

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 10

Out / Dez 2016

Qualis B1

Doutrina Nacional / Anderson Schreiber / Carlos Nelson Konder / Luciana Dadalto /
Carla Vasconcelos Carvalho / Leonardo Estevam de Assis Zanini / Simone Tassinari
Cardoso / Ísis Boll de Araujo Bastos

Jurisprudência Comentada / Renata de Lima Rodrigues

Pareceres / Ruy Rosado Aguiar

Atualidade / Paulo Franco Lustosa

Resenha / Gustavo Tepedino

Vídeos e Áudios / Stefano Rodotà

ANÁLISE DO VOTO-VISTA DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* N. 124.306/RJ E SEUS FUNDAMENTOS PARA DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO.

Renata de Lima Rodrigues

Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora de Direito Civil. Coordenadora acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário UNA. Membro do IBDFAM e do IBDCIVIL. Advogada.

Sumário

1. Introdução – 2. Dos fundamentos do voto-vista – 3. Boas razões políticas para a descriminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação – 4. Condições para transigência com a vida humana no sistema brasileiro – 5. ADPF n. 54: aborto *versus* antecipação terapêutica do feto anencéfalo – 6. Aborto e planejamento familiar – 7. Considerações finais – 8. Referências bibliográficas

1. Introdução

Trata-se o caso de *habeas corpus* impetrado por pacientes que tiveram sua prisão preventiva decretada pela 4ª Câmara Criminal do TJRJ, diante de pedidos formulados em recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para decretar a prisão preventiva dos pacientes, com fundamento na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

A defesa dos pacientes impetrou o *habeas corpus* n. 290.341/RJ no Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que não foi conhecido pela Corte, ao assentar que não é ilegal o encarceramento na hipótese em tela, na qual os pacientes (que mantinham clínica clandestina de aborto) foram presos em flagrante em 14/03/2013, pela prática dos crimes tipificados nos artigos 126 (aborto) e 288 (formação de quadrilha) do Código Penal, ao provocar aborto em gestante com seu consentimento.

No HC impetrado perante o STF, os pacientes alegaram que não se vislumbrava os requisitos para decretação de prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código Processual Penal, sustentando serem réus primários com bons antecedentes, trabalho e residência fixa, além de afirmarem que não houve tentativa de fuga e que a

prisão cautelar seria desproporcional, uma vez que na eventualidade de uma condenação poderiam cumprir a pena em regime aberto.

Ministro Marco Aurélio Melo, relator do HC no STF, em 08/12/2014, deferiu a medida cautelar pleiteada em benefício de dois dos acusados e, em 27/06/2015, estendeu os efeitos da decisão aos demais corréus. O parecer da Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do pedido e no mérito pela denegação da ordem, de modo que fosse cassada a liminar deferida aos pacientes.

Com o julgamento, o Ministro Marco Aurélio Mello votou pela admissão do *habeas corpus* e no mérito pelo deferimento da ordem para afastar a custódia provisória, corroborando os termos da liminar que havia deferido anteriormente. Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista antecipada dos autos e em seu voto-vista construiu uma argumentação voltada para o deferimento da ordem de ofício e afastou a prisão preventiva dos pacientes e demais corréus, considerando a inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, a partir de uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 e 126 do Código Penal.

Diante da particularidade dos fundamentos do voto do Ministro Barroso, passamos, então, a nos debruçar sobre os argumentos por ele deduzidos, vez que o tema da descriminalização do aborto nos é particularmente caro. O questionamento do aborto como espaço de liberdade de autodeterminação, enfeixado no âmbito do direito ao livre planejamento familiar, foi levantado em nosso doutoramento perante o programa de pós-graduação *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em março de 2015¹.

2. Dos fundamentos do voto-vista

Segundo o Ministro, a tipificação da interrupção voluntária no primeiro trimestre de gestação como aborto enseja a violação a uma série de direitos fundamentais da mulher, bem como agride o denominado princípio da proporcionalidade. Segundo ele,

¹ RODRIGUES, Renata de Lima. *Autonomia Privada e Direito ao Livre Planejamento Familiar. Como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?* 2015. 221f. Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte.

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. [...] A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Para justificar seu ponto de vista, o Ministro faz uma breve incursão histórica e teórica sobre o sistema de direitos fundamentais apontando-o como produto histórico da afirmação da humanidade diante do poder político, econômico e religioso e lembrando que, após a Segunda Grande Guerra Mundial, passaram a ser concebidos como emanção da dignidade humana, a qual, de forma subjetiva, representa valor intrínseco do ser humano, ligado a sua autonomia e liberdade individual.

Assim como quaisquer outros direitos em um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais comportam limites e restrições de aplicabilidade e, segundo o Ministro, hipóteses de “colisão” destes direitos com outros princípios constitucionais no caso concreto devem ser solucionadas pelo princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade, remetendo-se para tanto à obra *“Teoría de los derechos fundamentales”* de Robert Alexy².

O eminente julgador passa a estruturar seu raciocínio a partir de três articulações necessárias: (i) o princípio da proporcionalidade irmanado com a ideia de ponderação estruturam uma argumentação racional que revela o itinerário lógico para solução de “colisão” de direitos fundamentais; (ii) é dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres com reflexos sobre sua

² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

dignidade humana; (iii) status jurídico do embrião durante a fase inicial da gestação. Quanto a este último ponto, o ministro recorda que não é possível uma solução conciliatória entre duas correntes antagônicas que divergem sobre a existência de vida de forma plena nas primeiras semanas da gestação. O único fato irrefutável é de que se trata de um ser que não pode sobreviver de forma autônoma e portanto depende do corpo materno para se desenvolver.

Além disso, uma das características essenciais dos direitos fundamentais seria o fato de que são oponíveis às maiorias políticas e que funcionam como “limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, §4º)”. Por possuírem aplicabilidade direta e imediata, legitima-se a atuação da jurisdição constitucional para sua proteção em casos de ação ou omissão legislativa.

A partir disso, Ministro Barroso enumera quais seriam os direitos fundamentais da mulher que estariam sendo violados. O primeiro deles seria a *autonomia da mulher*, enquanto núcleo essencial da liberdade individual e da dignidade humana, sendo que um dos aspectos centrais da autonomia seria *poder controlar o próprio corpo* e de tomar decisões a ele relacionadas, inclusive de *deliberar sobre cessar ou não uma gravidez*. Em segundo, aduz que a criminalização do aborto *viola o direito à integridade física e psíquica*, que protege todo indivíduo contra interferências indevidas e lesões a seus corpos e mentes.

Ao lado deles, a tipificação do aborto como crime nas primeiras semanas de gestação afrontaria os *direitos sexuais e reprodutivos da mulher*, que em nosso ponto de vista devem ser cada vez mais dissociados. Exatamente pelo fato de caber à mulher o ônus da gravidez, é que sua vontade e seus direitos devem ser sobrelevados de forma especial:

O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada.

Ao cabo, o ministro pontua que ainda haveria violação à igualdade de gênero e discriminação social em, razão do desproporcional impacto que tal tipificação impõe às mulheres pobres obrigadas a manter uma gestação indesejada.

Não divergimos da conclusão de Luís Roberto Barroso de que o aborto no primeiro trimestre da gestação não deva ser tipificado como crime. Tampouco

discordamos de que tratar aborto como crime enseja graves violações a todos os direitos e liberdades acima enumeradas. Muito antes pelo contrário, defendemos que a decisão pela interrupção de uma gravidez indesejada deva ser tratada como um direito de liberdade de planejamento familiar.

Contudo, não acreditamos que este tratamento deva ser decidido em sede jurisdicional, mas em sede de discursos de justificação normativa pelo Poder Legislativo, com apoio da Moral e da Política, sob pena de representar perigoso ativismo judicial que viola a separação dos poderes estatais e seu sistema originário de freios e contrapesos em um Estado de Direito. Conforme anotam Lênio Luiz Streck e Rafael Giorgio Dalla Barba:

(i) não faz sentido nenhum permitir que decisões políticas sejam transferidas da esfera legislativa para a jurisdicional, sob pena de alienarmos nossa cidadania por completo; (ii) o poder jurisdicional dos juízes não tem qualquer legitimidade política, na medida em que não a recebem pelo voto popular; (iii) o Direito fracassou, pois não conseguiu criar uma teoria da decisão que possa impedir que as decisões judiciais sejam tomadas a partir de critérios puramente privados.³

Deste modo, fazemos coro à opinião destes autores de que há um problema na decisão do Ministro Barroso, sobretudo, porque particularmente não julgamos que a proporcionalidade e a ponderação sejam as vias argumentativas mais racionais para se estabelecer discursos de aplicação normativa, pois desconsideram a ideia de Direito como integridade e coerência.

Numa palavra, a discussão acerca do modo com que se deve considerar a recepção do crime de aborto em face do direito fundamental à autonomia privada das mulheres pode ser questionado, mas devemos dispensar, inclusive por isso mesmo, toda a retórica da ponderação, se quisermos realmente levar a liberdade individual das mulheres à sério, já que princípios e direitos não são, enquanto normas obrigatórias, ponderáveis; bem como se quisermos enfrentar o problema da saúde pública ali envolvido.⁴

Os autores aduzem que o fundamento central da decisão seria a ponderação entre o bem jurídico “vida intrauterina” e direitos fundamentais da mulher, a qual é realizada em nome do *princípio da ponderação*. Contudo, segundo eles a proporcionalidade, na teoria do próprio Alexy, seria uma máxima utilizada na colisão de

³ DALLA BARBA, Rafael Giorgio; STRECK, Lênio Luiz. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexynana-stf>. Acesso: 11.12.2016)

⁴ DALLA BARBA, Rafael Giorgio; STRECK, Lênio Luiz. cit.

princípios e não um princípio em si mesmo. Não deixam de reconhecer que a mulher possua direitos sexuais e reprodutivos, bem como à autonomia, integridade física e psíquica e de ser tratada com igualdade e respeito. Contudo questionam o *iter* argumentativo e racional usado pelo Ministro para se chegar à conclusão de que o peso do princípio de proteção à vida intrauterina seria menor que o de proteção aos direitos fundamentais da mulher, reduzindo o discurso estabelecido no voto-vista a um “juízo ideológico-pessoal”.⁵

Outro problema apontado por eles é de que a ponderação seria um mecanismo específico de aplicação de princípios, enquanto mandados de otimização. Para as regras, que seriam mandados de definição, o método típico é o da subsunção. Tendo os artigos 124 e 126 do Código Penal natureza de regras, não seria possível utilizar a ponderação no caso em comento.

3. Boas razões políticas para a descriminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação

Em torno da temática do aborto existem profundas divergências e, normalmente, as pessoas se perfilham radicalmente em lados opostos, seja a favor das doutrinas *pro life*, contra o aborto, ou a favor das doutrinas *pro choice*, na defesa do aborto. Pretendemos mostrar que há fortes argumentos políticos e jurídicos em nosso contexto e em nosso sistema para adotarmos uma orientação em prol das doutrinas *pro choice*.

Acreditamos ser possível tratar o aborto eletivo no primeiro trimestre de gestação como ato de liberdade de planejamento familiar, em razão da articulação das seguintes premissas: *i.* o sistema jurídico brasileiro não trata com absoluteidade o direito à vida humana, conforme podemos depreender da análise da própria legislação, que permite a realização do aborto em algumas situações, e também da análise de precedentes de nossa corte constitucional, que autorizam a pesquisa com células tronco embrionárias e também a

⁵ “Veja-se: é claro que uma mulher tem direitos sexuais e reprodutivos, bem como à autonomia, integridade física e psíquica e de ser tratada como igual consideração e respeito. Não é disso que se trata. Não se trata de uma ponderação do direito *x versus* o direito *y*. É pressuposto básico de um Estado de Direito que este se encarregue da proteção da vida dos seus cidadãos. Esses direitos dos quais se levantam não abarcam a possibilidade do indivíduo (independentemente da sua sexualidade) retirar a vida de um terceiro. Como se diz popularmente, a liberdade de um termina quando começa a do outro” [...] do contrário, deveríamos concluir que, por coerência argumentativa, que através de argumentos principiológicos abstratos possam ser justificadas violações gravíssimas a bens jurídicos concretos e reais. (DALLA BARBA, Rafael Giorgio; STRECK, Lênio Luiz. cit.)

antecipação terapêutica do feto anencéfalo. *ii.* Tal conclusão é aferível independentemente de analisarmos a condição jurídica do embrião e do nascituro como pessoa, como ente despersonalizado ou como ser humano sem personalidade jurídica; *iii.* o aborto realizado no primeiro trimestre de gestação não viola a dignidade humana e nem a alteridade, que nos impõe um dever de reconhecimento da humanidade do feto. Tendo em vista que, no primeiro trimestre de gestação, o feto não tem ainda desenvolvido seu sistema nervoso central, não haveria violação do *direito fundamental de não sentir dor*, revelando-se, possível a decisão de permitir o aborto como ato de liberdade de planejamento familiar, privilegiando os direitos de liberdade e de autonomia, em prol da vida digna daqueles que não pretendem constituir prole ou levar a cabo a autoria daquele projeto parental.

É importante ressaltar que aborto e planejamento familiar se referem a questões que inexoravelmente integram áreas temáticas que guardam afinidade entre si, tais como políticas de população e de regulação da fecundidade, bem como tutela e regulamentação do direito à saúde e dos direitos reprodutivos. Mas, apesar disto, são tópicos que não são necessariamente tratados ou abordados de forma conjunta. No Brasil, muito antes pelo contrário, em razão da tipificação do aborto como crime, regra geral, há enorme resistência em pensa-lo como ato de liberdade de planejamento familiar. De fato, as discussões sobre planejamento familiar e aborto são muitas vezes inspiradas em orientações distintas do ponto de vista ético, político e jurídico.

Não ignoramos o fato de que, no estado da arte do Direito brasileiro, o aborto é tipificado como ilícito penal e constitui crime contra a vida, deixando de ser punível apenas nas modalidades de aborto terapêutico, praticado para salvar a vida da gestante, e aborto humanitário ou sentimental, em razão de gravidez fruto de estupro, conforme previsão do artigo 128 do Código Penal brasileiro.

Nesse sentido, na contramão da decisão do STF ora comentada, as perspectivas legislativas não são animadoras. Segundo dados do Centro Feminista de Estudos e Assessoria (Cfemea),⁶ desde a Constituinte de 1988, a atuação do Congresso Nacional é, nos dias de hoje, a que mais impacta negativamente movimentos sociais de defesa dos direitos das mulheres e dos direitos reprodutivos. Segundo a avaliação, de todos os 34 projetos de lei que tramitam hoje versando sobre os direitos reprodutivos, apenas três têm o objetivo de ampliá-los em alguma medida. Dentre os outros 31 projetos de lei, o

⁶ Disponível: http://www.cfemea.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3801:assine-edivulgue-peticao-contra-o-estatuto-do-nascituro&catid=219:noticias-e-eventos&Itemid=154. Acesso: 25.9.2014.

Cfemea destaca propostas que se destinam a criminalizar o aborto em casos de estupro e de risco de vida para a mãe, hoje legalmente autorizados, como na hipótese do chamado “Estatuto do nascituro”, projeto de Lei n.º 478/2007.

Em 2005, tramitavam na Câmara 33 proposições envolvendo direitos reprodutivos. Desse total, 14 favoreciam a agenda feminista e 19 seguiam no sentido contrário. Ele observa que o quadro mudou sobretudo após a campanha presidencial de 2010, quando a questão do aborto se transformou num dos principais pontos de debate eleitoral. Houve um recuo até no meio de parlamentares que tradicionalmente apoiavam as feministas.

Ao que tudo indica, o Congresso Nacional segue caminho oposto ao caminho trilhado pelo STF. O cenário se opõe aos recentes avanços nas votações do Supremo Tribunal Federal (STF), que autorizam pesquisas com células-tronco, reconhecem a constitucionalidade da Lei Maria da Penha e descriminalizam a antecipação do parto de fetos anencéfalos, bem como a decisão do *habeas corpus* ora comentado.

Da lista de projetos acompanhados pelo Cfemea, quatro destinam-se a incluir qualquer tipo de aborto voluntário na lista de crimes hediondos, com penas previstas de até 3 anos para as mães e de 10 a 15 anos para os médicos. Outros dois projetos desejam tipificar o aborto como tortura. Também tramitam cinco propostas parlamentares destinadas a criar formas de apoio às mulheres vítimas de estupro, desde que não optem pelo aborto. Um deles, assinado pelo deputado petista Odair Cunha (MG), pretende obrigar o governo a garantir uma pensão para as mães até que o filho, fruto do estupro, complete 21 anos.

O Cfemea também inclui na lista de propostas hostis aos direitos reprodutivos aquelas destinadas a criar uma semana nacional de prevenção do aborto, criminalizar a venda de remédios abortivos e restringir as orientações na rede pública sobre o uso de métodos anticonceptivos. Por outro lado, dentre as propostas consideradas positivas pelas feministas, destaca-se uma que foi apresentada pelo Deputado Eduardo Jorge. Destina-se a obrigar os hospitais do SUS a cumprir as leis. Isso significa realizar o aborto nos casos legalmente autorizados, o que nem sempre ocorre.

Nenhuma das construções aqui porventura edificadas pode ser efetivamente operacionalizada nos discursos de aplicação normativa sem que antes ocorra uma revisão legislativa, descriminalizando o aborto. O que pretendemos é, caso concluamos que há necessidade de uma política legislativa que *leve a sério* todas as *boas razões* e argumentos políticos existentes em prol da legalização do aborto nos discursos de

elaboração normativa, evidenciar que também há *boas razões* técnico-jurídicas na defesa do direito ao aborto como direito de planejamento familiar.

As controvérsias se multiplicam quando se trata de entabular qualquer tentativa de tratar o aborto dentro do âmbito do direito ao livre planejamento familiar e da autodeterminação reprodutiva. No direito comparado, os posicionamentos se dividem acerca da tipificação do aborto como crime ou não, sendo poucas as ordens jurídicas que o criminalizam, mas ao mesmo tempo abrem exceção para realização do aborto eugênico. Países sul-americanos, talvez em virtude de forte tradição católica, não preveem a possibilidade de aborto eugênico e, via de regra, tipificam qualquer prática abortiva como crime, salvo exceções similares às da legislação brasileira. É o caso de Argentina, Colômbia e Bolívia.⁷

Muito recentemente, mais precisamente em 17.10.2012, o Uruguai modificou sua legislação sobre aborto para descriminalizá-lo no primeiro trimestre da gestação, representando algo quase inédito no contexto da América Latina:⁸ ao lado de Cuba, Uruguai passou a ser o segundo país a descriminalizar o aborto. O Senado uruguaio aprovou a descriminalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação. A lei determina que mulheres, cidadãs uruguaias, que queiram pôr fim à gravidez nesse período sejam submetidas a um comitê formado por ginecologistas, psicólogos e assistentes sociais, que lhe informarão sobre riscos e alternativas ao aborto. Se a mulher desejar prosseguir com o aborto mesmo assim, poderá realizá-lo imediatamente em centros públicos ou privados de saúde.

Abortos que não sigam esses procedimentos continuarão sendo ilegais. Também é permitido o aborto em casos de riscos à saúde da mulher, de estupros ou de má-formação fetal que seja incompatível com a vida extrauterina, até 14 semanas de gestação.

Na Europa, Alemanha e Espanha, por fundamentos diversos, também criminalizam a prática do aborto e não admitem a possibilidade do aborto eugênico. No entanto, Itália⁹ e Portugal permitem sua prática. A legislação portuguesa é a mais

⁷ TEODORO, Frediano José Momesso. *Aborto eugênico. Delito qualificado pelo preconceito ou discriminação*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 228

⁸ Segundo o *site* Terra, 5 mil abortos foram realizados no Uruguai no primeiro ano de vigência da nova lei entrou em vigor. (Disponível: <http://noticias.terra.com.br/mundo/america-latina/mulheres-do-uruguai-fizeram-5-mil-abortos-no-1-ano-de-descriminalizacao.html>. Acesso: 14.12.2013.)

⁹ “Desde 1978, havendo perigo para gestante ou má-formação fetal, a legislação italiana permite a prática do aborto. Além da legislação penal, é oportuno trazer a lei italiana em cujo texto está prevista a objeção de consciência diante da interrupção da gravidez”. (TEODORO, Frediano José Momesso. *Aborto eugênico. Delito qualificado pelo preconceito ou discriminação*, cit., p. 228). Trata-se do art. 9º da lei 194/78, que

minuciosa em relação a uma série de circunstâncias que autorizam o procedimento abortivo. O Código Penal Português, cuja redação foi alterada pela Lei 16/2007 em 17 de abril de 2007, tem um capítulo dedicado somente aos “crimes contra a vida intra-uterina”. A nova redação do artigo 142 passou a tratar da “interrupção da gravidez não punível”, cuja hipótese da alínea *c* concerne exatamente à realização do aborto eugênico.

O sistema italiano se baseia na Lei n. 194, de 22 de maio de 1978, que evidencia, como centro da discussão sobre o aborto, o direito a autonomia procriativa, pois trata-se de regulamentação que confere ampla liberdade à mulher grávida. O artigo 1º da lei estabelece que o Estado italiano garante o direito a procriação consciente e responsável, além de reconhecer valor social a maternidade e a tutela da vida humana desde o seu início.

A Lei passa a apresentar os requisitos para interrupção voluntária da gravidez entre os artigos 4 e 8 e distingue as modalidades de interrupção de gravidez entre aquelas realizadas antes dos 90 dias de gravidez (o que abrange, mais ou menos, o primeiro trimestre de gravidez) e aquelas realizadas após este período. No artigo 4, a lei comanda que é possível, nos primeiros noventa dias, o aborto em razão de sério risco de vida ou risco à saúde física e psíquica da gestante, risco à sua condição econômica, social e familiar, além de por circunstâncias sob as quais tenha ocorrido a gravidez e em situações de anomalias ou má formação fetal. Como se vê, a lei italiana deixa a cargo da autonomia da mulher a decisão de abortar e o faz em respeito à sua dignidade e privacidade. A seu turno, o artigo 6 faz referência às situações nas quais a mulher pode abortar após o prazo de 90 dias de gravidez, quais sejam: grave risco de vida à gestante e diante do diagnóstico de patologias e má formações fetais que impliquem grave risco para a saúde física ou psíquica da mãe. Contrariamente ao que ocorre nos EUA, a lei italiana contém previsão específica direcionada a mulheres menores e incapazes, no sentido de exigir o

dispõe trata da tutela social da maternidade e da interrupção voluntária da gravidez: “l personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non e’ tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione. (...) L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, e non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento. (...)L'obiezione di coscienza non puo’ essere invocata dal personale sanitario, ed esercente le attività ausiliarie quando, data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento e’ indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo. L'obiezione di coscienza si intende revocata, con effetto, immediato, se chi l'ha sollevata prende parte a procedure o a interventi per l'interruzione della gravidanza previsti dalla presente legge, al di fuori dei casi di cui al comma precedente”.

consentimento de seus pais ou tutor para realização do aborto, cabendo ainda suprimento judicial quando o consentimento for negado injustificadamente.

Apesar de pensarmos o aborto como ato relacionado ao livre planejamento familiar e, portanto, como ato cuja titularidade deva ser compartilhada em entidades familiares conjugalizadas, não há como negar que, tradicionalmente, o debate mundial sobre o tema sempre esteve alinhado, em grande medida, à luta feminista e aos direitos das mulheres:

É no contexto do movimento feminista organizado da década de 1970 que se coloca com intensidade a luta para reformar o Código Penal em relação ao aborto. A legalização do aborto sempre foi para o feminismo uma questão prioritária de direitos humanos das mulheres. Ao final daquela década, o discurso feminista dos direitos humanos das mulheres assumia, como premissa, o “nosso corpo nos pertence”, o que diferenciava o movimento feminista do movimento de mulheres. Para as mulheres feministas, o direito ao aborto, a escolha de ter ou não ter filhos e o livre exercício da sexualidade eram, e ainda são, em requisitos básicos e necessários de justiça social para consolidação das democracias.¹⁰

Em razão de fortes embates com a Igreja Católica, a disputa política pelo aborto tomou força na medida em que estes movimentos feministas passaram a definir como estratégia a defesa do aborto como um direito enfeixado em torno da tutela integral à saúde da mulher. Portanto, a discussão migrou da questão da autonomia para a garantia de acesso a equipamentos sociais. Certo é que discutir o aborto nos força a romper com o paradigma da “maternidade compulsória”¹¹ e encarar de frente uma realidade na qual inúmeras mulheres abortam na clandestinidade, colocando em risco sua integridade física, psíquica e, fundamentalmente, a própria vida.

Defender a descriminalização do aborto é lutar por um projeto de sociedade equânime nas relações de gênero, tendo a equidade como princípio e diretriz para que as diferenças possam ser convividas e vivenciadas dentro do mesmo. Ao negar a subsunção das mulheres à maternidade e, afirmando que elas podem ser mulheres na sua integralidade sem ter filhos e dissociando sexualidade com reprodução, constrói-se a ancoragem necessária para tratar do aborto no âmbito dos direitos humanos e dos direitos reprodutivos e sexuais. Admitindo-se a

¹⁰ PIMENTEL, Sílvia; VILLELA, Wilza. *Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil*. Ciência & Cultura: Revista da Sociedade Brasileira para o progresso da ciência, ano 64, n. 2, abril/maio/junho 2012, p. 20.

¹¹ PIMENTEL, Sílvia; VILLELA, Wilza. *Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil*, cit., p. 20.

dignidade humana e os direitos fundamentais da mulher, considerando-se que a vida do feto, em geral, deve ser protegida e reconhecendo que a educação na área da sexualidade e da reprodução humana é comprovadamente a única política pública que apresenta resultados satisfatórios na redução da incidência do aborto, conclui-se que qualquer legislação que vise a diminuir a realização de abortamentos, deve ser preventiva e não punitiva.¹²

Na verdade, o debate sobre o aborto não pode ser reduzido em “ser contra” ou “ser a favor” de sua prática. Trata-se de uma visão maniqueísta que reduz as complexidades em torno do tema, transformando-o em uma falácia que se resume à distinção entre aqueles que são pro-vida e aqueles que se denominam pro-eleição. Falácia, vale dizer, porque não há lógica em afirmar que os defensores do direito ao aborto são contra a vida. O aborto não é um bem jurídico em si mesmo e, portanto, defender o direito ao aborto não equivale à defesa do aborto ou à sua elevação ao status de bem jurídico tutelável.

Nos últimos anos, especialmente a partir da I e II Conferências Nacionais de Políticas para as Mulheres, o trato do aborto assumiu contornos delineados pelas políticas públicas, ou mais assertivamente, contornos delineados pelo âmbito da saúde pública, ao mesmo tempo em que o debate recrudescceu diante do aumento de posições conservadoras que ganharam força política no Congresso Nacional Brasileiro. No Brasil, o que se vê é que por mais que a legislação seja altamente restritiva e criminalizante, ela não é capaz de inibir a prática clandestina do aborto que ocorre em larga escala e coloca a vida de milhares de mulheres em risco, sobretudo, a vida de mulheres de baixa renda. Neste cenário, o aborto tem oscilado como a quarta e quinta causa de morte materna no Brasil.¹³

Segundo Nilcéa Freire,

Em 2009, foi apresentado um estudo financiado pelo Ministério da Saúde, “20 anos de pesquisa sobre o aborto no Brasil”, coordenado por Débora Diniz e Marilena Côrrea, em que se revela o perfil das mulheres que realizam aborto no Brasil, concluindo-se que são predominantemente, mulheres entre 20 e 29 anos de idade, em união estável, com até 8 anos de estudo, trabalhadoras e católicas. Os resultados da pesquisa põem por terra o estereótipo de que somente mulheres “irresponsáveis” e “inconsequentes” recorrem ao aborto como solução para o problema da gravidez indesejada e o reposiciona como

¹² PIMENTEL, Sílvia; VILLELA, Wilza. *Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil*, cit., p. 20.

¹³ FREIRE, Nilcéa. *Aborto seguro: um direito das mulheres?* Ciência & Cultura: Revista da Sociedade Brasileira para o progresso da ciência, ano 64, n. 2, abril/maio/junho 2012, p. 31.

opção, via de regra difícil, de mulheres e, porque não dizer, de homens, que por diferentes razões vivenciam esta contingência de vida.¹⁴

No Brasil, os números são os seguintes:

O tabu que cerca o tema leva à imprecisão dos números. Resultados preliminares do estudo “Magnitude do abortamento induzido por faixa etária e grandes regiões”, obtido com exclusividade pelo GLOBO, mostram que, somente no ano passado, foram 205.855 interações decorrentes de abortos no país, sendo que 154.391 por interrupção induzida. Este número, no entanto, é apenas uma ponta do iceberg. As estimativas de abortos do estudo conduzido pelos professores Mario Giani Monteiro, do Instituto de Medicina Social da Uerj, e Leila Adesse, da ONG Ações Afirmativas em Direitos e Saúde, revelam que o número de abortos induzidos é quatro ou cinco vezes maior do que o de interações. Com isso, é possível calcular que o total de abortos induzidos em 2013 variou de 685.334 a 856.668. No entanto, segundo dados do Ministério da Saúde, foram apenas 1.523 casos de abortos legais (por estupro, ameaças à saúde materna e anencefalia fetal) no período.¹⁵

Contraditoriamente, nosso país assumiu compromissos em diferentes instrumentos internacionais, através dos quais se reconheceu que o aborto inseguro implica violação de direitos humanos de meninas e mulheres, tais como a Declaração de Viena de 1993 e a IV Conferência Mundial sobre a mulher em Pequim, em 1995. O país se comprometeu a tratar a temática do aborto como problema de saúde pública e da necessidade de revisão de sua legislação punitiva sobre o tema.

A avaliação do VI Relatório Nacional Brasileiro fez com que o Comitê de Eliminação da Discriminação contra Mulheres das Nações Unidas recomendasse que o Brasil procedesse à revisão profunda de sua legislação, com objetivo de descriminalizar o aborto, além de promover medidas outras no sentido de incrementar o acesso das mulheres a serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo a assistência aos casos de complicações advindas de práticas abortivas, uma vez serem elevados os números de mortes maternas no Brasil em virtude do aborto inseguro:

A organização mundial de saúde (OMS) define clinicamente por abortamento a interrupção da gravidez até a 22ª semana, com produto da concepção pesando menos que 500 gramas. O aborto é considerado inseguro quando feito em condições sanitárias precárias ou inadequadas e/ou quando realizado por pessoas não capacitadas. A cada ano, cerca de

¹⁴ FREIRE, Nilcéa. *Aborto seguro: um direito das mulheres?*, cit., p. 31.

¹⁵ Disponível: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/09/850-mil-mulheres-realizam-aborto-brasil-por-ano.html>. Acesso: 29.9.2014.

20 milhões de abortos são praticados no mundo em condições de risco. Quase 95% desses abortos são realizados em países em desenvolvimento, os mesmos que insistem em manter leis severas e ineptas que proíbem o aborto. Como resultado, até 25% da mortalidade materna resulta diretamente do aborto inseguro, levando desnecessariamente à morte quase 67 mil mulheres a cada ano. As evidências são contundentes em demonstrar a ineficácia da proibição do aborto como forma de evitar sua prática, contrastando com os efeitos dramáticos da proibição legal sobre a morte de mulheres.¹⁶

Diante desse panorama, considerando a insegurança e os riscos do aborto clandestino, não é de se espantar que ele seja a quinta maior causa de mortes maternas no Brasil. Com isso, o aborto tem um custo financeiro tão alto quanto o custo emocional:

Calcula-se quanto os governos gastam com complicações de interrupções clandestinas de gravidez. Com base em dados do estudo “Magnitude do abortamento induzido por faixa etária e grandes regiões e do DataSus”, realizado pelos pesquisadores Leila Adesse e Mario Giani, com base no DATASUS, No ano passado, foram 205.855 internações decorrentes de abortos no país — sendo 51.464 espontâneos e 154.391 induzidos (ilegais e legais). Levando em consideração que o valor médio da diária de uma internação no SUS é de R\$ 413,00 e que as hospitalizadas passaram apenas um dia sob cuidados médicos, o governo gastou R\$ 63,8 milhões por conta dos abortos induzidos. Também em 2013, foram realizadas 190.282 curetagens (método de retirada de placenta ou de endométrio do corpo), a grande maioria de quem quis interromper a gravidez, representando um custo total de R\$ 78,2 milhões, já que, pela tabela do SUS, cada intervenção custa, em média, R\$ 411,00. No total, chega-se a, no mínimo, R\$ 142 milhões.¹⁷

4. Condições para transigência com a vida humana no sistema brasileiro

Em toda a História do Direito, e de maneiras distintas, a vida assumiu relevância jurídica, em decorrência de sua própria condição natural ligada à sobrevivência e existência dos seres humanos. Nas mais antigas legislações produzidas pelo homem, tais como por exemplo o Código de Hammurabi¹⁸ e o Livro de Deuteronômio, sua tutela esteve presente, tanto como bem jurídico a ser preservado ou como alvo da aplicação de sanções,

¹⁶ DREZET, Jefferson; GALLI, Beatriz; NETO, Mario Cavagna. *Aborto e objeção de consciência*. Ciência & Cultura: Revista da Sociedade Brasileira para o progresso da ciência: ano 64, n. 2, abril/maio/junho 2012, p. 34.

¹⁷ Disponível: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/09/850-mil-mulheres-realizam-aborto-brasil-por-ano.html>. Acesso: 29.9.2014.

¹⁸ O Código de Hammurabi é uma legislação cuneiforme babilônica datada do século XVIII a.C., quando o governo da cidade-estado da Babilônia, localizada na região da antiga Mesopotâmia (território atual dos Estados do Iraque e do Irã), estava centralizado na figura do soberano rei Hammurabi (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 63-66).

vez que o corpo físico do condenado, fosse no todo (pena de morte) ou em parte (penas de mutilações, torturas e castigos cruéis e degradantes), poderia ser atingido para a administração da justiça.

Em textos legais da Grécia Antiga e dos períodos da República e do Império Romano, já se vislumbrava reflexões jurídico-filosóficas mais sofisticadas, mas ainda assim a vida humana permaneceu sendo considerada mais como uma dádiva divina do que como um direito, e até este momento histórico, ainda podia ser objeto de penalizações quando da ocorrência/autoria de certos ilícitos.

A partir das discussões acadêmico-filosóficas da Modernidade¹⁹, sobremaneira com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)²⁰, é que o tratamento da vida passou, formal e materialmente – em primeiro lugar na França – a ser compreendido como um direito básico de todo cidadão. Neste sentido, garantida, *a priori*, a vida humana, o direito à liberdade, bem como outros intitulados direitos de primeira geração²¹, quais sejam, “*direitos civis e políticos que inaugurariam o constitucionalismo do Ocidente, no final do século XVIII e início do XIX*”²² passaram a ser tutelados pelos Estados. O Estado Liberal, implantado desde então, passou a considerar o indivíduo como detentor e titular de direitos e a titularizar o dever de se abster à realização de qualquer ato que viole ou ameace violar direitos fundamentais de seus cidadãos, que surgem nesse cenário como liberdades negativas.

Em razão das interpretações jurídico-filosóficas no decorrer dos séculos XVIII a XX, o direito à vida e o direito à liberdade, hoje, só podem ser considerados em conexão ao princípio da *dignidade da pessoa humana*. Desde Kant²³ até as vigentes Constituições e diferentes tratados internacionais que objetivam a proteção regional e/ou

¹⁹ Um dos grandes expoentes da Modernidade no que concerne a defesa da emancipação humana enquanto sujeito de direito e, neste sentido, um dos primeiros autores a mencionar a dignidade como um princípio geral das relações humanas e da compreensão jurídica do indivíduo, foi Giovanni Pico Della Mirandola, especialmente com a publicação de sua obra *Discurso sobre a Dignidade do Homem*, datada do final do século XV (PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Lisboa: Edições 70, 2001).

²⁰ Declaração criada e adotada, em 26 de agosto de 1789, pela Assembleia Nacional francesa que, desde o dia 14 de julho de 1789, após a tomada da prisão da Bastilha, governava a França e se posicionava contra Luís XVI e o Absolutismo.

²¹ Sobre as gerações e dimensões de direitos, remetemos à leitura: BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

²² FERNANDES, Bernardo G. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 233

²³ Immanuel Kant, em obras como, por exemplo, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, expressamente defende e consagra o homem como ser dotado de autonomia moral e, neste sentido, o considera como a finalidade maior das relações humanas. (KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980).

internacional da pessoa humana, a dignidade humana assumiu, como se sabe, o status de vetor hermenêutico para o Direito.

A Constituição do Brasil elenca a vida humana e a liberdade como direitos fundamentais, resguardando-os tanto em seu preâmbulo²⁴, como no *caput* do artigo 5º²⁵. Nesse sentido é que a pena de morte é proibida no Brasil, tendo sido abolida pelo texto constitucional, conforme se lê no artigo 5º, inc. XLVII. Contudo, o dispositivo traz uma exceção, para permitir a aplicação da pena "em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX."²⁶

O Código Penal Brasileiro, tipifica, no capítulo I, intitulado os chamados "Crimes contra a Vida", e prevê, em seus artigos 124 a 127, o crime de aborto. Assim sendo, a interrupção da gravidez é criminalizada, seja tal ato provocado pela própria gestante, com o seu consentimento, e/ou por terceiros. Até o advento da ADPF 54, julgada em 2012 pelo STF, as duas únicas hipóteses de interrupção da gravidez, consideradas como causas especiais de exclusão da ilicitude, eram as previstas nos incisos I e II do artigo 128 do CP, não havendo punição ao aborto realizado por médico "se não há outro meio de salvar a vida da gestante" (aborto necessário) e se a gravidez resulta de estupro e há o consentimento prévio da gestante ou, se esta é incapaz, de seu representante legal.

Dentro desta mesma orientação de proteção absoluta da vida, o ordenamento jurídico brasileiro, a partir do disposto no artigo 2º do Código Civil, põe a salvo, a partir da concepção, certos direitos do nascituro. Outros dispositivos presentes na legislação civil também consentem ao nascituro a participação em certas relações jurídicas,

²⁴ Preâmbulo da CF/88: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil."

²⁵ Artigo 5º, *caput*, da CF/88: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes..."

²⁶ O artigo 84 da CF autoriza a pena de morte nas seguintes condições: "XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

A pena de morte é regulamentada pelo Código Militar Penal (CMP), que nos artigos 55 a 57.

Art. 55: "As penas principais são: 1. Morte; 2. Reclusão; 3. Detenção; 4. Prisão; 5. Impedimento; 6. Suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função; 7. Reforma".

Art. 56: "A pena de morte é executada por Fuzilamento".

Art. 57: "A sentença definitiva de condenação à morte é comunicada, logo que passe em julgado, ao Presidente da República, e não pode ser executada senão depois de sete dias após a comunicação. Parágrafo único. Se a pena é imposta em zona de operações de guerra, pode ser imediatamente executada, quando o exigir o interesse da ordem e da disciplina militares".

atribuindo-lhe a titularidade de alguns direitos e categorias jurídicas. É o que se denota, por exemplo, nos artigos 542, 1609, parágrafo único e 1798, que mencionam respectivamente a possibilidade de o nascituro receber doações, ter a paternidade reconhecida e assumir a condição de sujeito de direitos hereditários.

Com base nessa normativa e, sobretudo, com base na normativa constitucional, Ives Gandra da Silva Martins preconiza que o texto constitucional sequer admitiu a hipótese de aborto sentimental, uma vez que a Carta Magna menciona a expressão “a inviolabilidade do direito à vida”²⁷. Além disso, o autor anota que, a seu ver, o constituinte declara que tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico como cláusulas invioláveis, uma vez que advoga a tese de que “tratados internacionais sobre direitos fundamentais, por força do §2º do at. 5º, são cláusulas pétreas estabelecidas por Constituinte originário”²⁸. Assim sendo, uma vez signatário do Pacto de São José da Costa Rica, para o autor, o tratado foi introduzido como norma constitucional, vigorando no país a orientação contida no art. 4º de que o direito à vida é garantido a toda pessoa desde a concepção. De modo distinto se posiciona o STF, que expressa a tendência de considerar que tratados internacionais ingressam em nosso sistema como legislação ordinária especial.

De modo radical, o eminente constitucionalista preconiza que o pacto de São José da Costa Rica não deixa nenhum espaço à legalização do aborto e considera eufemistas as expressões “interrupção da gravidez” ou “antecipação do parto”. Na verdade, tratar-se-ia mesmo de “antecipação da morte” ou “interrupção da vida”. Para o autor, a tese da anencefalia abre espaço “*para o aborto generalizado, numa tentativa de burlar a Constituição e os Tratados fundamentais sobre direitos humanos, de que o Brasil é signatário*”²⁹.

Até a decisão da ADPF 54, e ainda hoje, a licitude da interrupção da gestação de feto anencéfalo se apresenta como matéria polêmica no Direito brasileiro. Como veremos, os argumentos levantados pela doutrina e pela jurisprudência, sejam a favor ou contra o direito da mulher de interromper tal gestação, colocam em situação de concorrência dois direitos igualmente fundamentais: a vida e a liberdade. A concepção do direito à vida como direito absoluto induziria a uma resposta fácil de que a vida deve

²⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25.

²⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito fundamental à vida*, cit., pp. 25-26.

²⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito fundamental à vida*, cit., p. 33.

sempre prevalecer, em razão da tradicional e histórica sacralidade em torno do seu regramento jurídico.

Contudo, considerando que a Constituição brasileira protege um conceito de vida digna, que extrapola o mero significado biológico de vida, a pergunta se impõe: O que deve prevalecer? A liberdade da mulher de dispor sobre o próprio corpo, sua integridade psicofísica e sua autonomia de planejamento parental? A vida fetal em questão, considerando sua proteção pela CRFB/88 e pela legislação civil no sentido dos direitos do nascituro?

Deste modo, é que se esperava que qualquer que fosse a decisão final, apurados os votos dos Ministros do STF, que toda a discussão estabelecida estivesse vinculada à interpretação da relação existente, neste caso, entre os direitos à vida e à liberdade, sob o enfoque da dignidade da pessoa humana, isto é, de duas dignidades em concorrência: a da gestante, que desejava ser livre para interromper, se quisesse, a gestação; e a do feto anencéfalo que possuía o direito de nascer e viver, ainda que por ínfimo espaço de tempo. Passemos então a análise dos principais argumentos levantados na decisão da corte constitucional.

5. ADPF n. 54: aborto *versus* antecipação terapêutica do feto anencéfalo

Ao lado de tantas outras, a condição jurídica do nascituro é uma das questões que subjazem ao debate sobre a possibilidade de realização do aborto, e aqui mais precisamente sobre o aborto do feto anencéfalo, ou daquilo que parte da doutrina costuma denominar *antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico*³⁰. A condição jurídica do

³⁰ Na visão da dogmática do direito penal, a conduta não poderia mesmo se caracterizar como aborto, devendo ser mesmo tratada como antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo. Segundo eles, não se trata de mera questão semântica ou de eufemismo conceitual, conforme anota Marcelo Lucas Sarsur e Silva: “Não se cuida, nas hipóteses de feto anencefálico, de aborto, mas sim de antecipação terapêutica do parto, posto que o aborto, em seu sentido técnico-jurídico, implica a eliminação da vida intrauterina, fato que não ocorre quando apenas se permite a condução a termo da gravidez anencefálica, interrompendo o suporte vital oferecido pela gestante ao feto sem atividade encefálica própria. Esta distinção não é apenas semântica, posto que a interrupção da gravidez de feto com anencefalia não se confunde, como argumentam os opositores desta prática, ao aborto eugênico, feito para selecionar características do feto, ou para eliminar fêtos dotados de deficiências físicas congênitas. Conforme salientou o Ministro Relator, Marco Aurélio Mello, “O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. (BRASIL, 2012:48-49). Em igual sentido, a Resolução nº 1.989/2012, do Conselho Federal de Medicina, prevê que a gestante passará por

nascituro, ou seja, se ele consiste ou não em ente personificado, apto a transitar pelas relações jurídicas e se colocar como centro de imputação de direitos e deveres, dentre eles direitos fundamentais, como, inclusive, o próprio direito à vida, se faz pertinente aqui para elucidarmos alguns equívocos.

Claro que o debate não pode se descurar de mencionar as tradicionais teorias que informam o chamado processo de personificação do ser humano, quais sejam, a *teoria natalista* e a *teoria concepcionista*, não obstante reconheçamos que nenhuma delas constitua a melhor resposta, pois compartilhamos a crença que o problema não se relaciona com o momento da personificação, mas sim no modo como a personalidade jurídica é operacionalizada³¹.

Ao abandonarmos a concepção abstrata e oitocentista de personalidade e de atribuição de personalidade, como categoria jurídica estanque, ou seja, uma qualificação que deve acompanhar o sujeito por toda sua existência, é possível atribuir titularidade a seres com natureza humana, quer seja o nascituro ou o morto, em determinadas situações jurídicas, diante da análise concreta,³² transformando-os em referenciais de imputação de direitos e deveres.

O legislador brasileiro considera a possibilidade de atribuir personalidade jurídica ao nascituro em algumas determinadas situações. Assim, ao fazê-lo, o legislador consente na possibilidade de atribuição de personalidade jurídica ao nascituro em uma situação concreta específica, transformando-o em um referencial de imputação correspondente ao reconhecimento de uma esfera de liberdades e de não-liberdades³³.

antecipação terapêutica do parto, e não propriamente por aborto”. (SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*. Tese (doutorado) 2014. 141f. Tese (Doutorado) Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, p. 31).

³¹ Para aprofundamento da questão, seja consentido remeter ao nosso: *Por uma Nova Forma de Atribuição de Personalidade Jurídica ao Nascituro – Análise do Confronto entre a Titularidade dos Alimentos Gravídicos e a Polêmica da Antecipação Terapêutica do Feto Anencéfalo* publicado na obra *O Direito das Famílias – Entre a Norma e a Realidade*. (RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *O Direito das Famílias – Entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010).

³² Há muito, a inteligência de Kelsen já preconizava tal ideia ao mencionar que se um determinado indivíduo é sujeito de certos direitos tal fato significa, apenas, que uma conduta sua é objeto de direito e conteúdo de uma norma. Todavia, o fato de tal conduta estar encampada por uma norma jurídica determina apenas que esse indivíduo deve agir ou se omitir de uma certa maneira, segundo uma determinada esfera de liberdade ou não-liberdade, mas isso não implica, de modo algum, sua existência jurídica definitiva, ou seja, sua personalidade jurídica definitiva. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 137).

³³ É o que leciona Lúcio Antônio Chamon Júnior ao dizer que atribuir personalidade jurídica significa tão somente considerar algo ou alguém como “referencial de imputação de direitos e deveres”, ou seja, de liberdades e não-liberdades, pois, partindo da teoria discursiva como marco teórico, o autor ensina que não há personalidade ou atribuição de personalidade fora da argumentação. Segundo ele “...o que se deve reconhecer

Fato é que direitos e deveres somente podem ser pensados concretamente, a partir de um discurso de aplicação, vez que seus respectivos reconhecimentos obrigam considerar uma práxis jurídica legitimamente (re)construída. Conseqüentemente, tendo em conta o pressuposto de que a personalidade seria referencial de imputação de direitos e deveres, a definição de pessoa só poderia se dar na argumentação e não *ex ante*, de maneira abstrata.

A teoria parece sobreviver a testes de verificação ao confrontarmos a titularidade de alimentos gravídicos prevista na Lei 11.804, de 05 de novembro de 2008, com a possibilidade de aborto do feto anencéfalo, ou mesmo com outras modalidades de aborto excluídos do âmbito da ilicitude, como são o aborto terapêutico/necessário e o aborto sentimental, previstos no artigo 128 do CP, conforme debatido anteriormente. No mesmo sentido, ainda é perceptível como é diferenciado o trato jurídico direcionado ao nascituro em algumas circunstâncias concretas: ele pode receber doações (artigo 542 do CC), herança (artigo 1798 do CC), mas não se apresenta apto a titularizar outras situações de direitos disponíveis na ordem jurídica.

O debate travado no STF, por ocasião do julgamento da ADPF 54,³⁴ envolveu também a discussão em torno da personalidade e da dignidade humana do feto anencéfalo, para se determinar, por consequência, se o mesmo seria titular do direito fundamental à vida e se esse direito seria absoluto e inviolável. A questão foi posta perante o Supremo Tribunal Federal, através da ADPF 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS),³⁵ à época representado por Luís Roberto Barroso, antes de assumir uma cadeira no STF.

Pleiteou-se autorização com efeitos *erga omnes* para que as mães pudessem livremente decidir sobre a manutenção ou não da gravidez de fetos anencéfalos.

é que a “personalidade” há que ser tomada em conta enquanto *centrada em, e referida a, uma situação tematizada e problematizada*. Não há qualquer “personalidade” fora da argumentação. (...) Não podemos concordar com leituras demasiadamente funcionalizadas que vão interpretar a noção de pessoa como um feixe de “papéis institucionalizados” pronta para, a partir de então, fazer decorrer determinadas conseqüências”. (CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno. Por uma Reconstrução Crítico-Discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 145).

³⁴ ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seja conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (STF, ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio Mello, julg. 12.4.2012, publ. 30.4.2012).

³⁵ Para maiores informações acerca da CNTS, acessar o website da instituição. Disponível: <<http://www.cnts.org.br/>> Acesso: 24.3.2014.

Segundo a argumentação estabelecida na exordial, não se trataria de questão jurídica vinculada à prática do aborto, pois, no entendimento dos autores da ação, a inviolabilidade da vida extrauterina do feto descaracterizaria totalmente a tipicidade do crime de aborto, entendimento este compartilhado pelo Ministro Ayres Brito que afirmou *que “não é aborto, em linguagem depuradamente jurídica, por não corresponder a um fato alojado no mundo do dever-ser em que o Direito consiste”*.

A questão se localiza em suposta concorrência entre a tutela da saúde psicofísica e liberdade de escolha da genitora e a tutela da vida do feto, tornando-se obrigatória a discussão da atribuição do direito à vida ao feto, como centro de imputação de direitos e deveres, ou seja, um ente personalizado com aptidão para ser titular de tal direito, o que poderia obstaculizar, em princípio, a escolha da mãe em submeter-se à realização do antecipação do parto, diante da vertente de tutela absoluta a vida humana.

Assim, em um primeiro momento, os Ministros discutiram se havia titularidade do direito à vida pelo nascituro, divergindo todos sobre o processo de personificação que conduziria a esta conclusão, para, em seguida, se debruçarem sobre a questão de se saber se a vida do anencéfalo, fosse ele pessoa ou não, poderia ser considerada como vida humana juridicamente tutelada ou relevante. Nesse diapasão, anota Marcelo Lucas Sarsur e Silva:

A discussão travada nos votos dos Ministros da Suprema Corte versou, especialmente, sobre a definição do que é a vida humana, enquanto objeto de proteção jurídica. Esta vida juridicamente protegida não coincide com todas as definições de vida humana presentes no discurso científico ou no senso comum. O argumento central adotado pelo voto condutor, e reproduzido pelos votos que a ele aderiram, parte de uma situação especial em que a vida humana deixa de existir, a despeito da persistência de reações fisiológicas: a morte cerebral, conceito empregado pela Lei de Transplantes (Lei Federal nº 9.434/1997). De fato, a ordem jurídica lida ambigualmente com os extremos da vida humana. Tanto o início quanto o final da vida humana são cercados de incompreensões, de modo que a pluralidade de concepções sobre a vida, mesmo em termos biológicos, acaba por se espelhar nos diferentes momentos em que a ordem jurídica estende sua proteção à vida humana.³⁶

Com base nisso, pela análise dos votos, denota-se que a posição da maioria dos ministros foi de considerar como vida humana juridicamente protegida pelo sistema a chamada “vida cerebral”, seja ela intrauterina ou extrauterina. Trata-se, portanto,

³⁶ SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*, cit., p.30.

do estabelecimento de um critério para definição do conceito jurídico de vida humana, que não coincide com sua definição biológica. Ministro Carlos Ayres Brito baseou seu voto no entendimento de que faltam ao anencéfalo os hemisférios cerebrais, que seriam “a parte vital do cérebro”, conforme Resolução nº 1.752/2004 do Conselho Federal de Medicina.

Entretanto, a aproximação promovida pela maioria dos julgadores entre anencefalia e morte cerebral foi contestada pelo Ministro Gilmar Mendes, que votou em prol da viabilidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico, e que declarou, com base em dados científicos apurados em audiências públicas, que morte encefálica e anencefalia seriam conceitos distintos, pois na hipótese de anencefalia o sujeito teria autonomia cardíaca e respiratória, enquanto que na morte cerebral o indivíduo permaneceria vivo apenas artificialmente, com o apoio de aparelhos.

Ministro Cezar Peluso acenou para o fato de que a definição de morte cerebral pela Lei de Transplantes teria um caráter operacional, uma vez que se prestaria a garantir o aproveitamento de órgãos para fins imediatos de transplante. Segundo o Ministro, “*não é, pois, conceito normativo suscetível de aplicação a qualquer situação factual, nem isento de críticas no plano científico e, muito menos, no próprio âmbito jurídico*”.

Os argumentos favoráveis à interrupção de gestações ligadas à condição de anencefalia fetal, expostos na ADPF 54, basearam-se nos princípios constitucionais da *dignidade da pessoa humana*, da *intimidade*, da *liberdade de opção* e da *liberdade de crença*, do *direito à saúde* e à *proteção da maternidade*, equiparando, ainda, a imposição da manutenção da gravidez de um anencéfalo à tortura, tratamento proibido em nosso ordenamento jurídico, vez que a gestante teria a ciência de que seu filho seria natimorto ou, se nascesse com vida, sobreviveria pouco tempo fora do útero materno. A manutenção da gravidez seria tratada, então, como dever jurídico imposto à mãe, não obstante a ausência de possibilidade de sobrevivência do feto. Por outro lado, os argumentos contrários à interrupção da gravidez fundaram-se, eminentemente, no *direito à vida* do feto, bem jurídico tutelado pelo ordenamento pátrio, vedado, assim, o aborto.

Dentro desta perspectiva, devemos concentrar nossos argumentos na seguinte pergunta: um feto anencéfalo, que não tem possibilidade de vida extrauterina é um centro de imputação de direitos fundamentais? Se a resposta for positiva, ele terá direito à vida e, por hermenêutica lógica, de fato, existirá uma concorrência de direitos fundamentais entre o feto e a mãe, a qual foi apresentada ao STF por ocasião do julgamento da ADPF 54. Contudo, mesmo negada ao feto a condição de centro de

imputação de direitos neste contexto, ainda há que se perguntar se o único bem jurídico a ser tutelado seria a saúde psicofísica da mãe, bem como sua autodeterminação e liberdade, com todos os seus consectários. Isto porque o outro relevante questionamento é se a vida do feto anencéfalo é uma vida juridicamente tutelável, podendo ser alçada a status de bem jurídico, impondo à gestante um dever, considerado este como esfera de não liberdades.

E, por fim, sendo tutelável, uma vez considerado o anencéfalo como centro de imputação de direitos e deveres, o direito à vida a ele atribuído é sempre absoluto e inviolável, ou, uma vez em concorrência com direitos fundamentais da mãe, pode ser afastado na defesa dos direitos maternos, em nome de respostas marcadas por correção normativa? Como se denota, a problemática se coloca em três instâncias distintas e, coo veremos, as mesmas indagações se colocam para o aborto eletivo, em casos em que o feto a ser abortado possui a potencialidade de vida extrauterina.

Nesta situação jurídica, acreditamos que o feto anencéfalo não se constitui em um centro de imputação de direitos e deveres já que, diante da certeza da não sobrevivência, não há que se falar em iguais liberdades fundamentais entre ele e a mãe, a qual passa, inclusive, por grande sofrimento ao ser obrigada a levar adiante uma gravidez que não é marcada pela viabilidade real da vida. Partimos do pressuposto teórico que a vida humana juridicamente tutelável neste caso é a vida humana com potencialidade de sobrevivência extrauterina, com vistas a se desenvolver e gerar um indivíduo autônomo. Aliás, é nesse sentido que a doutrina impõe a distinção entre os termos aborto e antecipação terapêutica do feto anencéfalo: a caracterização da violação ao bem jurídico “vida humana”.

Não vislumbramos, por isso, em termos técnico-jurídicos, razões suficientes para impor a mãe o dever jurídico de manter a gravidez, justamente por não estarmos diante de uma *situação de não liberdade*, vez que a inviabilidade extrauterina do feto não justifica o sofrimento materno. A mãe como portadora de liberdades fundamentais pode ter o direito de escolher pela manutenção ou não da gravidez, de acordo com suas próprias concepções pessoais e seu propósito de livre desenvolvimento da personalidade.

Se a *ratio decidendi* adotada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal pautou-se na anencefalia como condição de morte em vida, na ausência de bem jurídico tutelado, resta claro que a decisão tomada na ADPF nº 54-8/DF não poderia, decerto, sofrer extensão a outros casos de aborto eletivo. Preocupou-se o STF em não criar, no direito brasileiro, um precedente tão polarizador (e tão politicamente explosivo) quanto o aresto da Suprema Corte estadunidense sobre a legalização do aborto eletivo, *Roe v. Wade*, de 1973. Esta preocupação é patente no voto do Ministro Relator,

que afirma ser “inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto” (BRASIL, 2012:33), e semelhantes advertências podem ser encontradas nos votos dos Ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. De fato, a liberdade de escolha da gestante, na interrupção da gravidez de feto anencefálico, é condicionada ao reconhecimento de que este não será capaz de vida autônoma fora do útero, por não possuir a formação cerebral compatível com tal existência.³⁷

Através de premissas teóricas distintas em torno do processo de personificação do nascituro e da definição do conceito de *vida humana tutelável*, os ministros do Supremo Tribunal Federal, decidiram, em 12 de abril de 2012, pela possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, determinando inconstitucional a interpretação de que esta interrupção da gestação se caracterizasse como conduta ilícita tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Vale acrescentar ainda que consistindo o Brasil em um Estado laico, cuja estrutura político-jurídica deve se apresentar neutra em relação a dogmas religiosos dos mais variados credos, o STF decidiu pela tutela da *liberdade sexual e reprodutiva da mulher* e pela tutela de sua *saúde, dignidade e possibilidade de autodeterminação*. Na ocasião, foram favoráveis os Ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio Mello e Rosa Maria Weber e, contra, pugnando pela improcedência dos pedidos, Ricardo Lewandowski e o então Presidente da Corte, Cezar Peluso³⁸. O Ministro Dias Toffoli se declarou impedido de votar a matéria, uma vez que havia atuado no processo como Advogado-Geral da União.

Ricardo Lewandowski entendeu que não se trataria de “*interrupção de gravidez de anencéfalo*”, mas sim de aborto em uma condição não prevista pelo Código Penal como excludente de ilicitude. Tratando-se, portanto, de conduta criminosa que violaria o direito à vida do nascituro. Por sua vez, Cezar Peluso alegou que o fato equiparasse à imposição de pena de morte e à eutanásia, e, a seu ver “*só coisa é objeto de disposição*

³⁷ SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*, cit., p. 32.

³⁸ “O Supremo Tribunal Federal, em abril de 2012, julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF, reconhecendo o descabimento da imputação do crime de aborto quando realizado em casos de gravidez anencefálica. Quando da decisão, dez Ministros da Suprema Corte⁴¹ participaram do julgamento, sendo que a maioria, composta por oito Ministros, reconheceu a atipicidade penal do aborto nos casos de anencefalia, restando vencidos, em relação às ressalvas quanto ao diagnóstico do feto, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Dois Ministros opuseram-se ao reconhecimento da anencefalia como hipótese de atipicidade penal da conduta: o Ministro Ricardo Lewandowski e o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso”. (SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*, cit., p. 29).

ou de direito alheio. O ser humano é sujeito de direitos”. Contrariamente, em um dos trechos de seu voto, o Ministro Relator do processo, Marco Aurélio Mello, afirmou:

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop, a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral. E mais: o coração e a respiração dos anencéfalos perduram por pouco tempo – 75% não alcançam o ambiente extrauterino. Dos 25% restantes, a maior parte tem cessado a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras horas, e os demais nas primeiras semanas após o parto. Ainda que exista alguma controvérsia quanto a esses percentuais, haja vista o que exposto pela Dra. Ieda Therezinha na Audiência Pública, é indubitável que os anencéfalos resistem muito pouco tempo fora do útero. [...] Da leitura, destaco dois trechos. No primeiro, este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’”. É certo, Senhor Presidente, que, no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa.

O Ministro Relator concluiu pela tutela dos direitos fundamentais da gestante, permitindo a realização da interrupção da gravidez, entendimento que prevaleceu por oportunidade do julgamento e que prevalece no Brasil até a atualidade, conforme se depreende do voto do Ministro Joaquim Barbosa, que afirmou “*ser um contrassenso chancelar 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 malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica.*” Há, na verdade, a legítima pretensão da mulher em ver respeitada sua vontade de dar prosseguimento à gestação ou de interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e de autonomia privada da mulher.

Desde então, na prática, as mulheres surpreendidas com o diagnóstico da anencefalia de seus bebês não mais são obrigadas a dar prosseguimento à gestação, tendo, pois, o direito de, caso desejarem, submeterem-se ao lícito procedimento médico de interrupção da gravidez. Neste sentido, e no âmbito da proteção à liberdade e à dignidade feminina, como expressamente atestou a Ministra Rosa Weber em seu voto, a decisão do

STF preservou muitas brasileiras de gerarem “o filho para assistir à sua Missa de Sétimo Dia”.

6. Aborto e direito ao livre planejamento familiar

Defendemos acima que o feto anencéfalo não se constitui em um centro de imputação de direitos e deveres. A certeza da não sobrevivência e da inviabilidade da vida extrauterina impõe uma assimetria na distribuição de liberdades fundamentais entre ele e a gestante, pois a vida humana juridicamente tutelável é a vida humana com potencialidade de sobrevivência extrauterina, de modo ser possível, ao fim da gestação, produzir um indivíduo autônomo. Deste modo, a gestante do anencéfalo não se apresenta titular do dever de não violar a vida humana do feto anencéfalo, entendido este como conduta caracterizadora de um espaço de não liberdades.

Superada a análise das razões pelas quais se considera lícito e possível o aborto do feto anencéfalo, perguntamos ainda se haveria a possibilidade de tratar o aborto eletivo, realizado no primeiro trimestre de gestação, como ato de liberdade de planejamento familiar. Ou seja, seria possível tutelar a autonomia reprodutiva daqueles que não desejam ter filhos e, que, para tanto, precisariam ou desejariam se valer de um aborto?

A esfera da autonomia reprodutiva ou dos direitos reprodutivos abarca também o acesso a informações sobre planejamento familiar, a métodos contraceptivos, a cuidados médicos pré-natais e o direito de abortar. Como se sabe, o acesso a esses serviços que promovem a efetivação da autonomia reprodutiva é muito mais satisfatório em alguns países do que em outros. Segundo algumas perspectivas, os direitos reprodutivos compreendem não apenas o direito de não ter filhos (um direito negativo que consiste na obrigação do Estado de evitar que haja interferências nas decisões reprodutivas do indivíduo) como também o direito de ter filhos, um direito positivo que implicaria na obrigação do Estado de ajudar os indivíduos com problemas de fertilidades. *A afirmação da autonomia reprodutiva nesse momento do texto afirma apenas que os indivíduos têm o direito de não ter filhos caso assim o desejem.*³⁹

A liberdade de planejamento familiar possui conformações intrínsecas em nosso marco político, delimitadas pelos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. O desejo de não ter filhos deve ser exercido dentro destas balizas

³⁹ TÄNNSJÖ, T. *Our Right to In Vitro Fertilisation – its scope and limits*. Journal of Medical Ethics, vol. 34, n. 11, 2008, p. 804.

caracterizadoras da autonomia reprodutiva, que derivam precisamente da dignidade humana e da paternidade responsável, e, em outros termos, a pergunta que aqui se coloca é se a interrupção voluntária da gravidez pode se encaixar dentro deste âmbito, mesmo que se trate de um feto que tenha efetiva viabilidade de vida extrauterina e que possa se apresentar como centro de imputação de direitos e deveres e, conseqüentemente, titular de direitos fundamentais, tal como o direito à vida.

Para respondermos a esta questão, as seguintes premissas se entrelaçam:

i. já sabemos que o sistema jurídico brasileiro não trata com absoluteidade o direito à vida humana. A legislação permite a realização do aborto em certas situações. Some-se a isso, precedentes de nossa corte constitucional, que autorizam a pesquisa com células tronco embrionárias⁴⁰ e também a antecipação terapêutica do feto anencéfalo. *ii.* A não absoluteidade da vida humana é aferível independentemente de analisarmos a condição jurídica do nascituro como pessoa, como ente despersonalizado ou como ser humano sem personalidade jurídica. Ou seja, ainda que se trate de um direito conferido a um referencial de imputação, ou quer se trate de um objeto jurídico alvo de um dever, compreendido como espaço de não liberdade de atuação, imputado aos idealizadores do projeto parental; *iii.* O aborto eletivo, no primeiro trimestre de gestação, não viola a dignidade humana, seja na perspectiva da autonomia, seja na perspectiva da alteridade, que nos impõe um dever de reconhecimento de sua humanidade. Tendo em vista que, no primeiro trimestre de gestação, o feto não tem ainda desenvolvido seu sistema nervoso central, não há violação ao denominado *direito fundamental de não sentir dor*⁴¹, revelando-se, a partir disso, a possibilidade de admitirmos o aborto como ato de liberdade de planejamento familiar, para privilegiarmos, em nome de correção normativa, os direitos de liberdade e de autonomia, em prol da vida digna daqueles que não pretendem constituir prole ou levar a cabo a autoria daquele projeto parental.

⁴⁰ “O STF, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, entendeu que o embrião, fruto da fertilização in vitro nas clínicas de reprodução assistida, não recebe a mesma condição de pessoa humana em formação estendida ao embrião fertilizado em útero, cujo desenvolvimento não pode ser obstado por meios externos. A diferença entre este e aquele reside na possibilidade de desenvolvimento do encéfalo, parâmetro do término da vida humana e, por consequência, de seu início. A partir desta premissa – a de que a formação do cérebro determina o início da vida humana juridicamente protegida –, entendeu se, na ADPF nº 54-8/DF, que o feto que padece de anencefalia não pode merecer a mesma proteção estendida aos demais fetos, nos quais esta ocorre sem sobressaltos”. (SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*, cit., p. 30-31)

⁴¹ SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*, cit.

As duas primeiras já foram delineadas anteriormente. A partir do recorte realizado neste estudo, consideramos que para que o nascituro possa adquirir a qualidade de pessoa, entendida como referencial de imputação de direitos e deveres, é preciso que haja viabilidade de vida extrauterina. Defendemos esta posição ancorados nos precedentes de nossa Corte Constitucional que assim se manifestou em duas oportunidades: no julgamento da constitucionalidade da pesquisa com células tronco embrionárias e no julgamento da possibilidade de realização da antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo.

Assim sendo, na hipótese de aborto eletivo, que pretenda ser realizado mesmo diante da existência de fetos que têm viabilidade de vida extrauterina, estamos a considerar uma situação jurídica concreta na qual se colocam dois referenciais de imputação de direitos e deveres: a gestante ou os pais, (não) idealizadores de um projeto parental, titulares das liberdades enfeixadas no âmbito do direito ao planejamento familiar, e o feto, titular de direitos fundamentais existenciais, como o direito à vida.

Para solução desta concorrência de dignidades ou de direitos fundamentais, não é possível hierarquizar direitos para tratar o direito à vida humana com absoluteidade. Tal posicionamento hermenêutico, assumido aprioristicamente, revelaria uma postura valorativa incompatível com a concepção de direito como integridade defendida anteriormente e com os ideais de correção normativa que dela derivam. Assim, para analisarmos a questão, é preciso se concentrar na caracterização da amplitude da liberdade de planejamento familiar, para concluirmos se o exercício da autonomia reprodutiva para a realização de prática abortiva eletiva estaria a ferir a métrica de iguais liberdades fundamentais a todos distribuídas indistintamente.

Uma vez que defendemos que o direito ao livre planejamento familiar se apresenta como direito fundamental, que se conecta ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, que também se perfaz pela (não) constituição de prole, mister se faz averiguar se a permissão para a prática do aborto eletivo como ato de planejamento familiar se impõe no respeito de iguais liberdades de todos os indivíduos envolvidos no caso concreto ou se extrapola os *limites* informados pela dignidade humana e pela paternidade responsável, que impõem deveres de respeito à autonomia e à alteridade, prudência e cautela.

Assim, uma das dúvidas que precisa ser elucidada é se a prática do aborto causaria sofrimento fetal ao nascituro ou se haveria algum dado informado pela Medicina e pela Biologia que, de maneira complementar, possa se comunicar ao Direito para

determinar um momento ou período no qual o aborto possa ser realizado sem causar dor ao ser humano em formação no ventre materno. Tal questão é relevante uma vez que tanto a natureza humana do feto quanto seu status de referencial de imputação de direitos e deveres comandam a todos nós o direcionamento de um tratamento digno e o respeito aos seus direitos fundamentais.

Marcelo Lucas Sarsur e Silva defende a tese da existência do direito fundamental ao alívio da dor, como consectário do princípio da dignidade humana:

Por direito fundamental ao alívio da dor, compreende-se um direito fundamental implícito, decorrente dos artigos 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), 5º, caput e inciso III (direito à vida e proibição de submissão a tratamento cruel e desumano) e 6º, caput e 196 (direito à saúde) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, entre os quais se destacam a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969). São direitos fundamentais aqueles que compõem o núcleo rígido de uma determinada ordem constitucional, sendo insuscetíveis de emenda voltada à sua supressão ou limitação.⁴²

Considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana é importante característico da liberdade de planejamento familiar, conformando quais as práticas consistem em legítimo exercício da autonomia reprodutiva, tal construção acerca do direito fundamental ao alívio da dor ou, ainda, do direito fundamental de não ser submetido a tratamentos cruéis e degradantes se mostra relevante na análise do aborto eletivo como ato de planejamento familiar.⁴³

Ao que se sabe precisar se há dor fetal é tema de difícil análise para as ciências médicas e biológicas, uma vez que os seres humanos em formação no ventre materno não são capazes de expressar dor como nós. A suposição de que o feto venha a sentir dor se relaciona com a formação de certas partes de seu sistema nervoso e à constatada capacidade que eles têm de notar certos estímulos externos⁴⁴. Em sua tese,

⁴² SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*, cit., p. 17.

⁴³ Ronald Dworkin destaca: “Sem dúvida, as criaturas capazes de sentir dor têm interesse em evitá-la. Contrária frontalmente os interesses dos animais o fato de submetê-los à dor, quando se os apanham em armadilhas ou se fazem experiências com eles, por exemplo. Da mesma maneira, infligir dor a um feto que já possui um sistema nervoso suficientemente desenvolvido também contraria frontalmente seus interesses. Mas um feto só tem consciência da dor quando sua mãe se encontra em estado avançado de gravidez, uma vez que antes disso seu cérebro ainda não está suficientemente desenvolvido”. (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 21)

⁴⁴ Entretanto, os fetos, ainda no ventre materno, não possuem capacidade de expressão da dor, sendo

Marcelo Sarsur levanta alguns dados colhidos em relevantes estudos sobre a dor fetal, realizados nos Estados Unidos da América, país que autoriza a prática abortiva desde o precedente inaugurado pelo caso *Roe v. Wade*⁴⁵.

Diante da incerteza científica em torno da possível capacidade do feto de sentir dor, necessário se faz adotar uma postura de cautela e prudência, para prevenir eventuais violações à sua dignidade humana. Assim sendo, na dúvida sobre a capacidade do feto de sentir dor e, considerando sua vulnerabilidade e o respeito a seus direitos fundamentais, nos parece salutar que a permissão do aborto eletivo como ato de planejamento familiar deva ter suas possibilidades de realização circunscritas a um determinado lapso temporal.

Restaria vedada a prática abortiva a partir de um determinado período gestacional, qual seja o primeiro trimestre de gestação, a ser estabelecido com suporte na Medicina e na Biologia que municiam o Direito com subsídios técnicos acerca do momento de formação do sistema nervoso central, responsável pela percepção da dor. Diante disso, seria possível defender o aborto eletivo como ato de planejamento familiar, uma vez que, realizado desta forma, representaria ato de controle de prole e de (não)autoria parental e estaria conformado pelos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. Como vimos, o princípio da dignidade humana nos comanda trato jurídico especial ao nascituro seja pelo viés da autonomia seja pelo viés da alteridade. A seu turno, o princípio da paternidade responsável deriva uma série de deveres relacionados, inclusive,

impossível mensurar seu desconforto pelos métodos usuais. Logo, a hipótese de que o feto sente dor funda-se em duas dimensões: primeiramente, na formação anatômica das parcelas do sistema nervoso central relacionadas a esta percepção; e em segundo lugar, à capacidade, percebida no feto, de reagir a estímulos externos, mesmo dentro do útero. (SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*, cit., p. 34)

⁴⁵Os estudos médicos sobre a dor fetal, em especial nos Estados Unidos da América, não ocorrem num vácuo normativo. Naquele país, a prática do aborto foi autorizada, em qualquer hipótese, tomando-se por base o critério da viabilidade fetal extrauterina. Após alcançar a viabilidade, o feto não mais pode ser objeto de intervenção, mesmo se a gestante assim desejar. Este critério, contudo, não é completamente seguro, nem se pode mensurar apenas pelas semanas de gestação. Ademais, conforme os avanços da medicina neonatal se fazem mais presentes, a viabilidade extrauterina é atingida pelo feto em momentos mais próximos do início da gestação. *Em contraponto ao critério fixado pela decisão Roe v. Wade, que parte da admissão da viabilidade extrauterina, alguns Estados daquele país, como Nebraska e Kansas, por exemplo, promulgaram leis que visam a coibir o aborto após a vigésima semana de gestação contada a partir do último ciclo menstrual da mulher, entendendo que existe um interesse estatal prevalecente em coibir o aborto quando recai sobre um feto dotado de sensibilidade à dor (COHEN; SAYEED, 2011:1).* Os critérios da viabilidade extrauterina e o da formação do sistema nervoso central, embora não coincidentes, aproximam-se de uma mesma realidade: *a de que o feto, antes da formação das estruturas cerebrais que lhe permitirão reagir ao mundo que o circunda, não é dotado de interesses ou mesmo de expectativa de direitos. Embora o feto não adquira a personalidade jurídica juntamente com a percepção da dor, há de se entender que ele possui, aos moldes de outros seres dotados de sensibilidade, o interesse em não sofrer agressões que lhe provoquem sofrimento ou dor física.* (grifos nossos) (SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*, cit., pp. 36-37)

com a prudência e cautela, fundamentais, como dito, diante da imprevisão do exato momento em que surge no feto a aptidão para a percepção da dor.

É incompreensível que o ordenamento jurídico brasileiro permita a realização do aborto eletivo na modalidade aborto sentimental, sem se preocupar em impor um período no qual este aborto possa ser realizado, em respeito à dignidade humana do feto e de seu direito a não sentir dor. Acreditamos, diante desta análise, que, em nome da coerência sistêmica ou da concepção do Direito como Integridade, que para que o aborto eletivo possa eventualmente assumir natureza de ato de planejamento familiar, ele deve vir acompanhado de uma solução de prazo que indique o período gestacional no qual deva ser realizado.

7. Conclusão

A discussão sobre a descriminalização do aborto urge por enfrentamento em nosso Estado de Direito, uma vez que podemos evidenciar uma série de argumentos políticos e jurídicos que justificariam essa decisão. Contudo, não acreditamos que esta discussão, que se mostra extremamente polarizada na sociedade brasileira, possa ser tratada em sede de jurisdição constitucional. O debate precisa ser tratado de forma política, no âmbito do Poder Legislativo com ampla consulta a sociedade.

Em outras palavras, a descriminalização do aborto não deve ser decidida em sede jurisdicional, mas em sede de discursos de justificação normativa pelo Poder Legislativo, com apoio da Moral e da Política, sob pena de representar perigoso ativismo judicial que viola a separação dos poderes estatais e seu sistema originário de freios e contrapesos em um Estado de Direito. Reconhecemos que, em grande medida, a responsabilidade pelo ativismo judicial é do próprio legislador que não assume o desafio de tratar de forma corajosa um tema de enorme relevância social e que se mostra hoje como problema de saúde pública.

Além do mais, conforme evidenciado, as iniciativas legislativas que versam sobre o tema aborto são quase todas extremamente conservadoras e fortemente influenciadas por convicções religiosas que, mesmo em um espaço de debate público, não podem ser universalizadas como padrão de moralidade de todos. Deste modo, a omissão do legislador força o julgador ao enfrentamento de temas como este e a tomar decisões necessárias em razão de sua urgência e relevância social. Neste contexto, a decisão judicial ora comentada reduz a possibilidade de amplo debate em torno de tema tão complexo.

Além do mais, a argumentação estabelecida no *habeas corpus* se revela mais tímida do que a produzida no julgamento da ADPF n. 54, quando o STF decidiu pela não tipicidade da interrupção da gravidez do feto anencéfalo como aborto, julgamento que envolvia a interrupção da vida de um feto que sequer possuía viabilidade de vida extrauterina.

O método da ponderação de princípios, além de não se coadunar com a concepção de Direito como Integridade, a nosso sentir, não poderia ser aplicada no caso em tela para sopesar regras contidas nos artigos 124 e 126 do Código Penal. Afinal, tratam-se de regras e como tal devem ser aplicadas a partir do método de subsunção.

Não discordamos que seja possível defender a descriminalização do aborto eletivo e enxergamos que tal conduta possa ter natureza de liberdade de planejamento familiar, uma vez que, realizado dentro de certos limites e exigências constitucionais, representaria ato de controle de prole e de (não) autoria parental devidamente conformado pelos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. O princípio da dignidade humana nos comanda trato jurídico especial ao nascituro seja pelo viés da autonomia seja pelo viés da alteridade. A seu turno, o princípio da paternidade responsável deriva uma série de deveres relacionados com a prudência e cautela, fundamentais diante da imprevisão do exato momento em que surge no feto a aptidão para a percepção da dor.

Por esta razão, é incompreensível que o ordenamento jurídico brasileiro permita a realização do aborto eletivo na modalidade aborto sentimental, sem se preocupar em impor um período no qual este aborto possa ser realizado, em respeito à dignidade humana do feto e de seu direito a não sentir dor. Em nome da coerência sistêmica ou da concepção do Direito como Integridade, para que o aborto eletivo possa assumir natureza de ato de liberdade de planejamento familiar, primeiro, é preciso que o legislador o retire do âmbito da ilicitude penal e, segundo, que ele seja acompanhado de uma solução de prazo (primeiro trimestre da gestação), que indique o período gestacional no qual deva ser realizado.

Recebido em 14/12/2016

Publicado a convite