ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/09/2013

All'indirizzo http://ww.diritto.it/docs/35408-an-lise-da-decis-o-do-supremo-tribunal-federal-no-caso-da-adpf-no-54

Autori: Cárita Martins Pellegrini Carizzi, Marina Carneiro Matos Sillmann

Análise da decisão do supremo tribunal federal no caso da adpf no 54

ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DA ADPF Nº 54

Cárita Martins Pellegrini Carizzi*

Marina Carneiro Matos Sillmann**

RESUMO:

O presente trabalho tem por escopo realizar uma análise acerca da legalidade da decisão da Arguição de Preceito Fundamental nº54. Tal julgado foi responsável por afastar a punibilidade da antecipação do parto de fetos anencéfalos. A grande problemática do tema é mais ampla que o resultado da votação em si, o qual demonstra evidente afronta aos preceitos defendidos pela Constituição Federal de 1988 e por leis infraconstitucionais. O artigo defende a tese de que a decisão acerca da ADPF 54 deve ser analisada como um caso de flagrante extrapolação de competência por parte do STF, já que não restou configurada simples interpretação da legislação. Para tanto utilizou a pesquisa bibliográfica, com análise de artigos, livros, periódicos e legislação, combinada com o método de análise sistêmica, para demonstrar as inconsistências argumentativas de alguns dos ministros do STF. A pesquisa está em fase de finalização e, até o presente momento, a análise dos dados obtidos confirmam as ideias iniciais, quais sejam, a de que o Supremo Tribunal invadiu a competência do Poder Legislativo e está dissonante dos valores protegidos legalmente no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: ADPF nº54. Antecipação do parto de fetos anencéfalos. Competência do Supremo Tribunal Federal.

Sumário:

Considerações iniciais. 1 A ADPF nº54. 2 A anencefalia sob o ponto de vista médico. 3 Proteção legal conferida ao nascituro. 4 Considerações acerca dos aspectos penal e constitucional da decisão. 5 Competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento da matéria da ADPF nº 54. Conclusão.

* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis"; carita_mpc@hotmail.com

** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis"; marinasillmann@hotmail.com

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54, julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal no início de 2012, teve como objeto afastar a ilicitude da antecipação do parto de fetos anencéfalos. Considerado um dos julgados mais importantes da Corte Constitucional, levantou debates que de certa forma ampliaram o objeto principal da ação.

No decorrer do tramite processual, foram debatidas questões acerca da laicidade do Estado, dignidade da mãe e do nascituro, direito à vida, entre outras. Dentre estas, houve uma de suma relevância, que configura o objeto deste trabalho: a extrapolação de competência pelo Supremo Tribunal Federal para cuidar da questão.

Parte-se da premissa de que o caso não foi apenas uma situação de simples interpretação da Lei Federal, mas sim a atuação da Corte como legislador positivo, já que foi criada uma nova hipótese de excludente de punibilidade em caso de aborto de fetos anencéfalos.

Para comprovar a tese o artigo faz uma análise acerca dos direitos do nascituro, do crime de aborto, da má formação fetal, que é a anencefalia, do julgado em si e se realmente houve a atuação dos Ministros do STF como legisladores positivos.

1 A ADPF Nº 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a ação de competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para processamento e julgamento, que pode ser arguida em três hipóteses:

> para evitar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (MORAES, 2009, p. 782).

O STF não apresentou uma definição do que seria um preceito fundamental, mas entende-se que seriam os princípios fundamentais, as cláusulas pétreas, os princípios constitucionais sensíveis, os direitos e garantias fundamentais e os princípios gerais da atividade econômica (LENZA, 2010, p.300).

Essencial para a analise da situação da antecipação do parto do feto anencéfalo é a ADPF n° 54. Proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde tinha por objeto apreciar se a interrupção induzida da gravidez de um feto anencéfalo configuraria o crime de aborto.

Em 2012, restou decidido por maioria dos votos, a procedência da ação a fim de declarar que a interpretação pela qual a antecipação do parto de um feto anencéfalo estaria enquadrada no crime de aborto seria contrária à Constituição. Os Ministros Ricardo Lewandowiski e Cezar Peluso foram os autores dos votos vencidos.

A discussão, em suma, girou em torno do confronto entre a dignidade da pessoa humana da mãe e o direito à vida do nascituro anencéfalo. Houve ainda grande debate acerca do envolvimento de entidades religiosas em matéria de ordem social de um Estado laico e da judicialização do direito.

O pedido da petição inicial consistia na declaração de inconstitucionalidade com eficácia erga omnes e efeito vinculante de que a interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II, no sentido de impedir a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo devidamente diagnosticado. O pedido englobava também o reconhecimento do direito da grávida em abortar sem necessitar de autorização judicial ou Estatal.

De modo geral, os votos favoráveis à interpretação de que não constitui crime a antecipação do parto do feto anencéfalo se pautaram no argumento de que a ponderação entre o sofrimento de gestação inviável, comparada inclusive à tortura, e a decisão de ter um filho anencéfalo, cabe à gestante e não ao Estado.

Justificam a decisão ao afirmarem que apenas a mulher e aqueles pertencentes ao seu circulo de convivência íntima sabem o sentimento gerado pela gravidez e se o sofrimento será grande o suficiente para retirar o feto do útero. Também ressaltam que somente estas pessoa são conhecedoras de suas crenças e valores.

Em seu voto o Ministro Marco Aurélio (2012, p. 33), relator da ação, apontou que a situação envolvia o encontro de um motivo para compelir a mulher a levar uma gestação no caso de ausência de expectativa de vida para o feto. Afastou o envolvimento religioso para decidir a ação, face à posição de Estado Laico adotada pela Constituição Brasileira, porém ressalta a importância de ouvir os argumentos dos diversos segmentos religiosos (p. 45).

Ao fundamentar seu voto, o aludido Ministro (2012) afirma que:

> A anencefalia configura – e quanto a isso não existem dúvidas – doença congênita letal, pois não há possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior30. A afirmação categórica de que a anencefalia é uma malformação letal funda-se na explanação de especialistas que participaram da audiência pública (p.48)
>
> Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida (p.60).
>
> Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica (p.61).

Por sua vez, o voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski (2012, p. 5) trouxe importantes considerações e apontou que o Código Penal foi taxativo nas hipóteses de excludente de ilicitude apresentadas pelo art. 128, não incluindo no rol a possibilidade de se antecipar o parto de fetos que possuam má formação.

Suscita a questão de que a antecipação terapêutica de feto anencéfalo fosse a vontade do povo, o Legislativo, já teria efetuado as devidas alterações no Código Penal e ampliaria o rol do art. 128:

> Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados (LEWANDOWSKI, 2012, p.6).

Destaca ainda em seu voto, a usurpação de competência do Poder Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal:

> Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem (LEWANDOWSKI, 2012, p.13).
>
> Cumpre sublinhar que essa propositura, a qual busca estabelecer requisitos mínimos para que o aborto voluntário de fetos anencéfalos seja isento de punição – tarefa, seja-me permitido insistir, totalmente estranha à competência de uma Corte Constitucional -, continua sob a soberana apreciação das duas Casas que compõem o Congresso Nacional (LEWANDOWSKI, 2012, p.23).

Cumpre ressaltar que a decisão da ADPF nº54, não põe fim na discussão acerca da legalidade da antecipação do parto de fetos anencéfalos. Questão de interesse social deve ser discutida pela sociedade e decida por seus representantes políticos. Ives Gandra Martis defende a possibilidade de se anular esta decisão pelo Congresso Nacional face a violação de sua competência normativa pelo SFT. O respaldo legal dessa possibilidade é o art. 49, XI, da Carta Magna (TONOCCHI, 2012, p.2).

2 A ANENCEFALIA SOB O PONTO DE VISTA MÉDICO

A anencefalia pode ser definida como a má formação fetal que importa na ausência dos hemisférios cerebrais, de calota craniana e cerebelo, com presença de um tronco cerebral rudimentar. Seu diagnóstico pode ser feito a partir da oitava semana de gestação, sendo certo e irreversível.

Para melhor elucidar o tema, pode se citar o conceito apresentado por Maria Lúcia Fernandes Penna (2005, p.100)

> A anencefalia é um defeito congênito decorrente do mau fechamento do tubo neural que ocorre entre o 23 e 28 *dias* de gestação. Trata-se de um problema da embriogênese que ocorre muito precocemente na gestação, causado por interações complexas entre fatores genéticos e ambientais (DIAS & PARTINGTON, 2004). No Brasil a incidência é de cerca de 18 casos para cada 10.000 nascidos vivos (PINOTTI, 2004). O prognóstico de uma criança nascida a termo é de manutenção de batimentos cardíacos por poucas horas e, no máximo, alguns dias.

Além de ser um tema complexo para o mundo jurídico, apresenta também divergências na área médica. Em relação à antecipação do parto de um feto anencéfalo os médicos não possuem opinião unânime e expuseram seus pontos de vista em artigos científicos e nas audiências públicas organizadas pelo Supremo Tribunal Federal a fim de auxiliar no julgamento da ADPF nº54.

Em suma aqueles médicos que se mostram favoráveis se valem dos argumentos de que não se trata de uma vida viável, que a gestação de um feto anencéfalo acarreta em graves riscos físicos e mentais para a gestante e que o ser gerado não possui consciência.

Já os contrários ao aborto, apontam que mesmo a morte sendo certa, o feto apresenta vida, que existem diversos graus de anencefalia e que o ser gerado pode apresentar consciência.

Sem dúvida o principal argumento médico para a discussão acerca da viabilidade da gestação do feto anencéfalo é a potencialidade de sua sobrevida fora do útero. Aqueles favoráveis à antecipação terapêutica do parto afirmam que o feto está morto segundo o conceito de morte neurológica, justificado pelo fato de não possuir córtex cerebral.

Neste sentido temos o parecer de Maria Penna, Jorge Andalaft Neto e Heverton Neves Pettersen, estes últimos expuseram seu entendimento na audiência pública do dia 28.08.2008 no STF:

> Defendemos a tese de que o feto anencefálico é um feto morto, segundo o conceito de morte neurológica. Esse feto, mesmo que levado a termo, não terá nem um segundo de consciência, não poderá sentir dor, ver, ouvir — em resumo, não poderá experimentar sensações. É, portanto, um feto morto porque não há potencialidade de se tornar uma pessoa, não há possibilidade de consciência devido à ausência de córtex cerebral. (PENNA, 2005, p.101)
>
> A anencefalia é incompatível com a vida – isso explicamos para a mulher. Ela é letal, multifatorial e decorre de defeitos de fechamento de tubo neural. O feto também pode ter outras malformações associadas. Agora, o problema é que o prosseguimento gestacional aumenta muito os riscos para as mulheres. (NETO, 2008, p.16 – transcrição audiência pública 28.08.08).
>
> Se aquele cidadão já apresenta uma morte encefálica, nós podemos documentar através de estudos de eletroencefalogramas e de testes que não ocorre mais atividade do cérebro, apesar de ele já ter constituído, podemos fazer ressonância, tomografia, vamos ver uma calota craniana, um encéfalo todo formado, mas acabou a atividade cerebral, nós reconhecemos isso como um falecimento, nós consideramos o feto anencéfalo um natimorto neurológico. Do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central. (PETTERSEN, 2008, p.30 - transcrição audiência pública 28.08.08)

Contrário à antecipação terapêutica do feto anencéfalo, o Doutor Rodolfo Acatauassú, citado por Luiz Antônio Bento na audiência pública do dia 26 de agosto de 2008 (p.10), afirma que em razão da possibilidade do feto nascer vivo, não pode ser considerada a hipótese de morte encefálica.

Rodolfo Acatauassú (2008, p.26) conclui o raciocínio supracitado ao afirmar que:

> Anencefalia é um termo que induz ao erro, há uma grande desinformação que faz pensar que anencefalia equivale a morte encefálica, porque as pessoas simplesmente pensam: anencefalia, não tem encéfalo; se não tem encéfalo, tem morte encefálica. Por

> que tanta discussão? Na realidade, essa equivalência não pode ser provada, essa equivalência não é verdadeira.

Também contrária à antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo, a Professora Lenise Aparecida Martins expos seu pensamento na audiência pública do dia 28 de agosto de 2008 (p. 82) e ressaltou os diferentes graus de anencefalia:

> A anencefalia é uma malformação congênita, caracterizada por um defeito de fechamento da parte anterior do tubo neural, como já foi explicado. Uma malformação é um processo que escapou à regulação normal do desenvolvimento do organismo e foi aqui brilhantemente apresentado que ela tem metodologia variadíssima, que posso ter diferentes causas de anencefalia e fatores diversificados que se somam, ou seja, não é um tudo ou nada, mas apresenta uma variabilidade. Então cada anencéfalo tem a sua anencefalia.

A professora (2008, p. 89) afirmou ainda que "o anencéfalo morre e ele só pode morrer porque ele está vivo. Se ele não estivesse vivo, ele não poderia morrer". Esta frase comprova o fato de que o anencéfalo não é um natimorto, mas sim uma criança que nasce viva, porém com morte certa, podendo esta ser imediata ou não.

Neste sentido também se manifestou Rodolfo Acatauassú Nunes na audiência pública do dia 26.08.2008 (fl.27), defendendo a sobrevida do feto anencéfalo:

> Realmente, há sobrevida na anencefalia – não pode ser esquecido que a anencefalia está no rol nas doenças congênitas letais. Não há cura no momento atual, ninguém está negando isso. Apesar de essa mortalidade ser muito elevada, algumas dessas crianças podem viver por meses ou mais raramente por um ano, mas nunca morrem, obrigatoriamente, todas elas, imediatamente após o parto.

Os depoimentos daqueles favoráveis à antecipação terapêutica do parto de um feto anencéfalo expuseram os riscos de levar a termo esta gestação para a mãe. Porém, como já ressaltado, esta é uma hipótese de excludente da punibilidade abrangida pelo Código Penal no art. 128,I.

Eis um trecho da fala do Doutor Roberto Luiz D'Ávila na audiência pública do dia 28.08.2008 (p.12) sobre o tema:

> Excelência, sou cardiologista, mas é claro que, por dever de ofício, lemos muito sobre o assunto, até por ser um estudante ainda de Bioética. É sabido que, na gestação de um anencéfalo, é muito

> freqüente a ocorrência simultânea do que chamamos de polihidrâmnio, excesso de líquido amniótico, já que ele não deglute, há uma contínua produção, e essa associação é muito comum. Essa condição de polihidrâmnio é acompanhada de toxemia gravídica, caso grave que expõe a saúde da mãe. Temos um problema, no nosso País, que é a alta taxa de mortalidade materna. A doença hipertensiva da gravidez, a hemorragia, a infecção, são causas de mortalidade materna elevada, mesmo em gestações de fetos viáveis. Num feto inviável, portador de anencefalia, com essa associação, com polihidrâmnio e maior possibilidade de toxicemia gravídica, esse risco aumenta. Essa é uma questão médica também porque poderia estar contemplada numa das exceções tipificadas no próprio Código Penal. Não podemos esperar até o terceiro trimestre para que a toxemia se manifeste e tratar a complicação com perda de tempo e com risco maior. Oferecer risco às pessoas deve ser uma preocupação do médico em não participar disso.

A Doutora Irvênia Luíza de Santis Prada, também ouvida na audiência pública do dia 28.08.2008 (p.52) teceu considerações acerca da consciência que possui o feto anencéfalo e descontruiu as alegações de ausência de vida em razão desta patologia:

> As opiniões equivocadas como, por exemplo, não haver potencialidade de vida no anencéfalo porque não há vida sem cérebro – e considera-se nessas opiniões equivocadas que ele não tenha cérebro, mas tem – não têm, metodologicamente, dentro do contexto da neurociência, nenhum embasamento técnico. Pelo contrário, a neurociência vem demonstrar, pelo seu conteúdo, que o anencéfalo tem substrato neural para desempenho de funções vitais e delegação com a consciência, o que contra-indica o aborto desse feto e a disponibilização do anencéfalo recém-nascido para transplante de órgãos.

Pelo exposto pode-se perceber que o tema causa grande polêmica entre grandes estudiosos da anencefalia, inclusive com divergências sobre o grau da doença para ser considerada inviável a vida.

Isso leva a pensar no impacto que a decisão da ADPF nº54 causa na sociedade, já que, embora tenha havido grande discussão antes dos votos, não foram estabelecidos os critérios de diagnóstico seguro, nem qual grau de ausência de encéfalo é suficiente para abortar.

3 PROTEÇÃO LEGAL CONFERIDA AO NASCITURO

O direito brasileiro confere proteção legal ao nascituro desde o momento da concepção, resguardando assim os seus direitos. A análise de tal garantia é de suma importância para constatar se o aborto de fetos anencéfalos violaria a proteção conferida ao direito à vida.

Cumpre apresentar o conceito de nascituro. Em verbete presente no dicionário básico jurídico (2007, p.263) "é o ser já concebido, cujo nascimento é dado como certo." Flávio Tartuce (2009, p. 139), o define como "aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu".

No ordenamento jurídico brasileiro, o nascituro não é dotado de personalidade. O art. 2°, CC/02, estabeleceu que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

Aufere-se que o Brasil apresenta três correntes em relação ao que se refere aos direitos do feto. A teoria natalista afirma que o nascituro não pode ser considerado uma pessoa, já que a codificação civilista exige como requisito para se obter a personalidade civil, o nascimento com vida (TARTUCE, 2009, p. 139). São adeptos dessa corrente doutrinadores como Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e Silvio de Salvo Venosa.

A segunda teoria é a da personalidade condicional, que defende a ideia que "a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais" (TARTUCE, 2009, p. 140). Como defensores dessa corrente tem-se Washington de Barros Monteiro, Clóvis Bevilaqua e Arnaldo Rizzardo.

Por fim, a terceira corrente é a concepcionista, que "sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo seus direitos resguardados por lei". (TARTUCE, 2009, p.

141). Os seguidores dessa corrente são Silmara Juny Chinellato, Pablo Stolze Gagliano e Renan Lotufo. Este artigo se posicionará em conformidade com esta teoria.

Em consonância com a teoria concepcionista Franscisco Gilney Bezerra de Carvalho Ferreira, em artigo intitulado Do aborto de fetos anencéfalos e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54: a reflexão contiua! (2012, p. 4), relaciona a teoria com o julgado e aponta que:

> No instante em que o feto passa a ser objeto do poder de disposição alheia, a sua vida passa a ser coisa (res), porque só coisa, no mundo jurídico, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ao revés, o feto, embora ainda não possua personalidade jurídica, é sujeito de direito, desde a concepção. Não se trata de negar os direitos reprodutivos da mãe, mas tão somente de reconhecer que estes direitos encontram limite intransponível na vida do filho. Em outros termos, os direitos reprodutivos da mulher não são absolutos, como nenhum outro o é, ou seja, nele não se insere a possibilidade de dispor da vida do nascituro. Pensar o contrário seria o mesmo que "coisificar" o feto, isto é, torná-lo coisa, pertença, objeto de disposição da mãe, algo que se sabe ser impossível pelo próprio ordenamento pátrio, ante a ampliação dos direitos do nascituro desde o momento da concepção, o que acaba por abranger, inclusive, os fetos anencéfalos.

Portanto, percebe-se que a intenção do legislador civilista era conferir proteção legal ao feto. Como exemplos pode-se citar ao direito à vida, direitos patrimoniais (doação), à receber alimentos, entre outros.

Além da legislação civil, outros institutos legais conferiram direitos ao nascituro, podendo mencionar a Constituição da República de 1988, nos arts. 1º, III, que defende a dignidade da pessoa humana e no 5º, caput, que resguarda a inviolabilidade do direito à vida.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.090 de 1990) garante proteção à vida e à saúde das crianças e adolescentes, mediante políticas públicas que permitem o nascimento sadio (art. 7º) e atendimento à gestante através do Sistema Único de Saúde (art. 8º).

Já o Código Penal, garantiu a inviolabilidade do feto ao tipificar como crime o aborto nos arts. 124 ao 127, excluindo a punibilidade no art, 128 nas situações em que não há outro meio de se salvar a vida da gestante e no caso da gravidez ser fruto de estupro.

Neste sentido temos que “o crime de aborto é um dos maiores afrontes a integridade física do nascituro. Desde que este não seja feito por motivos médicos para salvar a vida da gestante, ou gravidez que resulte de estupro, não será admitido o aborto de forma alguma.” (SILVA; MIRANDA, 2011,p.20).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica de 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678, protege no art. 4º o direito à vida: “1. toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Por fim o Projeto de Lei 478 de 2007 visa à criação do Estatuto do Nascituro. Se for aprovado reconhece a natureza humana do nascituro (art. 3º) e que este goza, por meio de expectativa, dos direitos da personalidade (art. 3º parágrafo único).

O estatuto também proíbe qualquer forma de discriminação ao nascituro em razão de deficiência mental ou probabilidade de sobrevida: art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevida.

Percebe-se que a intenção do legislador brasileiro, a partir dos dispositivos legais mencionados é garantir àquele que ainda não nasceu sua integridade e existência, independente de possuir ou não doença grave.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS ASPECTOS PENAL E CONSTITUCIONAL DA DECISÃO

Na petição redigida por Luís Roberto Barroso (2004, p.10) ao STF, o advogado afirma, no capítulo III, parágrafos 18 e 19, que a ADPF é cabível para analisar como deve ser feita a interpretação dos artigos 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal. Para o referido jurista, a legislação penal constitucional “não se aplica aos

casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado".

O Código Penal vigente, em seu artigo 124, proíbe a gestante de provocar "aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque", determinando, caso esse fato se concretize, pena de detenção, de um a três anos, para a mulher grávida. O artigo 126, por sua vez, pune aquele que auxilia a realizar a interrupção da gestação em outrem, com o consentimento desta, sendo aplicada a pena de reclusão, de um a quatro anos.

Observe-se que no parágrafo único do artigo 126 foi determinado que "aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência". No referido artigo 125, é punida a conduta de "provocar aborto, sem consentimento da gestante", com penalidade de reclusão, de 3 a 10 anos.

No artigo 128 do mesmo diploma legal foram positivadas duas hipóteses para excetuar essas determinações de punição, nas quais, se o aborto for praticado por médico, o fato não será punível. A primeira delas, constante do inciso I, é o chamado "aborto terapêutico", o qual é praticado, *ipsis litteris*, "se não há outro meio de salvar a vida da gestante". A segunda possibilidade, definida no inciso seguinte, cunhada de "aborto sentimental", ocorre "no caso de gravidez resultante de estupro", devendo ser precedido de consentimento da gestante ou, se incapaz, de seu representante legal.

Analisando os dispositivos legais em questão, percebe-se que o legislador intentou oferecer proteção, especialmente, à vida e à incolumidade física, tanto do feto quanto da mãe. No caso desta, pretendeu-se preservar, de igual modo, a saúde psíquica, conforme dizeres do ministro Ricardo Lewandowski (2012, p.4) em seu voto na ADPF em questão. Ressalve-se que, independentemente de qual fosse a sua condição fisiológica, o direito à continuidade de sua existência foi assegurado.

A discussão sobre a possibilidade jurídica da "antecipação terapêutica do parto" não prescinde dessa percepção de qual era a intenção do legislador, no momento da produção do Código Penal de 1940. O direito à vida, protegido inclusive no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é decorrência de inúmeras

lutas históricas contra arbitrariedades governamentais e barbáries de uns cidadãos contra outros.

A mitigação do supracitado direito e também a sua violação decorrem de discriminações feitas dentre os seres humanos, para que seja determinado quem deve ter a prerrogativa de viver. Por óbvio, essa diferenciação acarreta funestas consequências à população. Além da insegurança jurídica, a permissividade em relação às possibilidades de assassínios legalmente permitidos faz com que vidas passem a possuir menor valor, no conceito popular.

Basta que se relembre o Holocausto, promovido em grande monta por estratégias políticas de Adolf Hitler, para que seja mais bem compreendida a gravidade da relativização da vida. Em resumo, o grande fundamento para os homicídios cometidos maciçamente foi, justamente, a alegação de que a raça ariana era superior e que, desse modo, as outras vidas não possuíam valor e sequer poderiam ser consideradas como tal, na acepção completa do termo.

O Código Penal, bem como toda a legislação infraconstitucional vigente, deve ser analisado de forma sistêmica, à luz dos preceitos constitucionais. No artigo 5º da Carta Magna vigente foram instituídos dois direitos fundamentais que se aplicam ao caso em análise, quais sejam, o da vida e o da igualdade, nos seguintes termos: "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 [...]".

O direito à vida, ao qual se refere a Constituição Federal, não pode ser minorado ou relativizado, nem mesmo pelo poder constituinte originário. Como bem discorre Pedro Lenza (2010, p.748), acerca do assunto,

> O **direito à vida**, previsto de forma genérica no art. 5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, privado de vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida **digna**. [...]
>
> Também, entendemos que o *poder constituinte originário* não poderia ampliar as hipóteses de pena de morte (nem mesmo uma nova Constituição) tendo em vista o **princípio da continuidade** e **proibição ao retrocesso**. Isso quer dizer que os direitos fundamentais conquistados não podem retroceder. (grifo nosso)

Em conformidade com o anteriormente explicitado, no Código Civil de 2002 está estatuído que os direitos do nascituro são legalmente postos a salvo desde a concepção, ainda que a personalidade se inicie apenas do nascimento com vida. Se a continuidade da existência lhe é assegurada, inclusive com fundamento no Código Penal vigente, o direito à igualdade também o é, com base nessa disposição civil.

A maioria dos ministros e alguns dos profissionais da área da saúde, em pareceres cujos trechos foram citados anteriormente, alegaram que o feto anencéfalo não deve ser considerado vivo, por não possuir o cérebro ou partes dele, com base no conceito de morte neurológica. Entretanto, os médicos mais prudentes reconheceram as divergências que ocorrem na área da medicina, a qual deve oferecer conhecimentos e estudos científicos que possuem vital importância para a apreciação do caso.

Desse modo, se nem mesmo a ciência médica chegou a um consenso sobre qual é o grau de anencefalia a partir do qual poderia ser considerado que não há vida intrauterina, atribuir ao STF a competência para decidir sobre a possibilidade de permitir que seja dado um fim prematuro à gestação nessa hipótese é um tanto quanto absurdo, sob diversos aspectos, tais quais jurídicos, éticos, científicos e filosóficos. Especialmente porque, de maneira controversa, foi considerado que seria extrapolação de competência caso os ministros especificassem os fatores médicos para a determinação da permissão dessa interrupção da gravidez.

E, se é possível que o nascituro tenha alguma sobrevida, o direito a esta deve ser respeitado e resguardado, legal e judicialmente. Uma vida não pode ser valorada de acordo com a sua duração e deformidades e más-formações congênitas não podem ser consideradas como justificativa legal para que seja cometido o aborto. Cumpre citar, novamente, o brilhante voto do Ministro Ricardo Lewandowski (2012, p. 17), transcrevendo o seguinte trecho:

> Insista-se: sem lei devidamente aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas.

Em determinados casos, concomitantemente à má-formação do tubo neural, há complicações decorrentes da gravidez que podem acarretar riscos à saúde da mãe

e considera-se que, nesses casos, a mãe poderia optar entre sua vida e a de seu filho. Contudo, no início do presente tópico foi demonstrada essa hipótese como excludente de ilicitude.

Ou seja, a alegação de que a anencefalia do feto pode causar danos à saúde da gestante já havia sido contemplada pelo Código Penal. Destarte, a decisão do STF no sentido de generalizar a permissão para o aborto naquele caso, foi descabida, pois que extrapolou a sua competência, legislando e não apenas julgando.

5 COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAMENTO DA MATÉRIA DA ADPF Nº 54

A competência para julgamento de uma ADPF é, indubitavelmente, do Supremo Tribunal Federal. A Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999, em seu artigo 1º, estabelece essa atribuição ao referido Tribunal, para "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público" ou "quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição".

A matéria da apreciação é o fator que desconstitui essa pretensa competência. O principal fundamento para tal afirmação está positivado no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujo texto, *ipsis litteris*, é "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

A Carta Magna vigente no Brasil, portanto, consagra o princípio da separação de poderes, amplamente difundido e aprimorado teoricamente por Montesquieu. Conforme demonstrado no capítulo anterior, ao estabelecerem uma nova possibilidade genérica de "antecipação do parto", os Ministros extrapolaram sua competência, invadindo a esfera de deveres do Poder Legislativo.

Os mecanismos de controle de constitucionalidade deveriam ser utilizados apenas em casos excepcionais. Todavia, tornou-se prática recorrente o uso pelos juristas, artificiosamente, desses meios de defesa da Constituição Federal, para conseguirem decisões com força de lei que substituam as emanações não conseguidas utilizando-se dos processos democráticos de votação e promulgação de normas pelo Poder Legislativo.

O Ministro César Peluso (2007, P. 154), quando em sede da questão de ordem da ADPF nº 54, muito bem explicitou que poderia redundar essa Arguição em uma manobra bem-sucedida de criação de uma excludente de ilicitude, conforme trecho transcrito a seguir:

> Parece-me que não é tudo, porque no fundo se trata - e nisso não há dúvida alguma - de criar, à margem da interpretação das normas de caráter penal, mais uma excludente de ilicitude. E neste ponto gostaria de fazer a seguinte observação: essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já as tem outras e gravíssimas, porque o foro adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais possam ser as diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas. É no Congresso Nacional que se deve debater se a chamada "antecipação do parto", nesse caso, deve ser, ou não, considerada excludente de ilicitude.

Durante seu voto, conforme consta na página de notícias do site do Supremo Tribunal Federal, o Ministro reiterou seu posicionamento, afirmando que:

> Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização legislativa, mediante atos lícitos de pressão. [...] Não temos legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em panaceia que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional. (PELUSO, *apud,* notícias STF, 2012, p. 1)

A gravidade dessa ingerência cometida pelo STF é mais grave do que pode parecer, se feita apenas uma análise superficial. Os membros do Poder Legislativo são eleitos de forma democrática, com o intuito específico de que as decisões de criação e modificação normativas sejam efetuadas por pessoas que possam ser consideradas como representantes da vontade da população.

Como bem explicitou o Ministro Cezar Peluso (*apud,* notícias STF, 2012, p.1) em seu voto, proceder ao fim prematuro da gestação com a eliminação da vida do

nascituro configura crime, “abstraída toda especulação quanto à sua viabilidade futura ou extrauterina”. A sua descaracterização em caráter geral, nas hipóteses de anencefalia fetal, não deve ser aplaudida e sim temida. Adentrando a questão da competência, o Ministro versou que os STF não possui “legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em panaceia que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional”.

A possibilidade de criação de normas por outro Poder, especialmente por um órgão do Judiciário cujos integrantes são indicados ao cargo pelo representante do Poder Executivo, ainda que seja necessária a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, é um retrocesso jurídico, além de representar um risco à real aplicação da verdadeira concepção de “Estado Democrático de Direito”. Esse foi um dos argumentos do Ministro Ricardo Lewandowski (2012, p.13), o qual declarou que:

> Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem. [...]
>
> É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina.

Ainda assim, na Lei 9.882/99 foi estipulado que “a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em argüição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória”, mais especificamente em seu artigo 12. Aparentemente, então, não há como corrigir essa invasão de competência do Poder Judiciário no Legislativo. Não obstante, há uma hipótese de anulação dessa decisão.

No artigo 49 da Constituição da República Federativa do Brasil vigente estão dispostas as competências exclusivas do Congresso Nacional. Em seu inciso XI está elencada como uma das atribuições a de “zelar pela preservação de sua

competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes" (PELUSO, *apud*, notícias STF, 2012, p.1). Se demonstrada, portanto, em termos claros, a invasão de sua competência, o Poder Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, poderá anular a decisão e rediscuti-la, para que os preceitos da democracia sejam respeitados.

CONCLUSÃO

Decidir se tem mais valor a vida de um feto anencéfalo ou a dignidade da pessoa humana da gestante não foi uma tarefa muito fácil oferecida aos egrégios Ministros do Supremo Tribunal Federal. Estes sofreram pressões dos grupos defensores de cada uma das diversas ideologias interessadas na decisão.

Basicamente, fazendo-se uma apreciação bastante simplória, formaram-se dois grupos: de um lado, as feministas e os pró-feministas, alegando que a dignidade da pessoa humana da mulher grávida deveria ser respeitada e que ela teria direito a decidir se realizaria a "antecipação terapêutica do parto". De outro, os religiosos, defendendo a crença de que o aborto é crime "aos olhos de Deus" e que o feto anencéfalo teria direito a nascer.

Porém, os embates ideológicos eram muito mais profundos. O direito à vida e os proteção ao nascituro são amplamente resguardados pela legislação brasileira e estes estão em vias de serem ampliados, caso seja aprovado o Estatuto do Nascituro. Alguns dos Ministros afirmaram que a mãe seria um "caixão ambulante", já que o feto não deveria ser considerado sequer como um ser vivo.

Com a devida vênia, precipitaram-se os que isso afirmaram, já que nem a os profissionais da área médica conseguem definir com precisão qual o grau de anencefalia que faria com que o nascituro pudesse ser considerado morto. O que ocorreu foi, claramente, uma manobra jurídica e hermenêutica para desconfigurar o crime previsto no artigo 124 e seguintes do Código Penal vigente.

Se os juristas creem ser possível determinar valores às vidas, considerando o intervalo de tempo no qual perdurará ou as condições de formação nas quais foi gerada, não tardará a serem expedidas decisões decretando que a mãe poderá decidir se deseja ou não ter um filho com alguma outra má-formação congênita.

O fato é que a maior discussão não deveria ter sido acerca dos princípios da vida, liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Desviou-se o foco dos debates para os dois polos ideológicos supracitados e pouco se falou acerca da flagrante extrapolação de competência cometida.

Diversas arbitrariedades foram cometidas ao longo da história, com a utilização de recursos semelhantes. Essa decisão abre precedentes para que a legalização do aborto ocorra paulatinamente, por vias exteriores às legislativas e para que outras afrontas ao sistema jurídico brasileiro sejam levadas a termo.

LEGALITY OF THE DECISION OF THE SUPREME ON ADFP Nº54

ABSTRACT:

The scope of this work is to perform an analysis on the legality of the Allegation of Disobedience of Fundamental Precept nº54. This judged was responsible for remove the punishability from the anticipation of delivery of an anencephalic fetus. The great problem of the subject is broader than the vote itself, which demonstrates clear affront to the principles defended by the 1988 Federal Constitution and laws infra. The article defends that the decision about the ADPF 54 should be analyzed as a case of blatant extrapolation of jurisdiction by the Supreme Court, since there remains configured not simple interpretation of the law. For both used the literature, with analysis of articles, books, periodicals and legislation, combined with the method of systemic analysis, to demonstrate the inconsistencies of some of argumentative ministers STF. Research is currently being finalized and, so far, analysis of the data confirmed initial ideas, namely, that the Supreme Federal Court has invaded the jurisdiction of the Legislature and is dissonant values legally protected in Brazil.

KEYS WORDS: ADFP Nº54. Anticipating the birth of an anencephalic fetus. Jurisdiction of the supreme federal court.

REFERÊNCIAS

ADPF-QO 54, **Rel. Min. Marco Aurélio**, DJ de 31.08.2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Peticição inicial ADPF nº54**. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/index.php?title=Imagem:ADPF_54_Peti%C3%A7%C3%A3o_Inicial.pdf&redirect=no> Acesso em: 19. ago. 2012.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **Do aborto de fetos anencéfalos e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54: a reflexão continua! Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3220, 25 abr. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21612>. Acesso em: 19 ago. 2012.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário básico jurídico**. 2.ed. Campinas: Russel Editores, 2007.

HOSSNE, William Saad. **Aborto e ética. Disponível em** <http://drauziovarella.com.br/saude-da-mulher/gravidez/abortamento-e-etica/> Acesso em 09 de ago. de 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Notícias STF. Ministro Cezar Peluso julga improcedente a ADPF 54. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204881>. Acesso em: 18 de setembro de 2012.

PENNA, Maria Lúcia Fernandes. **Anencefalia e morte cerebral (neurológica)**. *Physis* [online]. 2005, vol.15, n.1, pp. 95-106. ISSN 0103-7331. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312005000100006&script=sci_arttext >. Acesso em 10 de ago. de 2012.

SILVA, Juliana Simão da. MIRANDA, Fernando Silveira de Melo Plentz. **Dos direitos do nascituro.** Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 2 – nº 1 – 2011. Disponível em <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/JVFVVRYDXGQW.pdf> Acesso em 10 de ago. de 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, 1: lei de introdução e parte geral**. 5.ed. Rio de Janeiro: Método, 2009. Col. Direito civil.

TONOCCHI, Mario. **Aborto: Congresso pode reverter decisão**. Disponível em: <http://www.dcomercio.com.br/index.php/politica/sub-menu-politica/86292-aborto-congresso-pode-reverter-decisao>. Acesso em 10 de ago. 2012.

Transcrição da audiência pública realizada em 26.08.2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de ago. de 2012.

Transcrição da audiência pública realizada em 28.08.2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de ago. de 2012.

Transcrição do voto do Min. Marco Aurélio da ADPF 54. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de agosto de 2012.

Transcrição do voto do Min. Ricardo Lewandowski da ADPF 54. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de agosto de 2012.