministro, nos temas de complexo conteúdo moral e ético, é indispensável que se ouça a manifestação de cristãos, judeus, muçulmanos, ateus ou de qualquer outro segmento religioso, não só por meio das

audiências públicas, mas mediante o instituto do *amicus curiae*. Afinal, parte do direito de liberdade religiosa consiste justamente no direito de manifestação livre do pensamento. Está aí uma crítica direta à atitude do Ministro Marco Aurélio de indeferir o pedido de integração da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) no processo como *amicus*.

Gilmar Mendes ainda relata posição da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a presença de crucifixos nas salas de aula de escolas públicas. Para a Corte, esta “não denota um processo de doutrinação das crianças, nem limita o direito de educação dos pais, que permanecem com o direito de educar e ensinar seus filhos de acordo com suas convicções religiosas e filosóficas”. Mais uma vez o Ministro responde ao argumento de Marco Aurélio, para quem os crucifixos e outros símbolos religiosos nas dependências públicas vai de encontro à ideia de um Estado secular tolerante com as religiões, impedido, porém, de transmitir a mensagem de que apoia ou reprova qualquer delas.

Para o Ministro Celso de Mello, por sua vez, o debate acerca do aborto do anencéfalo não pode ser considerado uma disputa entre Estado e Igreja, tendo em vista a laicidade estatal e a liberdade religiosa. Dogmas religiosos não podem interferir em decisões estatais e o direito não se submete à religião, nem pode ter interesses confessionais. O único critério, segundo ele, a ser usado pela Corte na solução da controvérsia em exame é aquele que se fundamenta no texto da Constituição, dos tratados e convenções internacionais e das leis da República. Por outro lado, considera legítima e relevante a intervenção de organizações religiosas como *amici curiae*, dado o seu fator de pluralização do debate constitucional, além de permitir conferir resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do STF.

Embora o debate do papel da religião no Estado seja tão interessante quanto relevante, acredito que a discussão não exerce qualquer influência sobre o mérito do caso em tela. Afinal, ainda que entidades religiosas tenham participado da Audiência Pública, em nenhum momento foram levantadas razões religiosas para argumentar em um ou outro sentido. Não

houve qualquer argumento no sentido “aborto não deve ser permitido, pois é pecado” ou a “vida começa desde a concepção, pois Deus assim disse”, o que me leva a crer que os ministros tenham entrado nessa seara para aproveitar e deixar registrado seus posicionamentos acerca do assunto. De qualquer modo, se este debate não tivesse sequer sido levantado não haveria prejuízo algum à solução da demanda.

Por outro lado, não deixa de ser importante pontuar a discussão, uma vez que já revela o entendimento de ao menos dois ministros da Corte sobre uma questão de grande relevância que pode vir a ser levada ao Supremo em um outro momento, bem como a visão destes sobre a participação de entidades religiosas através do instituto do *amicus curiae* e a forma como foram considerados os participantes da Audiência Pública.

### **Dispositivo do julgamento**

Há em uma parte do julgamento (disponível apenas em vídeo, por enquanto) em que os ministros entram no debate do que ficará para a parte dispositiva do acórdão.

Alguns defendem a realização de considerações que vão além do simples “é inconstitucional a interpretação que enseje a proibição do aborto de anencéfalo” para especificar exigências ou recomendações a esta prática.

Por exemplo, Gilmar Mendes, em seu voto, diz que a Corte deve recomendar fortemente que o Ministério da Saúde edite, além das já existentes, norma específica sobre o aborto de fetos anencéfalos, que cuide, em especial, da presteza do diagnóstico. E ao final resume sua decisão nas seguintes palavras:

“Não se pune o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia comprovada por junta médica competente, conforme normas e procedimentos a serem estabelecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Para o cumprimento desta decisão, é indispensável que o Ministério da Saúde regulamente adequadamente, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia. Enquanto pendente regulamentação, a anencefalia

deverá ser atestada por no mínimo dois laudos diagnósticos, produzidos por médicos distintos, e segundo técnicas de exame atuais e suficientemente seguras”.

O Ministro Celso de Melo, no momento do debate, demonstra que claramente quer ir além, instituindo regras procedimentais como a exigência de duas equipes médicas distintas.

Já Marco Aurélio é bastante contrário, e afirma que em seu voto já tem considerações no sentido de recomendar que os órgãos responsáveis instituem procedimentos e regras específicas, mas não aceita que o Supremo as estabeleça ele próprio, sob pena de se substituírem aos médicos. O papel do STF, segundo ele, se restringe a dizer objetivamente da possibilidade do aborto de anencéfalo, cabendo aos órgãos de saúde definir regras, o que já é feito conforme informações da Audiência Pública.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, afirma que tais exigências tratar-se-iam de estímulos, recomendações, exortações aos órgãos para que as realizem. Segundo ele, essa já foi, inclusive, uma prática adotada pelo Supremo em outros casos.

Ao fim, os ministros entram num consenso apenas quanto à inclusão do advérbio “comprovadamente” ao lado do termo “anencefálico”. Não é possível identificar, contudo, se farão recomendações ou se estas constarão no acórdão como imposições. Isso somente será possível averiguar quando da edição da ementa, isto é, apenas quando o acórdão for publicado.

De fato, dada a questão sensível (trata-se de uma excludente de crime e que envolve supostamente a vida de um feto e os direitos à saúde da mãe) é importante que se estabeleçam regras claras e bem definidas sobre o procedimento, sobretudo, para detectar a anencefalia. A meu ver, já que o Supremo decidiu entrar no mérito e dar procedência à ação (poderia ter se absterido e delegado a demanda ao legislativo), ele deve garantir que sua decisão seja transplantada à prática nos limites do que realmente decidiu. Assim, se a procedência foi em relação ao feto anencéfalo, é minimamente exigível que a doença seja detectada previamente com certeza para que a sua decisão não seja estendida indevidamente a outras situações. Por isso, parece razoável o fato do STF



estabelecer algumas recomendações ou exigências quanto à necessidade, por exemplo, de comprovado atestado médico para anencefalia.

## 5. CONCLUSÃO

Da análise e comparação dos votos fica concluído que o Supremo decidiu, em termos de maioria, pela atipicidade da conduta da mulher que interrompe gravidez de feto anencéfalo. Isso por tomar como pressuposto de vida a potencialidade de vida extrauterina, a qual não é reconhecida ao feto anencéfalo, embora a existência de vida intrauterina não tenha sido resolvida pelo julgamento. A definição biológica de vida não precisa, necessariamente, coincidir com seu conceito jurídico.

O direito à vida não é absoluto e os direitos do nascituro são condicionados à possibilidade de vida extrauterina viável, potencialidade essa, objeto de proteção da proibição do aborto. Desse modo, o Direito não tutela o feto anencéfalo.

O STF alude que à época da promulgação do Código Penal, não existia tecnologia capaz de detectar previamente a anencefalia, razão que justifica o legislador não ter previsto a excludente do crime de aborto para o caso do anencéfalo.

Além disso, constata que as excludentes já previstas no Código Penal – aborto necessário e aborto humanitário – estariam a tutelar a saúde física e psíquica da mãe, respectivamente. A gravidez de feto anencéfalo gera maiores riscos físicos e psíquicos à gestante de modo que a lógica das excludentes se repete. Assim, é da vontade do legislador que a mulher que aborta no caso da anencefalia do feto não seja criminalizada.

Os direitos da mulher envolvidos – dignidade humana, liberdade, autonomia de escolha, privacidade, intimidade, direitos sexuais e reprodutivos – foram, de modo geral, citados, mas não resolveram a questão sozinhos. De maneira semelhante, a questão do aborto de anencéfalo como forma de eugenia ou discriminação, o da eficácia do Direito Penal para tratar o problema e o da certeza do diagnóstico de anencefalia não foram pontos abordados pela maioria e não podem formar, assim, precedente.

Embora tenha se considerado legítimo a decidir e tenha entendido pela procedência da ADPF, o Supremo faz a ressalva de que a sentença proferida não se estende a qualquer prática abortiva.

Há, contudo, que se ponderar que os conceitos adotados na decisão da Corte não foram totalmente claros ou bem delineados. É o que ocorre com os requisitos de “potencialidade” ou “viabilidade” de vida extrauterina para a tutela jurídica do feto. Não há qualquer explicação que conceitue esses pressupostos ou que justifique por que a, ainda que curta, vida do anencéfalo fora do útero não seja considerada viável. Seria pela falta de alguma capacidade específica? Pelo curto tempo vivido? Se sim, qual capacidade? Ou quanto tempo é suficiente para se adequar ao requisito? São questões que os ministros não chegam sequer a entrar, ou se adentram, como a Ministra Rosa Weber que especificou a capacidade para o convívio social, o fazem com conceitos abertos e indeterminados.

Daí a preocupação em que estes termos possam ser utilizados para justificar a prática de aborto em outras situações que a vida extrauterina do feto esteja, de algum modo, comprometida.

De modo semelhante, a lógica de que o legislador não quer punir o aborto em caso de gravidez que imponha risco à saúde física ou psíquica da mãe pode ser utilizada para outros casos em que estes bens da gestante estejam, de alguma forma, ameaçados.

Essas considerações importam na verificação do que pode ser usado como precedente para casos futuros em que o Judiciário venha a ser questionado acerca de outras situações de aborto. Assim, por exemplo, um caso de gravidez de feto portador de alguma outra afecção congênita letal terá mais chance de receber a autorização do juiz para a realização de aborto, o qual poderá utilizar-se dos mesmos fundamentos do Supremo, tais como a falta de potencialidade de vida extrauterina ou a infração à saúde física e psíquica da mãe, já que estes não foram claramente delimitados pelos ministros para o caso específico da anencefalia. Já uma gravidez de um feto saudável não teria o mesmo êxito, uma vez que a decisão do Supremo claramente não se pautou apenas pelos direitos de

liberdade, autonomia e privacidade da mulher, ou pela tônica do aborto como questão de saúde pública.

## 6. FECHAMENTO

O julgamento da ADPF 54 contou com votos muito distintos de cada ministro e também muito destoantes da minha hipótese inicial. Antes da leitura dos votos, minha expectativa era encontrar, como cerne do debate, uma mera ponderação entre os direitos das mulheres e o direito à vida do feto anencéfalo. Com a leitura, contudo, percebi que a questão posta à análise do Supremo admitiu inúmeras e diversas respostas.

Como vimos, muitos resolvem o caso sem qualquer alusão à ponderação de valores, seja por uma interpretação evolutiva do Código Penal, uma investigação da vontade do legislador, ou pela ilegitimidade do Supremo para alterar o sentido da lei. Outros resolvem pela atipicidade do fato, ou seja, pela consideração da inexistência de vida ao feto anencéfalo, ou ainda, pela tipicidade por considerar a vida como valor absoluto.

E mesmo nesses pontos há ainda divergências. A vontade do legislador não é da mesma maneira interpretada pelos diferentes ministros, tampouco o conceito de vida, biológico ou jurídico.

Por isso, é grande a dificuldade em se extrair um posicionamento da Corte para o caso através de uma primeira leitura. Apenas com a realização da tabela e a comparação dos dados foi possível extrair algumas conclusões. E estas, fundadas, muitas vezes, em maiorias apertadas. Algumas questões, inclusive, não obtiveram sequer resultado, como é o caso da existência de vida intrauterina ao feto anencéfalo (empate). Mesmo dados objetivos e/ou factuais como a certeza do diagnóstico de anencefalia ou a possibilidade de detectá-la previamente quando da promulgação do Código Penal não encontraram consenso.

Uma percepção interessante, por outro lado, foi a maneira similar de votar, ao menos em alguns pontos relacionados à questão da vida, dos ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Rosa Weber e Joaquim Barbosa. Os cinco votaram pela atipicidade do fato, defenderam não haver proteção do Direito ao feto anencéfalo, a inexistência de vida intrauterina (ao menos jurídica) e de potencialidade de vida extrauterina, bem como o direito à vida não ser absoluto.

Outro aspecto para se notar é a grande quantidade de respostas “não discute” em alguns pontos da tabela comparativa. São exemplos as colunas sobre “A proteção ao direito à vida comporta gradações?”, alguns direitos femininos como o “Direito à intimidade e à privacidade” e os “Direitos sexuais e reprodutivos”, bem como os itens: “Aborto de anencéfalos é aborto eugênico?”, “Há discriminação contra deficientes no aborto de anencéfalos?” e “O direito penal é o meio mais eficiente para tratar a questão?”. Estes pontos, portanto, não foram resolvidos pelo Tribunal, tampouco podem constituir precedente para qualquer fim.

Há questões que foram rebatidas diretamente pelos ministros, como foi o caso da participação de amici curiae no julgamento (Gilmar Mendes e Marco Aurélio), da possibilidade da interpretação conforme pelo STF (Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes), dos conceitos de morte encefálica e anencefalia, entre outros. Mas há pontos que não foram confrontados e, portanto, não podem ser considerados resolvidos pelo Tribunal. Esse é o caso, por exemplo, do diagnóstico de anencefalia que é tido como certo por alguns ministros e passível de erro pelo Ministro Cezar Peluso, que traz à tona o caso Marcela, o qual não foi rebatido.

De um modo geral, porém, foi possível extrair um entendimento da Corte para a maioria dos temas levantados, o que possibilitou discutir sobre as consequências do posicionamento adotado e as carências na fundamentação sobre determinados conceitos.

Embora seja perceptível o diálogo entre os votos em alguns pontos, como vimos, teria sido mais positivo se houvesse maior número de debates (muito raros no julgamento) para a melhor delimitação dos fundamentos utilizados, como o argumento da “potencialidade” ou “viabilidade” da vida, por exemplo, e para entrar no consenso de algumas questões que não foram resolvidas, como é caso do diagnóstico de anencefalia.

Por fim, atingidos os objetivos da monografia em mapear a decisão da ADPF 54, analisar e comparar os votos para extrair um posicionamento da Corte e o que possivelmente pode vir a ser utilizado em demandas futuras, cumpre agora observar em próximas decisões do Judiciário, que

envolvam temas correlatos a este, o que os juizes e desembargadores entenderam do que foi decidido pela Corte Suprema e se os espaços abertos pelos ministros serão utilizados em favor ou não da permissão de aborto em outras situações fáticas que possibilitam a transposição dos mesmos argumentos.

## **7. BIBLIOGRAFIA**

HÜBNER MENDES, Conrado. Estudo Dirigido "Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão"

REGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1. 11ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais.

ANNEMBERG, Flávia. "A posição do Supremo Tribunal Federal nos casos da pesquisa com células-tronco embrionárias e da interrupção da gravidez do feto anencéfalo. Existe relação de precedente entre eles?". Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2008. Disponível em <[http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=132](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=132)>

BORGES, Fillipi Marques. "O julgamento do caso das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal: mudança de paradigma deliberativo?". Tese de Láurea pela Universidade de São Paulo de 2011.

STF: ADI 3.510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008



## 8. ANEXOS

### 8.1. Voto Ministro Marco Aurélio

<b>Razões de decidir</b>
Sob o ângulo biológico, o início da vida pressupõe não só a fecundação do óvulo pelo espermatozóide como também a viabilidade, elemento que não integra o feto anencéfalo, pois este é um morto cerebral. Logo, não há vida para o feto anencéfalo.
O conceito jurídico de morte é cerebral (aproximação dos conceitos de morte encefálica e anencefalia)
Por ser inviável o feto anencéfalo não se tornará nunca pessoa-humana ou será titular de direito à vida, portanto não há conflito real entre direitos fundamentais
Não é aborto porque o aborto tutela a vida em potencial
A interrupção da gravidez de feto anencéfalo não configura eugenia ou discriminação contra deficientes, uma vez que não há vida viável em questão
Não se aplica qualquer proteção constitucional à vida ao feto anencéfalo, tampouco qualquer legislação de proteção à criança porque este jamais se tornará uma criança
O direito à vida não é absoluto, havendo diferentes exemplos no Direito de prevalência de outros princípios
A proteção ao direito à vida comporta gradações (o feto anencéfalo tem a vida juridicamente menos protegida que a pessoa humana e que os demais fetos)
Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo
A manutenção da gestação põe em risco a saúde física e psíquica da mulher
Obrigar a manter a gestação é uma forma de violência contra a mulher, ferindo sua dignidade
Autonomia da mulher: cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez
Na ponderação de direitos, no caso concreto, prevalecem os da mulher, segundo o princípio da proporcionalidade

Interpretação evolutiva do Código Penal: ele não previu a atipicidade da interrupção do feto anencéfalo porque à época não havia tecnologia para identificar tal moléstia, mas pode-se presumir que o legislador excluiria, em vista inclusive da excludente do aborto de feto fruto de estupro, que é viável, e do feto que esteja pondo em risco a saúde da mãe

A medicina dá 100% de certeza quanto ao diagnóstico (anencefalia) e ao prognóstico (morte)

### **Argumentos Periféricos**

O Estado é laico e as concepções religiosas não podem influenciar nas decisões

Argumentação contrária é mera crença de setores da sociedade

Marcela, suposto caso de anencéfalo que durou quase 2 anos, não era portadora de anencefalia

Não se pode manter a gravidez para doação de órgãos porque seria instrumentalizar a mulher, além de ser baixa a possibilidade de real aproveitamento dos órgãos

## **8.2. Voto Ministro Gilmar Mendes**

### **Razões de decidir**

Morte encefálica e anencefalia são conceitos distintos. O feto anencéfalo pode nascer com vida e o desenvolvimento da vida passa necessariamente pelo estágio fetal, portanto, é tutelado pelo direito

A interrupção de gravidez de feto anencéfalo configura fato típico do crime de aborto ante a evidente proteção jurídica que se confere ao nascituro

Não se pode tutelar o direito de praticar o aborto dos fetos anencéfalos com base no princípio da dignidade humana, pois também o nascituro deve ser protegido por essa cláusula constitucional

Não deve ser feita, no caso, ponderação de princípios

A dignidade da pessoa humana e o direito à saúde não são aptos para desconstruir uma opção política do legislador.

Interpretação evolutiva do CP: não era possível identificar previamente a anencefalia, na década de 1940, no Brasil, com base na tecnologia então disponível

No estágio atual de desenvolvimento da medicina, o diagnóstico da anencefalia fetal pode ser realizado com elevadíssimo grau de certeza

A hipótese do aborto de anencéfalos assemelha-se, em sua estrutura lógico-funcional, ao aborto de feto resultante de estupro, em que a principal intenção da norma é também a proteção da saúde psíquica da gestante, com a diferença de que, neste último, permite-se a prática do aborto ainda que o feto seja saudável
É possível aferir um norte interpretativo a partir das próprias opções do legislador, que transitam entre o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa.
O risco da gravidez de um feto anencéfalo é maior do que o de um feto viável
Há riscos à saúde psíquica da mulher, a qual é obrigada a conviver com o sofrimento de carregar consigo um feto que não conseguirá sobreviver
O aborto de fetos anencéfalos está compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude, já previstas no Código Penal. A decisão do tribunal em adicionar mais esta excludente é extraída da própria opção do legislador que, ao excepcionar as hipóteses de aborto necessário e aborto humanitário, expressou os valores e bens jurídicos protegidos.
O aborto dos fetos anencéfalos apenas aparentemente é uma questão capaz de gerar desacordo moral razoável, pois se constatam duas hipóteses de aborto permitidas pela legislação brasileira (interrupção antecipada da gravidez não é algo completamente estranho à sociedade plural brasileira)
A interpretação que se pretende atribuir ao Código Penal, no ponto, é consentânea com a proteção à integridade física e psíquica da mulher, bem como com a tutela de seu direito à privacidade e à intimidade, aliados à autonomia da vontade.
O STF pode, em consonância com sua jurisprudência mais progressiva, proferir decisões manipulativas de efeitos aditivos, atuando como verdadeiro 'legislador positivo'
A decisão manipulativa com efeitos aditivos pode ser proferida, pelo STF, no âmbito normativo penal e in bonam partem

<b>Argumentos Periféricos</b>
O Estado é laico, mas os argumentos de entidades e organizações religiosas podem e devem ser considerados pelo Estado
Cada ordenamento jurídico, ao apreciar a questão, utiliza-se de sua própria perspectiva histórico-constitucional para ponderar quais valores devem receber maior atenção do legislador e em quais hipóteses esses bens podem ser relativizados (direito comparado)

<p>Numa sociedade heterogênea e pluralista é inadequado tratar o aborto do feto anencéfalo como fato atípico, pois seria uma ofensa àquela parcela da sociedade que defende a vida e a dignidade desses fetos</p>
<p>Aborto não deve ser tratado como assunto de saúde pública, pois questões capazes de gerar desacordos morais razoáveis em sociedades plurais são complexas demais para serem reduzidas a um olhar preponderantemente pragmático</p>
<p>Pode-se considerar que, a partir do fim do primeiro trimestre de gravidez, passa a ser possível diagnosticar a anomalia</p>
<p>A anencefalia é uma doença letal que, na grande maioria dos casos leva à morte intrauterina do feto ou logo após as primeiras horas do nascimento</p>

### **8.3. Voto Ministro Ricardo Lewandowski**

<b>Razões de decidir</b>
<p>O legislador, de modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo</p>
<p>Não se pode dizer que à época da promulgação do Código Penal (1940) ou de sua reforma (1984), não existiam métodos científicos para detectar eventual degeneração fetal, pois exames capazes de detectá-la já se encontram de longa data à disposição da Medicina</p>
<p>Caso o Congresso Nacional desejasse, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição</p>
<p>A técnica da interpretação conforme não pode afrontar expressão literal da lei ou contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele</p>
<p>Foi ao Poder Legislativo, que representa o povo, e não ao Judiciário, que a Constituição conferiu a função de criar o direito positivo e reger as relações sociais</p>
<p>STF só pode exercer o papel de legislador negativo, tendo em conta o princípio da intervenção mínima. Qualquer excesso neste exercício resultará em usurpação dos poderes do Congresso</p>
<p>Uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina e a anencefalia não é a única doença congênita letal nos dias de hoje (existem diversas outras, as quais foram explicitadas na audiência pública, inclusive)</p>

Existem vários diplomas infraconstitucionais em vigor no País que resguardam a vida intra-uterina. Se fosse declarada procedente a ADPF 54, estes também teriam de ser havidos como inconstitucionais, quiçá mediante a técnica do arrastamento, ou, então, merecer uma interpretação conforme a Constituição, de modo a evitar lacunas no ordenamento jurídico

### **Argumentos Periféricos**

A possibilidade da interrupção de gravidez do feto anencéfalo é tema debatido no Congresso, o qual ainda não chegou, até o momento, a uma solução de consenso

Portaria nº 487, de 2 de março de 2007, do Ministério da Saúde, reflete a preocupação das autoridades médicas com o sofrimento dos fetos anencéfalos, os quais, não obstante sejam dotados de um sistema nervoso central incompleto, sentem dor e reagem a estímulos externos

#### **8.4. Voto Ministro Luiz Fux**

##### **Razões de decidir**

Direito à vida do feto anencéfalo não é absoluto. Embora mereça forte proteção, deve ceder quando presente risco sério à saúde física ou psíquica da gestante

É razoável aceitar um encurtamento da vida para combater dores mais graves

Obrigar o prosseguimento da gestação causa riscos à saúde física e psíquica da mulher, o que atenta contra sua dignidade e pode equivaler à tortura. A interrupção da gravidez pode diminuí-los.

Deve-se conferir possibilidade de interrupção da gestação de feto anencéfalo, à luz do princípio da proporcionalidade

Penas privativas de liberdade somente devem ser empregadas em hipóteses extremas, quando não há meios alternativos eficazes para a proteção do bem jurídico

O respeito aos direitos fundamentais impõe à atividade legislativa limites máximos e limites mínimos de tutela

Interpretação evolutiva do Código Penal: os métodos de diagnóstico da anencefalia durante a gravidez inexisteram à época da edição da parte especial do Código Penal brasileiro

O diagnóstico de anencefalia pode ser feito com um razoável índice de precisão, a partir das técnicas hodiernamente disponíveis aos profissionais da saúde

A lacuna normativa atual não deve conduzir à incriminação da conduta, sendo o caso de recurso à equidade integrativa para permitir o preenchimento da omissão legislativa com aquilo que teria dito o legislador se tivesse conhecido do caso em questão
O fato do legislador ter previsto a permissão do aborto sentimental, na qual se admite a supressão da vida de um feto sadio para tutelar a saúde psíquica da mulher, é prova de que, caso o diagnóstico de anencefalia durante a gestação fosse possível à época, teria ele previsto também essa hipótese de permissão do aborto, sob pena de incidir em grave desproporcionalidade
Constrói-se jurisprudencialmente uma nova hipótese de estado de necessidade supralegal para os casos de interrupção da gestação de fetos anencefálicos, a fim de adequar o ordenamento jurídico às necessidades que se apresentam na realidade social
Institutos do Direito Penal como o perdão judicial e o critério da imprescindibilidade da pena tornam imperioso o afastamento da punição da mulher no caso
O Princípio da Proporcionalidade Concreta, que confronta a punição com os fins penais, revela que a criminalização do aborto de feto anencéfalo agrava ainda mais os custos sociais do infortúnio. A questão é matéria de saúde pública e deve ser tratada com uma política de assistência social eficiente.

<b>Argumentos Periféricos</b>
Para discutir a questão, não se deve adotar uma postura beligerante "pro-life v. pro-choice", uma "batalha do aborto". Deve-se aceitar o pluralismo das visões de mundo e propor uma plausível perspectiva de mediação entre os dois extremos
Havendo dissenso moral razoável sobre a matéria, exige-se uma postura minimalista do Judiciário neste julgamento
A expectativa de vida do anencéfalo fora do útero é absolutamente efêmera
As perspectivas de cura desta deficiência na formação do tubo neural são inexistentes nos dias atuais
O anteprojeto do novo Código Penal inclui entre as hipóteses de aborto permitido aquela quando "há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável"
Estatísticas para mostrar que se trata de uma situação relativamente comum

### 8.5. Voto Ministro Carlos Ayres Britto

<b>Razões de decidir</b>
Dispositivos do Código Penal que cuidam do tema do aborto são polissêmicos, dando possibilidade a três interpretações distintas (i) antecipação terapêutica do feto anencéfalo é crime, pois há vida desde o momento da concepção (ii) não há crime pois a criminalização do aborto visa a proteção de uma vida em potencial, o que não é o caso pois o feto anencefálico é um natimorto cerebral; (iii) é fato típico, mas não é punível, por prevalência, no caso, dos direitos da mulher (saúde física e psíquica, dignidade e liberdade de escolha).
Não há definição do início da vida à luz da Constituição ou do Código Penal
Pode o STF utilizar-se da técnica da interpretação conforme no caso, pois os dispositivos questionados do Código Penal são polissêmicos e aptos a ensejar controvérsia judicial, bem como afronta a valores constitucionais
Morte inevitável do feto anencéfalo
Interrupção da gravidez de feto anencéfalo é fato atípico, uma vez que o crime de aborto depende da cessação de vida em potencial, elemento que não faz parte do feto anencefálico
O anencéfalo é desprovido de mente, hemisfério esquerdo do cérebro, bem como do hemisfério direito, que é a sede do sentimento enquanto inteligência emocional, logo o feto anencéfalo não tem consciência

<b>Argumentos Periféricos</b>
Para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica
Gestação de feto anencéfalo produz maiores riscos físicos e psicológicos à mãe
Levar às últimas consequências o martírio da manutenção de gravidez de feto anencefálico contra a vontade da mulher corresponde à tortura e ninguém pode impor a outrem que se assuma enquanto mártir
Na ponderação de valores entre os direitos de escolha da mulher e a tutela de uma gestação fadada à morte prevalece o primeiro.
O feto anencéfalo não pode ser chamado de deficiente, tampouco de doente mental, pois não tem nem mente

### 8.6. Voto Ministro Cezar Peluso

<b>Razões de decidir</b>
Vida é caracterizada pela capacidade de mover-se por si mesmo, sem qualquer força, estímulo ou intervenção externa. Todos os fetos anencéfalos são, inequivocamente, dotados dessa capacidade de movimento autógeno vinculado ao processo contínuo da vida
O anencéfalo morre. E ele só pode morrer porque está vivo
Vida é fenômeno pré-jurídico, do qual o direito se apropria para determinados fins, mas que jamais, em nenhuma circunstância, pode regular de maneira contraditória à própria realidade fenomênica
Não cabe apelo aos princípios da autonomia da vontade, da liberdade e da legalidade, pois estes se preordenam para o cometimento de crime claramente punido pelo ordenamento jurídico

O crime de aborto se caracteriza pela eliminação da vida, abstraída qualquer especulação quanto sua viabilidade futura ou extrauterina. A compreensão jurídica do direito à vida, portanto, não legitima a morte dado o curto espaço de tempo da existência humana
Interrupção de gravidez de feto anencéfalo é fato típico do crime de aborto, sendo vedada pelo CP e pela ordem jurídica
Feto anencéfalo tem incontestável ascendência e natureza humanas; portanto, é inata a proteção a sua dignidade humana
Vida intra e extra-uterina tem a mesma proteção constitucional. Há mera diferença temporal
Dispor da vida do feto anencéfalo é transformá-lo em coisa, pois só coisa é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humano é sujeito de direitos, não objeto de direito alheio. A mãe, portanto, não pode dispor do feto como se fosse este apenas parte do seu corpo
O nascituro, anencéfalo ou não, tem garantia expressa de resguardo de seus direitos, o qual se inclui o seu direito à vida, protegida por diversos dispositivos legais infraconstitucionais, mas principalmente, pelo Código Penal ao proibir conduta que a agride (aborto)
Doente em estado terminal também sofre e causa sofrimento a muitas pessoas, mas não pode ser executado (eutanásia; art. 122, CP)
Vida humana não pode, fora das previsões legais específicas, ser relativizada sob critérios subjetivos e/ou arbitrários, pois é valor supremo assegurado pela ordem constitucional, sobrepondo-se a qualquer outro bem jurídico
Não cabe alegação de tortura ao caso, pois a situação não pode ser legalmente evitada, já que esbarra em vedação legal, de criminalização do aborto sem excludente, e constitucional, como o direito à vida e à dignidade do feto
Não cabe alegação de sofrimento psíquico da gestante. O sofrimento em si não degrada a dignidade humana, é elemento inerente à vida humana. É pretensão utópica o ser humano não ter sofrimento. O ordenamento apenas repudia os hábitos injustos que o causem. Não há, no caso de anencefalia, nenhum culpado como no estupro. A causa é o acaso genético
Interromper gravidez de feto anencéfalo é atitude egocêntrica, pois é prática cômoda que se vale a gestante para se livrar de sofrimento ao invés de zelar por vida alheia. Atende a solicitações primitivas do princípio do prazer, ansiedade voltada a si mesmo, em detrimento do afeto, da piedade, da abnegação que participam da grandeza do espírito humano
Interrupção de gravidez de feto anencéfalo não se inclui na hipótese de aborto necessário, pois há mero evento psíquico do sofrimento da mãe ou vaga possibilidade de complicação da gravidez sem nenhum indício de perigo próximo à vida da gestante
Cabe apenas ao legislador instituir excludentes de punibilidade

### **Argumentos Periféricos**

Caso dos anencéfalos e o das células-tronco embrionárias não se confundem. No último, a ideia de vida humana estava completamente afastada, pois ausente o movimento autógeno vinculado ao processo contínuo da vida (o ciclo da vida sequer se iniciou)



Anencefalia e morte encefálica não se confundem
Possibilidade de decisão favorável se estender a casos de eutanásia, aborto de fetos com outras anomalias ou por razões de ausência de recursos econômicos da mãe
Dificuldade de se apurar com certeza se se trata de diagnóstico de anencefalia fetal ou outra anomalia semelhante distinta apenas em grau. Não é razoável decidir de acordo com esta difícil distinção de conceitos de anomalias quem merece viver ou não
Toda gravidez implica risco teórico/hipotético à vida da gestante
Aborto dos anencéfalos é forma de discriminação

### 8.7. Voto Ministra Rosa Weber

<b>Razões de decidir</b>
A argumentação de que a tipicidade do crime de aborto depende da verificação científica da existência de vida no feto anencéfalo é uma falácia. Não se pode derivar um dever ser de um ser: a proteção ou não do feto anencéfalo não deve decorrer dos critérios da medicina, mas sim dos critérios jurídicos que envolvem o conceito de vida
Há, no direito penal, uma gradação em importância da vida protegida como bem jurídico (homicídio – 6 a 20 anos; infanticídio – 2 a 6 anos; aborto – 1 a 3 anos): graus de reprobabilidade são diferentes e situação da mãe/gestante é levada em consideração
Para o Direito Penal, vida não é um valor único e absoluto, o que se comprova pela excludente do crime de aborto em caso de estupro, por exemplo.
Para o Direito Penal, o feto é protegido, mas só há aborto se houver vida no ser que é fruto da concepção
Definição de vida pode ser buscada no Biodireito: a lei de Transplante de Órgãos (9434/97) determina como morte a chamada morte encefálica, quando não há mais atividade cerebral no indivíduo e remete os critérios clínicos do diagnóstico da morte ao Conselho Federal de Medicina. Assim, a contrario sensu, vida é a existência de atividade cerebral
Para o direito o que importa não é o simples funcionamento orgânico, mas a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social
Não cabe anencefalia no conceito de aborto, pois o crime de aborto diz respeito à interrupção de uma vida em desenvolvimento que possa ser uma vida com algum grau de complexidade psíquica, de desenvolvimento da subjetividade, da consciência e de relações intersubjetivas e a anencefalia não é compatível com essas características. Portanto, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é fato atípico.
Num Estado Democrático de Direito os valores tem o mesmo peso, sem que uma visão de mundo se sobreponha a outra. Mas no caso concreto em questão, há dúvida sobre a aplicação da proteção à vida do feto, enquanto não resta dúvida sobre os direitos fundamentais da gestante que estão envolvidos. Assim, uma ponderação conduz à preservação da autonomia, da dignidade, da liberdade reprodutiva e do direito de escolha da gestante
A intervenção do direito penal deve ser mínima e subsidiária, segundo parâmetros de racionalidade e eficiência. No caso da interrupção de

gravidez de feto anencéfalo, a penalização implica medida extrema e ineficiente para proteger uma percepção moral difusa

### **Argumentos Periféricos**

Não há certeza sobre a sustentabilidade da vontade do legislador sobre a inclusão da interrupção da gestação nessas circunstâncias como crime, mas é certo que a vontade do legislador sempre leva em consideração nos casos de gestação a vontade e a situação da mulher, como se vê na diferenciação do grau de reprobabilidade das condutas que se relacionam com o direito à vida

Os conceitos científicos são relativos e não podem ser tomados pelo direito como uma verdade absoluta

O conceito de vida no direito deve ser discutido de acordo com uma significação própria no âmbito da dogmática jurídica, da legislação e da jurisprudência

Para Nelson Hungria, crime só se configura se o feto estava vivo antes dos atos abortivos e se a morte do feto resulta das manobras para o aborto

Luis Regis Prado concorda com Nelson Hungria, mas no que tange à anencefalia, apesar de não se poder incluir a má formação no critério de morte encefálica, a falta de capacidade para a afetividade, consciência e comunicação faz com que o feto não possa ser considerado tecnicamente vivo, não sendo protegido o aspecto apenas biológico da vida. Assim, a interrupção de gravidez de feto anencéfalo é fato atípico em razão de uma excludente de desvalor da conduta

Para César Roberto Bittencourt, o sujeito passivo do crime de aborto é o feto, mas como ser humano em formação, não como pessoa. O direito penal protege a vida humana desde o seu princípio, mas no que tange à anencefalia, a interrupção da gravidez é fato atípico por tratar-se de natimorto e seria o caso de se reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa

## **8.8. Voto Ministro Celso de Mello**

### **Razões de decidir**

A constituição brasileira não define o que seja vida ou morte, o que abre possibilidade ao legislador infraconstitucional defini-lo

Hoje, para saber o que é vida, sob o ordenamento jurídico brasileiro, basta saber o que é morte. A lei de transplantes define como morte encefálica a ausência de atividade cerebral; a contrario sensu, a vida começa com os primeiros sinais de atividade cerebral

Conselho Federal de Medicina considera feto anencéfalo como natimorto cerebral, cujo organismo é destituído de viabilidade e autonomia existencial em ambiente extra-uterino

Crime de aborto pressupõe gravidez em curso, que o feto esteja em vida e que a morte do feto seja resultado direto e imediato das manobras abortivas. Na hipótese da anencefalia os dois últimos requisitos não se preenchem, daí a atipicidade da interrupção de gestação de feto anencéfalo

Anencefalia tem diagnóstico certo e inalterável
Antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencéfalo configura, senão fato atípico, hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, pois inexistente motivo racional, justo e legítimo que possa obrigar a mulher a prolongar inutilmente a gestação e expor-se a desnecessários sofrimentos físicos ou psíquico e com possibilidade até mesmo de risco de morte
Pela análise do Código Penal de 1940, legislador não foi radical, pois permitiu duas hipóteses de aborto. Se à época houvesse o arsenal de conhecimento tecnologia de hoje provavelmente também teria permitido o "aborto" anencefálico, diante da absoluta certeza de inexistência de vida
No momento da Assembleia Constituinte, discutiram-se emendas que tutelassem a inviolabilidade da vida desde a sua concepção, que não lograram aprovação
Direitos da mulher, inclusive os seus direitos sexuais e reprodutivos, são considerados internacionalmente parte integrante dos direitos humanos. Com base nisso, e nos seus direitos assegurados constitucionalmente de dignidade humana, liberdade, autodeterminação pessoal e intimidade, a mulher tem o direito de optar pela antecipação terapêutica de parto nos casos de anencefalia
A incidência da norma penal relativo ao crime de aborto é desproporcional e inconstitucional

<b>Argumentos Periféricos</b>
É legítima e relevante a intervenção de organizações religiosas como amici curiae, dado o seu fator de pluralização do debate constitucional, além de permitir conferir resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do STF
O Estado é laico e não pode a Corte se utilizar de critérios religiosos para decidir
Há diversas considerações sobre o início da vida humana a depender das teses científicas que se adota (genética, embriológica, neurológica, ecológica, gradalista).
Em geral, as decisões judiciais proferidas atualmente não respeitam a autonomia dos pais e são constantemente postergadas a ponto de quando proferidas o bebê já haver nascido e morrido. Além disso, parcela dos médicos recusa-se a praticar a interrupção da gravidez com medo da condenação penal
Impossibilidade da doação de órgãos de indivíduo portador de anencefalia

### 8.9. Voto Ministro Joaquim Barbosa

<b>Razões de decidir</b>
Sem o cérebro é absolutamente impossível a vida extrauterina independente
A tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. A vida do feto anencéfalo recebe menor proteção do direito por ser (i) intra-uterina e (ii) inviável
Com a morte encefálica termina a proteção à vida
A antecipação do evento da morte, que é resultado invariável da anencefalia, em nome da saúde física e psíquica da mulher se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada
Da ponderação entre a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, prevalece seu direito de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal
Em casos de má-formação fetal que leve à impossibilidade de vida extrauterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez
Seria um contra-senso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de má-formação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica
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
O Direito Penal protege apenas a hipótese em que o feto está biologicamente e juridicamente vivo
Interrupção da gravidez de feto anencéfalo é fato atípico
O fato do aborto eugênico não ser considerado lícito se explica pela data da promulgação do CP, em 1940, quando não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro pós-parto.

<b>Argumentos Periféricos</b>
A 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
O legislador optou, em regra, pela punição do aborto, qualquer que seja o momento de sua realização, mas não se preocupou em conceituá-lo
A expressão 'aborto' corresponde a um elemento normativo do tipo e, portanto, a um elemento necessitado de valoração por parte do juiz ou do intérprete. O seu significado deve ser buscado em campo extra-penal, na medicina, ou mais especificamente, na biologia, na parte em que cuida do processo de formação da vida e de suas causas de interrupção

Doutrina conceitua aborto como 'a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intra-uterina', ou seja, o elemento 'morte do feto' é indissociável do delito tipificado

## 8.10 Análise Comparativa

### DO TRATAMENTO PENAL À INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO

	Fato é típico?	Fato é antijurídico?	Fato é culpável?	Fato é punível?
<b>Marco Aurélio</b>	1ª posição: não 2ª posição: sim	1ª posição: - 2ª posição: não	1ª posição: - 2ª posição: não	1ª posição: - 2ª posição: não
<b>Gilmar Mendes</b>	Sim	Não	-	-
<b>Ricardo Lewandowski</b>	Não discute	Não discute	Não discute	Não discute
<b>Luiz Fux</b>	Sim	Não	-	-
<b>Carlos Ayres Britto</b>	Não	-	-	-
<b>Cezar Peluso</b>	Sim	Sim	Sim	Sim
<b>Rosa Weber</b>	Não	-	-	-
<b>Celso de Mello</b>	1ª posição: não 2ª posição: sim	1ª posição: - 2ª posição: sim	1ª posição: - 2ª posição: não	1ª posição: - 2ª posição: -
<b>Joaquim Barbosa</b>	Não	-	-	-

### DA VIDA

	O que caracteriza vida para o(a) ministro(a)?	Anencéfalo tem vida intrauterina?	E vida extrauterina em potencial?	O conceito biológico de vida é o mesmo do conceito jurídico?
<b>Marco Aurélio</b>	1ª posição: Viabilidade, biologicamente, e atividade cerebral, juridicamente 2ª posição: não diz, só supõe haver vida	1ª posição: não 2ª posição: sim	1ª posição: não 2ª posição: ? (admite que o feto possa sobreviver ao parto por poucas horas ou dias, mas diz não haver expectativa de vida extrauterina)	1ª posição: não 2ª p.: não discute
<b>Gilmar Mendes</b>	Afasta argumento da morte cerebral	Não discute	Sim	Não discute
<b>Ricardo</b>	Não discute	Sim	Não discute	Não discute
<b>Luiz Fux</b>	Não discute	Sim	Sim, apesar da expectativa de vida do anencéfalo fora do útero ser absolutamente efêmera	Não discute
<b>Carlos Ayres Britto</b>	Potencialidade de tornar-se pessoa humana	Não	Não	Não

<b>Cezar Peluso</b>	Movimento autógeno vinculado a um processo contínuo de evolução do ser	Sim	Sim, o ministro refere-se à vida de forma abstraída de qualquer especulação quanto sua viabilidade futura ou extrauterina	Sim (jamais poderiam ser diferentes)
<b>Rosa Weber</b>	Existência de atividade cerebral e capacidade de ser parte do convívio social	Não	Não	Não
<b>Celso de Mello</b>	Existência de atividade cerebral e potencialidade de vida extrauterina	Não	Não	Não. O início da vida humana difere conforme a tese científica adotada (genética, embriológica, neurológica, ecológica, gradalista). Ministro vai atrás de conceito jurídico de vida
<b>Joaquim Barbosa</b>	Biologicamente, ser constituído de células e tecidos vivos. Juridicamente, ter potencialidade de vida	Biológica, não jurídica	Não	Não

### DO DIREITO À VIDA

	O direito à vida é absoluto?	O direito tutela os direitos do nascituro?	Qual o bem protegido pela proibição do aborto?	A proteção ao direito à vida comporta graduações?	O direito tutela a vida do feto anencéfalo?
<b>Marco Aurélio</b>	Não	Proteção constitucional se refere ao indivíduo-pessoa. Direito à vida atrai tutela mais intensa à medida que ocorre o desenvolvimento	Vida em potencial	1ª p.: não há vida ou proteção 2ª p.: sim	1ª p.: não 2ª p.: sim, mas a tutela é menos intensa que a conferida às pessoas e fetos em geral
<b>Gilmar Mendes</b>	Não	Sim	Saúde e dignidade humana do feto	Não discute	Sim
<b>Ricardo</b>	Não discute	Sim. Diversos diplomas infraconstitucionais resguardam a vida intrauterina (art. 2º, CC)	Vida do nascituro e vida e incolumidade física e psíquica da gestante	Não discute	Sim

<b>Luiz Fux</b>	Não	Sim, mas essa proteção pode ceder quando há graves riscos à saúde física ou psíquica da mãe	Não discute	Não discute	Não discute
<b>Carlos Ayres Britto</b>	Não discute	Apenas a vida em potencial e aquela que se dá dentro do útero	Possibilidade de vida extrauterina	Não discute	Não
<b>Cezar Peluso</b>	Sim	Sim, infra (CP e outros dispositivos) e constitucionalmente. Vida intra e extrauterina tem igual proteção	Vida, abstraída qualquer especulação quanto sua viabilidade futura ou extrauterina	Não. Vida intra e extrauterina tem a mesma proteção constitucional. Há mera diferença temporal	Sim
<b>Rosa Weber</b>	Não	Pelo Código Civil, o exercício dos direitos é condicionado pelo seu nascimento com vida	Vida em desenvolvimento que possa ser uma vida com algum grau de complexidade psíquica, de desenvolvimento da subjetividade, da consciência e de relações intersubjetivas.	Sim	Não
<b>Celso de Mello</b>	Não	Sim, enquanto formação embrionária de uma futura pessoa humana.	Gravidez em curso, na qual o feto esteja em vida	Não discute	Não
<b>J. Barbosa</b>	Não	Sim, mas desde que seja um feto em desenvolvimento com vida biológica e jurídica	Preservação de uma vida potencial e a incolumidade da gestação	Sim	Não

### DOS DIREITOS DA MULHER

<b>O ministro usa os direitos da mulher para decidir?</b>	<b>i. Direito à liberdade, autonomia e liberdade de escolha</b>	<b>ii. Direito à dignidade humana (analogia com tortura)</b>	<b>iii. Direito à privacidade e à intimidade</b>	<b>iv. Direitos sexuais e reprodutivos</b>
---	---	--	--	--

<b>Marco Aurélio</b>	1ª p.: não 2ª p.: sim (da ponderação entre o suposto direito à vida do anencéfalo e os direitos da mulher, estes prevalecem)	Obrigar mulher a manter gestação de feto que não será uma pessoa significa o Estado se intrometer em seu direito de tomar decisões sobre seu próprio corpo	Obrigar a mulher a manter a gestação fere sua dignidade	Cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez	São reconhecidos internacionalmente como direitos humanos
<b>Gilmar Mendes</b>	Não. Afirma não ser caso de ponderação de princípios	A interpretação em abrir nova excludente é consentânea com a proteção à autonomia da vontade da mulher	Não pode ser usado para defender o direito de praticar o aborto de anencéfalos, pois também o nascituro deve ser protegido por essa cláusula constitucional	A interpretação em abrir nova excludente é consentânea com a proteção de seu direito à privacidade e intimidade	Não discute
<b>Ricardo</b>	Não	Não discute	Diz ser interessante que tanto os que são favoráveis à interrupção da gravidez, quanto os que são contrários o invocam	Não discute	Não discute
<b>Luiz Fux</b>	Sim, mas apenas os seus direitos à saúde, física e psíquica, e à dignidade humana	Não discute	Necessidade de proteger a saúde física e psíquica da gestante, componentes essenciais à dignidade humana da mulher	Não discute	Não discute
<b>Carlos Ayres Britto</b>	Não como razão de decidir, mas defende esses direitos ao relatar outra interpretação possível	Decisão da mulher é inviolável e sagrada	Manutenção da gravidez de anencéfalo contra a vontade da mulher corresponde à tortura. Ninguém pode impor a	Não discute	Não discute



			outrem que se assumam enquanto mártir		
<b>Cezar Peluso</b>	Não	Não há que se falar em liberdade pessoal quando da prática de crime. A opção pelo aborto é atitude egocêntrica, pois sugere prática cômoda que se vale a gestante para se livrar de sofrimento ao invés de zelar por vida alheia.	O sofrimento em si não degrada a dignidade humana, é elemento inerente à vida humana. O ordenamento apenas repudia os hábitos injustos que o causem. Não há nenhum culpado como no estupro. A causa é o acaso genético.	Não discute	Não discute
<b>Rosa Weber</b>	Sim, mas não é sua fundamentação principal	Num Estado Democrático de Direito os valores tem o mesmo peso, sem que uma visão de mundo se sobreponha a outra. Mas no caso em questão, há dúvida sobre a aplicação da proteção à vida do feto, enquanto não resta dúvida sobre os direitos fundamentais da gestante que estão envolvidos. Assim, uma ponderação conduz à preservação da autonomia, da dignidade, da liberdade reprodutiva e do direito de escolha da gestante.			
<b>Celso de Mello</b>	Sim	A mulher, apoiada em razões fundadas em seus direitos reprodutivos, e protegida pelos princípios constitucionais da dignidade humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade, tem o direito insuprimível de optar pela antecipação terapêutica de parto nos casos de comprovada má formação fetal por anencefalia ou então legitimada por razões que decorrem de sua autonomia privada o direito de manifestar sua vontade individual pela manutenção da gravidez. Se não há vida a ser protegida nada justifica a restrição aos direitos fundamentais da gestante			Direitos sexuais e reprodutivos da mulher (de praticar, sob determinadas condições, o aborto seguro, de controlar a própria fecundidade e de decidir de forma livre, autônoma e responsável sobre questões atinentes a sua sexualidade) são direitos humanos reconhecidos internacionalmente

<b>Joaquim Barbosa</b>	Sim	Ser humano como agente moral e racional, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, livre para guiar-se de acordo com tais escolhas, desde que não perturbem direitos alheios ou outros valores relevantes. Escolhas que cabem a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição	A interrupção de gravidez de anencéfalo, em nome da saúde física e psíquica da mulher, se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana	Cita como direito a ser ponderado junto aos direitos das mulheres em oposição à vida extrauterina inviável	A procriação, a gestação, enfim, os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal da mulher
------------------------	-----	--	---	--	--

### DO DIAGNÓSTICO E DOS RISCOS ENVOLVIDOS

	O diagnóstico de anencefalia é certo?	Os riscos físicos da gestação de anencéfalo são maiores?	E os riscos psicológicos?
<b>Marco Aurélio</b>	Sim	Sim	Sim
<b>Gilmar Mendes</b>	Sim, há elevadíssimo grau de certeza	Sim	Sim
<b>Ricardo Lewandowski</b>	Não discute	Não discute	Não discute
<b>Luiz Fux</b>	Sim, razoável índice de precisão	Sim	Sim
<b>Carlos Ayres Britto</b>	Não discute	Sim	Sim
<b>Cezar Peluso</b>	Não (caso Marcela)	Há vaga possibilidade de complicação da gravidez sem nenhum indício de perigo próximo à vida da gestante e toda gravidez implica risco teórico à vida da gestante	Ministro admite o sofrimento psíquico da mãe, mas o denomina 'sentimento transitório de frustração'
<b>Rosa Weber</b>	Não discute	Não discute especificamente. Fala apenas em ônus da mulher que é obrigada a manter gestação de feto anencéfalo e que não pode ser minimizado ou compartilhado	
<b>Celso de Mello</b>	Sim	Sim (e altíssimos índices de mortalidade materna)	Sim
<b>Joaquim Barbosa</b>	Não discute	Sim	Sim

## DA DISCRIMINAÇÃO E DA EUGENIA

	<b>Aborto de anencéfalos é aborto eugênico?</b>	<b>Há discriminação contra deficientes no aborto de anencéfalos?</b>
<b>Marco Aurélio</b>	Não, pois não há vida em potencial	Não, pois não há vida em potencial
<b>Gilmar Mendes</b>	Não (diz que sua decisão não deve se estender a hipóteses de aborto eugênico)	Não discute
<b>Ricardo Lewandowski</b>	Sim, pois diz que legislador considerou imputável o aborto eugênico de feto mal formado	Não discute
<b>Luiz Fux</b>	Não discute	Não discute
<b>Carlos Britto</b>	Não discute	Não, pois não tem mente
<b>Cezar Peluso</b>	Sim, pois diz que aborto de anencéfalos é forma de discriminação e absurda defesa da superioridade de alguns	Sim
<b>Rosa Weber</b>	Não discute	Não discute
<b>Celso de Mello</b>	Não, pois diz não haver viés eugênico na medicina fetal	Não discute
<b>Joaquim Barbosa</b>	Sim, pois usa o termo aborto eugênico como sinônimo de aborto anencefálico	Não discute

## DA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DO CÓDIGO PENAL E DA VONTADE DO LEGISLADOR

Obs: Aborto necessário é o mesmo que aborto terapêutico e se refere ao aborto permitido no caso em que a gravidez gere risco de vida à mãe. Aborto humanitário ou sentimental é aquele referente à interrupção de gravidez produto de estupro.

	<b>Interpretação evolutiva do CP: a tecnologia à data da sua promulgação permitia identificar a anencefalia?</b>	<b>Qual(ais) o(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s) pelo Código Penal nas excludentes de aborto?</b>	<b>Qual a intenção do legislador? Presume vontade de excluir o aborto de feto anencéfalo do crime de aborto?</b>
<b>Marco Aurélio</b>	Não	Aborto humanitário: honra e saúde psíquica da mulher	Pode-se presumir que excluiria a penalização do aborto de anencéfalo, em vista inclusive da excludente do aborto de feto fruto de estupro, que é viável, e do feto que esteja pondo em risco a saúde da mãe
<b>Gilmar Mendes</b>	Não	Aborto necessário: vida; saúde física da mãe (estado de necessidade) Aborto humanitário: saúde psíquica da mulher (inexigibilidade de conduta diversa)	A adição de mais uma excludente se extrai da própria opção do legislador que, ao excepcionar o aborto necessário e aborto humanitário, expressou os valores e bens jurídicos protegidos
<b>Ricardo Lewandowski</b>	Sim. Não se pode dizer que à época da promulgação do CP (1940) ou de sua	Não discute	O legislador, de modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez de

	reforma (1984) não existiam métodos científicos para detectar anencefalia, pois estes já se encontram de longa data à disposição da Medicina		feto anencéfalo. Caso quisesse, o Congresso poderia tê-la incluído dentre as excludentes do CP. Ainda hoje, Congresso não chegou a consenso sobre o tema
<b>Luiz Fux</b>	Não	Aborto humanitário: saúde psíquica da mulher	O fato de o legislador ter previsto a permissão do aborto sentimental é prova de que, caso o diagnóstico prévio de anencefalia fosse possível à época, teria ele previsto também essa hipótese de permissão do aborto, sob pena de incidir em grave desproporcionalidade
<b>Carlos Ayres Britto</b>	Não discute	Dignidade humana da mulher	Não discute
<b>Cezar Peluso</b>	Sim. Os meios científicos de diagnóstico de anencefalia estão disponíveis antes da reforma penal de 1984	Não discute	Não há vontade do legislador pela exclusão nem quando da promulgação do CP, pois não há subsunção do caso nas excludentes, tampouco do legislador atual, já que Congresso tem má-vontade em reconhecê-la, pois não quer assumir essa responsabilidade.
<b>Rosa Weber</b>	Não discute	Situação da mãe/gestante é levada em consideração	Não há certeza quanto à vontade do legislador e este não é bom parâmetro hermenêutico para o caso. A discussão é sobre o conteúdo do tipo e não sobre a existência ou não da excludente. Mas é certo que a vontade do legislador sempre leva em conta nos casos de gestação a vontade e a situação da mulher
<b>Celso de Mello</b>	Não	Não discute	Se à época houvesse a tecnologia de hoje provavelmente teria permitido o aborto anencefálico, diante da absoluta certeza de inexistência de vida. No momento da Assembleia constituinte, discutiram-se emendas que tutelassem a inviolabilidade da vida desde a sua concepção, que não lograram aprovação

<b>Joaquim Barbosa</b>	Não	Autonomia, direito de escolha e liberdade sexual da mulher	O legislador optou, em regra, pela punição do aborto, qualquer que seja o momento de sua realização, mas não se preocupou em conceituá-lo. O tipo depende da valoração do intérprete, que utilizará conceitos médicos e biológicos
------------------------	-----	--	--

### DA LEGITIMAÇÃO DO STF E DA PREOCUPAÇÃO DO MINISTRO COM A CONSEQUÊNCIA DA DECISÃO

	<b>O STF é legítimo para julgar? Por quê?</b>	<b>O ministro demonstrou preocupação com o fato de a sua decisão poder abrir precedente?</b>	<b>O ministro citou a ADI 3510?</b>
<b>Marco Aurélio</b>	Sim. Compete ao STF proteger o exercício pleno da liberdade de escolha, a vida e a saúde, física e psicológica, da gestante	Não	Sim, para referir-se ao conceito de vida e quando ela se inicia, às distintas gradações da tutela do direito à vida e à laicidade do Estado
<b>Gilmar Mendes</b>	Sim. O STF pode, em consonância com sua jurisprudência mais progressiva, proferir decisões manipulativas de efeitos aditivos, atuando como verdadeiro 'legislador positivo', no âmbito normativo penal e in bonam partem. Necessidade de atualização do CP	Sim. Tratando-se o aborto de um "desacordo moral razoável", diz que as ponderações que faz no voto não devem ser estendidas a quaisquer outras hipóteses de aborto, seja o aborto puro, seja o eugênico	Não
<b>Ricardo</b>	Não. STF só pode exercer papel de legislador negativo. Interpretação conforme não pode afrontar expressão literal da lei; contrariar ou substituir-se à vontade manifesta do legislador	Sim. Diz que uma decisão favorável ao aborto de anencéfalos teria o condão de tornar lícito o aborto de qualquer embrião com pouca ou nenhuma expectativa de vida extrauterina	Não
<b>Luiz Fux</b>	Sim. STF adéqua o ordenamento jurídico às necessidades que se apresentam na realidade social. Mas como há dissenso moral razoável sobre a matéria, exige-se uma postura minimalista do Judiciário no julgamento	Não	Não
<b>Carlos Ayres Britto</b>	Sim, pois os dispositivos questionados do Código Penal são polissêmicos e aptos a ensejar controvérsia judicial,	Não	Sim, para referir-se ao início da vida humana

	bem como afronta a valores constitucionais		
<b>Cezar Peluso</b>	Não. Cabe apenas ao legislador instituir excludentes de punibilidade. Impossibilidade de aplicação analógica ou interpretação expansiva	Sim. Em razão da dificuldade de se apurar com certeza se se trata de anencefalia fetal ou outra anomalia semelhante distinta apenas em grau. Também demonstra preocupação quanto à aproximação do caso com a eutanásia	Sim, para afastá-la do presente caso.
<b>Rosa Weber</b>	Sim. Diz que STF deve fazer interpretação conforme a Constituição, que a ponderação é possível, dado que o um lado é incerto (direito à vida do anencéfalo) e outro é certo (direito das mulheres), e que perquirir a vontade do legislador não é boa técnica hermenêutica para o caso	Não	Sim, para referir-se ao conceito de vida
<b>Celso de Mello</b>	Sim. STF pode fazer ponderação entre a proteção de organismo intrauterino e a tutela dos direitos fundamentais da mulher	Sim. Diz que não se está autorizando práticas abortivas. Essa é outra questão que poderá eventualmente ser submetida à Corte em outro momento	Sim, para dizer que, tal como a ADI 3510, a ADPF 54 reveste-se de tamanha magnitude
<b>Joaquim Barbosa</b>	Sim	Sim. Diz que não se discute nos autos a ampla possibilidade de se interromper a gravidez, mas que o caso se refere especificamente a uma gravidez fadada ao fracasso, pois resultará, invariavelmente, na morte do feto	Não

### DA PENALIZAÇÃO DA MATÉRIA

	O direito penal é o meio mais eficiente para tratar da questão?
<b>Marco Aurélio</b>	O ministro indaga se a mulher que interrompe a gravidez de feto anencéfalo deve ser presa e se a possibilidade de prisão reduziria a realização dos abortos, mas não responde a essa pergunta com seu voto
<b>Gilmar Mendes</b>	Questões capazes de gerar desacordos morais razoáveis em sociedades plurais são assuntos políticos demasiadamente complexos e simbólicos para serem reduzidos a um olhar preponderantemente pragmático de saúde pública
<b>Lewandowski</b>	Não discute
<b>Luiz Fux</b>	Penas privativas de liberdade só devem ser empregadas em hipóteses extremas, quando não há meios alternativos eficazes para a proteção do bem jurídico. A criminalização do aborto de anencéfalo agrava ainda mais os custos sociais do infortúnio. A questão é matéria de saúde pública e deve ser tratada com uma política de assistência social eficiente.
<b>Carlos Britto</b>	Não discute

<b>Cezar Peluso</b>	Não discute
<b>Rosa Weber</b>	Direito penal tem se mostrado ineficaz para impedir as ações tidas como criminosas. Sua intervenção deve ser mínima nas relações sociais, não só pela sua ineficiência mas também por gerar custos sociais e econômicos.
<b>Celso de Mello</b>	Não discute
<b>J. Barbosa</b>	Não discute