



**Revista Processus de Estudos de  
Gestão, Jurídicos e Financeiros**

**ISSN:** 2237-2342 (impresso)

**L-ISSN:** 2178-2008 (on-line)

**Ano X, Vol. X, n.39, jul./dez., 2019.**

**Tramitação editorial:**

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 03/10/2019.

Data de publicação: 01/11/2019.

**Editor-chefe:** Jonas Rodrigo  
Gonçalves

**DIREITO À VIDA E ABORTO: ANÁLISE DA ADPF 54<sup>1</sup>**

*RIGHT TO LIFE AND ABORTION: ADPF 54 ANALYSIS*

*Otho Cezar Miranda de Carvalho<sup>2</sup>*

*Danilo da Costa<sup>3</sup>*

*Jonas Rodrigo Gonçalves<sup>4</sup>*

**Resumo**

O tema deste artigo é sobre o alcance da legalidade da interrupção da gravidez, na visão do Judiciário brasileiro, tomando por base o julgamento da ADPF 54 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), pelo Superior Tribunal Federal – STF, em 2012. Investigou-se o seguinte problema: o julgamento da ADPF 54 é um precedente judicial cujos fundamentos, que sustentaram a decisão, seriam aplicáveis

<sup>1</sup> Este artigo contou com a revisão linguística de Maria Clara Martins Chastinet de Carvalho, Licenciada em Letras, Português, modalidade Português-Literatura), professora de Português e Inglês.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Faculdade Processus; Graduado em Engenharia Elétrica, modalidade eletrônica; Especialista em Gestão Avançada de Negócios, *Asset Management*, Auditoria e Administração.

<sup>3</sup> Mestrando em Educação pela Universidade Católica de Brasília, Especialista em Direito constitucional e Processo constitucional; Direito do Trabalho e Processo Trabalhista e Direito Administrativo. Licenciado em Geografia pela Universidade Anhanguera. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9522717317530051>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1849-4945>. E-mail: [educadordanilocosta@gmail.com](mailto:educadordanilocosta@gmail.com)

<sup>4</sup> Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política; Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Didática do Ensino Superior em EAD, Docência no Ensino Superior, Formação em EAD, Revisão de Texto, Agronegócio e Gestão Ambiental. Professor das faculdades Processus, Unip, Fasesa, CNA. Escritor (autor de 61 livros didáticos). Revisor. Editor.

a novos questionamentos sobre a constitucionalidade da antecipação terapêutica da gravidez envolvendo fetos que apresentem outras anomalias além da anencefalia? Cogitou-se a seguinte hipótese: os fundamentos que sustentaram a decisão da ADPF 54 devem ser entendidos de maneira extensiva, portanto, são aplicáveis a casos de gravidez de fetos com outras anomalias além da anencefalia, portanto, o julgado é um precedente judicial. O objetivo geral é analisar o resultado do julgamento da ADPF 54 pelo STF e como ele poderá influenciar novas arguições de constitucionalidade da interrupção da gravidez de fetos com outras anomalias. Os objetivos específicos são: analisar os votos dos ministros do STF no julgamento da ADPF 54 e identificar os fundamentos utilizados; pesquisar e analisar as alterações das normas legais sobre o aborto na história do Brasil. Este trabalho é importante em uma perspectiva individual porque o tema tem forte impacto social, em especial para as camadas mais pobres da sociedade; para a ciência, é relevante discutir o tema de forma mais abrangente, laica e racional; e a pesquisa agrega à sociedade pois remete à proteção do processo de criação e desenvolvimento da vida humana, um tema sagrado a todos, não importa se o fundamento que sustenta o pensamento individual é inerente a qualquer ser racional ou se emana da vontade suprema de um ser superior. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

**Palavras-chave:** ADPF 54. Vida. Aborto. Gravidez. Anencefalia.

### **Abstract**

*This article is about the extension of legality of pregnancy interruption, under the perspective of the Brazilian Justice, based on the judgment of ADPF 54 (Allegation of Disobedience of Fundamental Precept – an instrument of concentrated constitutional control), by the Federal Supreme Court - STF, in 2012. We investigated following problem: is the ADPF 54 judgement a judicial precedent whose principles, which supported the decision, would apply to new questions about the constitutionality of therapeutic anticipation of pregnancy involving fetuses with anomalies other than anencephaly? The following hypothesis was considered: the grounds that supported the ADPF 54 decision must be understood at length, and therefore apply to cases of pregnancy of fetuses with anomalies other than anencephaly, so the judgment is a judicial precedent. The general objective is to assess the judgment of ADPF 54 by the Supreme Court and analyze how it can influence further arguments of constitutionality of termination of fetal pregnancy with other anomalies. The specific objectives are: to analyze the votes of the STF ministers at the ADPF 54 judgment and to identify the grounds used; research and analyze changes in legal norms on abortion in Brazilian history. This work is important from an individual perspective because the theme has a strong social impact, especially for the poorest sections of society; For science, it is relevant to discuss the topic more comprehensively, securely and rationally; and adds to society because it is about the protection of the process of creation and development of human life, a sacred theme to all, regardless of whether the foundation that underpins individual thinking is inherent in any rational being or emanates from the supreme will of a supreme being. This is a theoretical qualitative research lasting six months.*

**Keywords:** ADPF 54. Life. Abortion. Pregnancy. Anencephaly.

### **Resumen**

*El tema de este artículo es sobre el alcance de la legalidad de la interrupción del embarazo, en opinión del poder judicial brasileño, basado en la sentencia ADPF 54 (Argumento de incumplimiento del precepto fundamental), por el Tribunal Supremo Federal - STF, en 2012. Investigado: si el siguiente problema: ¿es la sentencia ADPF 54 un precedente judicial cuyos fundamentos, que respaldaron la decisión, se aplicarían a nuevas preguntas sobre la constitucionalidad de la anticipación terapéutica del embarazo que involucra fetos con anomalías distintas a la anencefalia? Se consideró la siguiente hipótesis: los fundamentos que respaldaron la decisión ADPF 54 deben entenderse extensamente y, por lo tanto, aplicarse a los casos de embarazo de fetos con anomalías distintas a la anencefalia, por lo que la sentencia es un precedente judicial. El objetivo general es analizar el resultado del juicio del STF sobre ADPF 54 y cómo puede influir en otros argumentos constitucionales para la interrupción del embarazo fetal con otras anomalías. Los objetivos específicos son: analizar los votos de los ministros del STF en la sentencia ADPF 54 e identificar los motivos utilizados; investigar y analizar cambios en las normas legales sobre el aborto en la historia brasileña. Este trabajo es importante desde una perspectiva individual porque el tema tiene un fuerte impacto social, especialmente para los sectores más pobres de la sociedad; Para la ciencia, es relevante discutir el tema de manera más integral, segura y racional; y la investigación se suma a la sociedad porque se refiere a la protección del proceso de creación y desarrollo de la vida humana, un tema sagrado para todos, independientemente de si el fundamento que sustenta el pensamiento individual es inherente a cualquier ser racional o emana de la voluntad suprema de un ser humano. ser superior Esta es una investigación cualitativa teórica que dura seis meses.*

**Palabras-clave:** ADPF 54. La vida. Aborto Embarazo Anencefalia.

## **Introdução**

O Supremo Tribunal Federal – STF decidiu, em 2012, que a interrupção da gravidez de fetos que tenham diagnóstico de anencefalia não constitui crime, o que, até então era conduta tipificada no Código Penal, tanto para a gestante como para os profissionais que contribuíssem para a prática.

O debate sobre a legalidade do aborto é um tema sensível em todo o mundo. Mesmo em países em que a prática é legal a discussão coloca em lados distintos os grupos pró e contra o aborto. Estes, representados, em sua maioria, por grupos religiosos diversos; aqueles, por defensores dos direitos da mulher (DINIZ, 1998, p. 125; BUSATO, 2005, p. 577; SARMENTO, 2005, p. 43).

No âmbito jurídico da discussão, entretanto, em um Estado laico, a questão se resume ao conflito aparente entre direitos fundamentais, a saber: de um lado a Carta Magna protege o direito à dignidade da gestante, sua saúde física e mental e liberdade reprodutiva e sexual; de outro, o direito à vida do nascituro (ARAÚJO, 2018, p. 521).

O julgamento da ADPF 54 foi um marco na história da Corte Suprema, pois poucos temas podem ser considerados tão controversos e cujos resultados são de interesse e afetam tantas pessoas na sociedade. E, por essa razão, a decisão do STF não encerra o debate. Ao contrário, há movimentos diversos de representantes de ambos os lados da questão.

Este artigo se propõe a responder o seguinte problema, que surgiu após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em 2012, sobre a interrupção da gravidez de fetos diagnosticados com anencefalia: “o julgamento da ADPF 54 é um precedente judicial cujos fundamentos que sustentaram a decisão seriam aplicáveis

a novos questionamentos sobre a legalidade da interrupção da gravidez envolvendo fetos que apresentem outras anomalias além da anencefalia?”. A questão central a ser respondida é se, na ocorrência de outras anomalias graves, além da anencefalia, seriam aplicáveis os mesmos fundamentos utilizados na ADPF 54.

O diagnóstico de anencefalia indica, de acordo com o entendimento jurisprudencial e doutrinário, a ausência de atividade cerebral, o que significa, em última análise, a incompatibilidade com a vida, portanto, não há bem jurídico a ser protegido e a interrupção da gravidez não tem tipicidade penal (BUSATO, 2005, p. 29).

Esse foi o entendimento majoritário do STF, que culminou pela decisão de atipicidade penal da conduta. Os fundamentos que sustentaram a decisão da ADPF 54 devem, então, ser entendidos de maneira extensiva e, dessa forma, ser aplicados em casos de interrupção da gravidez de fetos com outras anomalias além da anencefalia? Se a resposta for positiva, o julgado da Corte Suprema poderia fundamentar a aplicação do mesmo fundamento em situações similares.

Em suma, na hipótese de o feto ser acometido de anomalias diversas com gravidade e outras características similares à anencefalia, os mesmos argumentos utilizados pelos ministros do Supremo para sustentar suas decisões também seriam válidos?

O objetivo geral deste trabalho é verificar se o resultado do julgamento da ADPF 54, pelo STF, constitui precedente judicial que poderá influenciar novas arguições de constitucionalidade da prática em situações similares.

Se o julgamento da ADPF 54 é um precedente, é provável que a exceção de ilicitude da interrupção da gravidez de outros casos seja questionada futuramente utilizando-se dos mesmos fundamentos.

Os objetivos específicos são: analisar os votos dos ministros do STF no julgamento da ADPF 54 e identificar os fundamentos utilizados; e pesquisar e analisar as alterações das normas legais sobre o aborto na história do Brasil.

Para sustentar as conclusões da pesquisa, é importante analisar os votos de cada ministro, entender o racional utilizado pelos julgadores individualmente, extraindo-se dos votos os principais fundamentos. De igual forma, é importante analisar as modificações da penalização do aborto no País, a fim de se contextualizar as decisões, via Legislativo ou Judiciário.

Este trabalho é importante em uma perspectiva individual porque, por um lado, trata da proteção do processo de criação e desenvolvimento da vida humana, um tema sagrado, não importa se o fundamento que sustenta o pensamento individual é inerente a qualquer ser racional ou se emana da vontade suprema de um ser superior, e, por outro, afeta um sem número de pessoas, em especial as que pertencem a famílias carentes, as mais afetadas pela restrição de acesso à saúde no Brasil.

Para a ciência, é relevante discutir o tema de forma mais abrangente, laica e racional, levando em conta o arcabouço legal, com destaque para os princípios constitucionais e a filosofia jurídica.

A pesquisa agrega para a sociedade pelo fato de não se poder ignorar o direito da mulher à liberdade reprodutiva e, caso a gravidez prossiga, a ter condições dignas para trazer à vida um ser humano que apresentará sérias deficiências e exigirá cuidados especiais para ser criado de forma adequada às suas necessidades, tema que, no Brasil, reveste-se de importância especial, dado o abismo de diferenças sociais entre ricos e pobres e a precariedade do atendimento prestado pelo sistema público de saúde, o que amplifica as sequelas para a população mais carente. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

O presente artigo é resultado de uma pesquisa que contemplou o estudo prévio do tema central e assuntos correlatos e desenvolvimento de um projeto de pesquisa, com duração de um semestre, e mais dois semestres para análise dos temas, conclusões e produção do artigo. A revisão da literatura contemplou o estudo de livros e artigos científicos sobre direito constitucional e penal e filosofia jurídica, produzidos por mestres ou doutores, além da leitura e análise de decisões de Tribunais Superiores sobre o tema central.

A pesquisa desenvolvida é qualitativa teórica, com abordagem científica hipotético-dedutiva, em que são formuladas conjecturas ou hipóteses, cujas consequências devem ser testadas, a fim de serem confirmadas ou falseadas (MATIAS-PEREIRA, 2016, p. 48).

### **Direito à vida e aborto: análise da ADPF 54**

O direito da mulher de interromper uma gravidez, mesmo quando legalmente admissível, divide opiniões na sociedade e desencadeia discussões apaixonadas entre os grupos favoráveis e contrários, não raro com hostilidades de parte a parte, devido, essencialmente, ao confronto de diferentes convicções sustentadas em conceitos doutrinários, morais ou religiosos radicais, o que torna extremamente difícil o diálogo em busca de uma solução de consenso (DWORKIN, 2003, p. VIII).

Acredita-se, no entanto, que é perfeitamente possível que um grupo contrário ao aborto aceite conviver com a ideia de que a decisão de interromper uma gravidez, ao menos dentro de certas condições, fique a critério da gestante (DWORKIN, 2003, p. 17-18).

Essa não é uma ideia inédita em sua substância. Em 1940, o Código Penal Brasileiro, já incluiu exceções ao ato criminoso, excludentes de punibilidade no texto legal, quando a vida da gestante corre risco (aborto necessário) ou se a gravidez é fruto de um estupro (Art. 127, incisos I e II, do Código Penal), excludentes que não eram previstas na legislação vigente até então.

No entanto, a criminalização do aborto remonta à época do Império, embora com alterações significativas com o passar do tempo. A primeira lei penal nacional, denominada Código Criminal do Império do Brasil, sancionada em 1830, punia o agente que praticasse o aborto com pena de prisão de um a cinco anos, sendo dobrada se o ato ocorresse sem o consentimento da gestante. A norma também punia quem fornecesse drogas com o objetivo de cometer aborto, sujeitando o agente à pena de prisão de dois a seis anos, e ao dobro da pena se ele fosse médico, boticário, cirurgião ou exercesse profissões equivalentes. É interessante notar que a lei não previa punição para a gestante (Arts. 199 e 200, do Código Criminal do Império do Brasil, de 1830).

Na norma de 1830, o aborto era tratado na mesma seção do crime de infanticídio, o que levar a supor que o entendimento do legislador era que o feto, independentemente do estágio em que se encontrava a gestação, era equivalente a uma pessoa nascida com vida, embora a pena máxima cominada para este crime fosse maior que aquele.

Outra previsão digna de nota era a de uma pena máxima cominada menor que a da prática do aborto (por terceiro, mas consentido pela gestante) no caso de crime de infanticídio praticado pela própria mãe contra o recém-nascido “para ocultar a sua deshonra” (três anos neste contra cinco anos naquele). Para efeitos de comparação, se um terceiro matasse um recém-nascido, ou se a própria mãe o matasse por outro motivação que não “ocultar a sua deshonra”, a pena máxima cominada seria quatro vezes superior (12 anos). (Arts. 197 e 198, do Código Criminal do Império do Brasil,

de 1830).

Pode-se inferir, a partir dessas informações, a valoração moral da sociedade, que o legislador fez registrar no Código Criminal, tipificando de forma mais branda o crime de infanticídio cometido pela mãe quando, pressupõe-se, o fruto da concepção é resultado de uma relação adúltera ou de uma mulher solteira. Nessa linha de raciocínio, apesar de certa influência das ideias iluministas, disseminadas e já consolidadas na Europa e Estados Unidos, o Código Criminal do Império do Brasil sofreu forte influência da cultura colonial, elitista e escravagista, o que fez o legislador manter a previsão de penas duras, cruéis e de crimes imprescritíveis, em especial para os escravos e os menos afortunados (MARTINELLI, 2018, p. 81).

O Código Criminal do Império viveu por 60 anos. Com a Proclamação da República do Brasil, adveio a revisão do Código Criminal do Império, concluída em pouco mais de três meses e sem debate amplo com juristas e no parlamento. Assim, em 11 de outubro de 1890, o então Presidente, Deodoro da Fonseca, editou o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil – Decreto 847/1890.

Nessa nova codificação revisada, o crime de aborto foi descrito em capítulo próprio, separando-se, também em capítulo próprio, o crime de infanticídio. Todavia, foi mantido no mesmo Título “Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida”, com previsão mais específica para os atos, autores e penas cominadas, inclusive com a criminalização da prática pela gestante (Arts. 300 a 302, do Código Penal de 1890).

O projeto do Código Penal de 1890 surgiu como uma simples revisão do Código Criminal do Império, como já comentado, todavia, apresentou avanços significativos, como a extinção da pena de morte, de penas cruéis e da prisão perpétua – limitando as prisões ao máximo de 30 anos, o que vige até hoje – e a universalização das penas, entre outros. Entretanto, o Código revisto não deixou de sofrer críticas severas por juristas e autoridades por não prever o combate a crimes considerados graves, sobretudo pelos representantes mais influentes das elites dominantes. Em função disso, sofreu diversas alterações, por meio de leis ordinárias, durante sua vigência (MARTINELLI, 2018, p. 82-83).

Após inúmeras tentativas frustradas de edição de um novo Código Penal, fulminadas pelas críticas de renomados juristas ou devido ao conturbado período político do País, foi editado o Decreto 2.848/1940, pelo presidente Getúlio Vargas, que se constituiu no Código Penal. Editado em 7 de dezembro de 1940, o novo Código Penal Brasileiro entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942 e, apesar de ter sofrido diversas alterações, está vigente até os dias atuais (Código Penal, de 1940).

O Código Penal Brasileiro inseriu, na Parte Especial, o crime de aborto no Capítulo I (Dos crimes contra a vida), do Título I (Dos crimes contra a pessoa), penalizando o ato praticado pela própria gestante ou por outra pessoa com seu consentimento (Art. 124, com pena de detenção, de um a três anos), por outra pessoa sem o consentimento da gestante (Art. 125, com pena de reclusão, de três a dez anos), por outra pessoa com o consentimento da gestante (Art. 126, com pena de reclusão, de um a quatro anos). As penas previstas nos artigos 124 e 125 são acrescidas de um terço se, em decorrência do aborto, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave, ou duplicadas, se a gestante falecer (Art. 127).

O Código Penal previu excludentes de punibilidade, como já mencionado anteriormente, para os casos de interrupção terapêutica da gravidez e se decorrente de estupro. A doutrina entende que tais exceções são excludentes de ilicitude, divergindo do que é expresso no texto legal.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha recepcionado o Código Penal de 1.940 e suas alterações, instituiu direitos e garantias individuais, em especial sobre

direitos humanos, que sustentaram decisões judiciais sobre a descriminalização do aborto, como a ADPF 54.

A ADPF 54 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, em 2004, com o pedido de que não fosse considerado crime, a interrupção terapêutica da gravidez de fetos portadores de anencefalia. A relatoria foi do Min. Marco Aurélio. Os principais argumentos que sustentaram o pedido foram que a gravidez nesses casos representa riscos à saúde física da mulher e uma ofensa à sua dignidade humana, pois sabe-se que o feto não sobreviverá (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 2).

A anencefalia é uma anomalia fetal que consiste em um defeito no fechamento do tubo neural, na definição do *National Institute of Neurological Disorders and Stroke*, citado pelo Ministro Luiz Fux. Como consequência, os bebês portadores do distúrbio nascem sem a parte anterior do cérebro, responsável pela coordenação motora e pelo pensamento. A parte do cérebro que resta normalmente fica exposta, não sendo coberta por ossos ou pele. Em decorrência, quando a criança nasce com vida é geralmente cega, surda, inconsciente e incapaz de sentir dor. E, apesar de, em alguns raros casos, o bebê nascer com suas funções biológicas que o permitem respirar e seu coração bater, a falta de parte importante do cérebro elimina a possibilidade de ter consciência (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 157-158).

O pedido da CNTS é de interpretação conforme a Constituição, sem redução do texto legal, dos Arts. 124, 126, caput, e 128, incisos I e II, do Código Penal, sob o argumento de que é inconstitucional o enquadramento como crime de aborto da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 92).

A inicial cita Nelson Hungria, segundo o qual, para se caracterizar o crime de aborto, o feto expulso deve ser “um produto fisiológico, não patológico”, ou seja, é fato atípico se a interrupção da gravidez tem como objetivo extrair um feto que não tem possibilidade de viver de forma autônoma (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 3).

O processo foi submetido a audiência pública, da qual participaram diversas entidades representativas de segmentos religiosos, sociais e científicos, que ocorreram nos dias 26 e 28 de agosto de 2008 e 4 e 16 do mês seguinte (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 19).

A Advocacia Geral da União manifestou-se favoravelmente ao pedido da CNTS, dizendo ser um direito legítimo da gestante decidir pela continuidade ou não da gravidez nesse caso (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 29).

Também opinou de forma aderente ao pedido da CNTS a Procuradoria-Geral da República, destacando a segurança do diagnóstico precoce da anomalia e sua incompatibilidade com a vida extrauterina, a garantia constitucional à gestante do direito à liberdade, à privacidade, à autonomia reprodutiva e à saúde (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 29).

Em seu voto, o Ministro Relator reconheceu o confronto de legítimos interesses, de um lado, da mulher gestante que deseja ter sua dignidade respeitada e, de outro, da sociedade desejosa de proteger a vida, em desenvolvimento ou já consumada, mas concluiu que há apenas conflito aparente entre direitos fundamentais (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 33).

Na sequência, o Ministro Relator sustenta seu voto favorável à não tipificação penal da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, prevalecendo, em seu

entender, na ponderação entre direitos fundamentais, o da dignidade humana, da autonomia e liberdade de escolha e direitos reprodutivos da mulher, em detrimento do pretense direito à vida do feto, enumerando os fundamentos que do voto, a saber: a laicidade do Estado, a certeza do diagnóstico da anomalia e da incompatibilidade da vida extrauterina do feto dela acometido, a impossibilidade e inconstitucionalidade da continuidade da gravidez apenas para doação dos órgãos do feto, e, finalmente, não há de se falar em direito à vida do feto anencéfalo pois seria ele um natimorto cerebral, portanto, não é, nem será, titular de direito à vida (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 34-38).

A Ministra Rosa Weber votou pela atipicidade do fato, baseado no pressuposto de que o feto não tem atividade cerebral, tampouco potencial para ter vida social. A ministra sustentou que a proteção jurídica, ou não, do feto portador de anencefalia deve ser baseado em critérios jurídicos, não exclusivamente de critérios estabelecidos pela Medicina; que o argumento da vontade do legislador, de não ter incluído o fato sob comento como excludente de ilicitude, não procede, haja vista a incapacidade tecnológica de diagnosticar a anomalia à época; e, finalmente, que, no caso sob julgamento, devem prevalecer os direitos fundamentais da gestante, em especial porque há dúvidas sobre o direito à proteção do feto anencéfalo (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 94-135).

A Ministra conclui que os exemplos de mães que se declaram felizes com a opção de levar a termo as gestações de fetos anencéfalos decorrem de suas escolhas morais e da garantia que elas seriam respeitadas, tornando possível que buscassem dar a luz a seus filhos e lhes dedicassem amor e carinho, ou seja, mesmo sob esse enfoque, o que está em discussão não é o direito do feto, mas da gestante de fazer suas escolhas com base em seus valores (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 135).

Em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa cita a atipicidade da conduta, sob o argumento de que não há viabilidade de vida do feto anencéfalo, o fato de a Lei Penal tutelar os direitos do feto que pode ser considerado biológica e juridicamente vivo, e o despropósito que seria confirmar o direito da mulher ao aborto sentimental e impedir a interrupção da gravidez em “casos de má-formação fetal gravíssima, como a anencefalia”, quando o conflito de direitos é apenas aparente (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 147-153).

Em seguida, o Ministro Luiz Fux votou favoravelmente à interpretação da conduta conforme a Constituição, discorrendo sobre a previsão legal do aborto sentimental, que visa a proteger a integridade física e mental da mulher em detrimento da continuidade da formação da vida intrauterina, portanto, há de se considerar que, o legislador à época teria permitido também o aborto no caso da anencefalia, baseado no princípio da proporcionalidade, se a tecnologia permitisse sua identificação prematura. Finaliza dizendo que as penas privativas de liberdade devem ser reservadas às situações extremas, ou seja, quando não resta outra alternativa eficaz para proteger o bem jurídico (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 155-171).

A Ministra Cármen Lúcia, aderindo ao voto do relator, pela procedência da arguição, fundamentou seu voto no princípio constitucional da dignidade da vida e direito à saúde, mas destacou o direito à dignidade da vida (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 172-236).

O Ministro Ricardo Lewandowski foi o primeiro voto discordante do relator, contrário ao que propõe a ADPF 54, amparado, basicamente, no entendimento de que não caberia ao STF atua como legislador positivo, seara exclusiva do Poder



Legislativo. Entendeu o Ministro que se assim o quisesse, o legislador teria expressamente previsto excludente de ilicitude para o caso sob debate (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 237-252).

O Ministro Ayres Brito contrapõe os argumentos do Ministro Levandoswki sobre a incompetência do STF para julgar o caso, e conclui com voto favorável, alinhando-se ao voto do relator, pela atipicidade da conduta, por ter o feto anencéfalo incompatibilidade com a vida (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 254-266).

O Ministro Gilmar Mendes, manifestando-se pela procedência da APDF, entendeu que o fato é típico, mas considera-o um excludente de antijuridicidade, consistente com a vontade do legislador que assim tratou as hipóteses de aborto necessário e humanitário, acrescentando, entretanto, que o Ministério da Saúde deve obrigatoriamente regular os procedimentos para reconhecimento da anencefalia, devendo a anomalia ser diagnosticada, enquanto tal recomendação não fosse implementada, por no mínimo dois laudos, produzidos por médicos distintos, e baseados em técnicas atuais e seguras (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 267-309).

O Ministro Celso de Mello também votou favoravelmente à ADPF, sob o argumento de que, não havendo atividade cerebral não há de se falar em vida e, se não há vida, não há vida a ser tutelada, não se justifica a restrição aos direitos fundamentais da gestante, e, acrescentando, que, se à época da edição da lei penal houvesse testes seguros para se detectar a anomalia, certamente o legislador o teria incluindo entre os excludentes de ilicitude. O Ministro discorre longamente sobre as diversas teses sobre o início da vida, sob os pontos de vista filosófico, religioso e científico, e aí incluindo diversos tratados e declarações de organismos internacionais que não fazem referência a quando se dá o início da vida (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 313-365)

O voto do Ministro Cezar Peluso, Presidente do STF à época, foi o segundo discordante, contrário à procedência da ADPF, sob o argumento de que o feto anencéfalo é um ser vivo, pois apresenta capacidade de movimento autogênico, que seria decorrente do processo contínuo do desenvolvimento da vida, portanto, a conduta seria típica e antijurídica, como prevista no Código Penal. Acrescenta, ainda, a dificuldade de se ter um diagnóstico preciso do grau de acometimento da anomalia e relativiza o sofrimento psíquico da gestante de um feto anencéfalo ao afirmar que é elemento inerente ao ser humano. Conclui com a afirmação de que os meios de diagnóstico da anomalia já estavam presentes à época da reforma do Código Penal, em 1984, de modo que, se o legislador assim quisesse, teria incluído nova excludente de ilicitude na legislação penal (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 375-415).

O Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido de votar. A decisão final foi declarada da seguinte forma: por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal declarou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal, contra os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, também julgando-a procedente, mas com o acréscimo da necessidade de diagnóstico de anencefalia; e inteiramente contra, os votos dos Ministros Ricardo Levandowski e Cezar Peluso (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 433)

Importante destacar o esclarecimento do ministro relator, no que foi

acompanhado pelos demais integrantes do Tribunal, de que não se estava julgando a descriminalização do aborto, mas tão somente a interpretação conforme a constituição da conduta como excludente de ilicitude (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 33)

Os principais fundamentos utilizados para sustentar os votos dos ministros foram: a existência ou não de vida do feto portador da anomalia ou a potencialidade de vida autônoma extrauterina; a certeza quanto ao diagnóstico da abnormalidade; a atipicidade ou a antijuridicidade da conduta; os direitos da mulher à dignidade humana, à saúde, à liberdade de escolha e reprodutivos; e a legitimidade do STF para julgar.

Quanto ao feto anencéfalo possuir ou não vida intrauterina, quatro ministros sustentaram que sim (Luiz Fux, Lewandowski, Peluso e Joaquim Barbosa, embora este último reconheça apenas a existência de vida biológica, não jurídicos); outros cinco sustentaram que não (Marco Aurélio, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ayres Brito e Celso de Mello); e um apenas não a discute (Gilmar Mendes). E, no que se refere à potencialidade de vida extrauterina do feto anencéfalo, seis ministros não a admitem (Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ayres Brito e Celso de Mello), três a admitem (Fux, Gilmar Mendes e Peluso) e um não a discute (Lewandowski).

Não há consenso entre a doutrina sobre a importância do debate de quando ocorre o início da vida humana, o que é, em última análise, sobre o que os ministros se posicionaram nesse ponto. Parte da doutrina entende que o debate sobre o início da vida é uma questão crucial a ser enfrentada para se encontrar uma solução consensual sobre o direito ao aborto em geral (SANDEL, 2009, p. 269-271). Mas outros entendem que a discussão é irrelevante para se decidir sobre o aborto e que seria inócua, dado que nem a Ciência chegou a um consenso sobre quando se dá o início da vida humana (DWORKIN, 2003, p. 28-32).

Ao analisarem se as técnicas e procedimentos médicos atuais para o diagnóstico da anencefalia produzem resultados confiáveis, quatro ministros concluíram pela certeza dos diagnósticos (Marco Aurélio, Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello), cinco não discutem diretamente a questão (Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Lewandowski e Ayres Brito).

A posição dos ministros sobre a atipicidade ou não da conduta reveste-se de fundamental importância, pois, caso o fato seja atípico, não há razão para haver ponderação com os direitos fundamentais da mulher. Mas se o fato é típico, mas constitui excludente de antijuridicidade, há a necessidade de haver um juízo de ponderação com os direitos da mulher.

Dos votos apresentados, seis votam pela atipicidade da conduta (Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ayres Brito e Celso de Mello) e quatro pela atipicidade (Fux, Lewandowski, Gilmar Mendes e Peluso). Destes, dois entendem que, apesar de típica, a conduta caracteriza excludente de antijuridicidade (Fux e Gilmar Mendes) e os dois restantes, que a conduta é típica, antijurídica e culpável (Lewandowski e Peluso).

Os direitos da mulher à dignidade humana, à saúde, à liberdade de escolha e reprodutivos foram objeto de análise, direta ou indireta, nos votos de todos os ministros. No geral, houve reconhecimento de que a gravidez de um feto anencéfalo traz sofrimento e angústia à gestante, o que foi utilizado como fundamento nos votos de sete ministros (Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Celso de Mello).

Ao reconhecerem os direitos da gestante nessa situação, os ministros usaram

juízo de ponderação de direitos fundamentais, técnica utilizada quando há aparente conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais (MORAES, 2018, p. 30).

Quanto à legitimidade do STF para julgar a ação, apenas o Ministro Lewandowski se manifestou expressa e definitivamente pela incompetência do STF para julgar o caso, sendo essa sua razão de decidir. Entendeu o ministro que cabe ao STF agir exclusivamente como legislador negativo. O Ministro Peluso também se manifesta sobre tal fundamento, mas não foi sua razão de decidir. Os demais ministros que votaram entenderam de forma diversa, embora o Ministro Gilmar Mendes tenha feito considerações sobre a necessidade de estabelecer limites a essa atuação do STF.

A manifestação amplamente favorável dos ministros sobre a legitimidade do STF para julgar o tema reflete o protagonismo crescente da Corte Suprema, notadamente a partir da primeira década deste século, em diversas áreas, mas, sobretudo, em temas relacionados aos valores estabelecidos na Constituição de 1988 e nas grandes transformações sociais sobre direitos fundamentais, em especial na defesa de minorias (CAMPOS, 2014, p. 246).

### **Considerações Finais**

O presente artigo analisou o alcance da decisão do STF ao decidir, no julgamento da ADPF 54, sobre a legalidade da interrupção da gravidez de fetos portadores de anencefalia. A anencefalia é uma malformação congênita do sistema nervoso central caracterizada pelo não desenvolvimento dos hemisférios cerebrais, mas o feto permanece com o tronco cerebral ativo, o que lhe permite manter as funções vitais biológicas (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 42).

O problema central que a pesquisa visou a responder foi se o julgamento da ADPF 54 é um precedente judicial cujos fundamentos podem ser utilizados em questionamentos que tenham por objetivo novos excludentes de antijuridicidade na ocorrência de fetos com anomalias similares. A hipótese testada foi que os fundamentos utilizados pelos ministros na fundamentação dos seus votos são válidos para casos similares, portanto, são aplicáveis a outras ocorrências similares.

O objetivo geral foi analisar o julgamento da ADPF 54 e avaliar como o resultado poderá influenciar novas arguições de constitucionalidade do denominado aborto terapêutico na ocorrência de outras anomalias fetais. Os objetivos específicos foram: analisar os votos dos ministros do STF no julgamento da ADPF 54 e identificar os fundamentos utilizados; pesquisar e analisar as alterações das normas legais sobre o aborto na história do Brasil.

A pesquisa sobre o tema permitiu aos autores aprofundar o conhecimento sobre as alterações no tempo da criminalização do aborto no Brasil, os excludentes de ilicitude previstos na legislação e como afetam as pessoas. A contribuição da pesquisa para a ciência foi de estruturar o problema, de forma isenta e racional, e estabelecer a base para o desenvolvimento de novas pesquisas. Para a sociedade o resultado da pesquisa estabeleceu perspectivas diversas sobre tema que interessa a todos, qual seja, a proteção do processo de criação e desenvolvimento da vida.

Pode-se constatar que poucas foram as alterações da criminalização do aborto no Brasil desde a época do Império. As mais relevantes remontam ao Código Penal de 1890, que passou a penalizar a gestante pelo aborto consentido ou por ela praticado, e ao Código Penal de 1940, em que foram previstas as excludentes de ilicitude para os casos de aborto terapêutico ou humanitário.

A partir da análise dos votos dos ministros que se manifestaram favoravelmente à ADPF 54, foi possível concluir que alguns fundamentos são válidos para sustentar excludentes de ilicitude na ocorrência de anomalias fetais, a saber: (i) se a anomalia fetal permite concluir que o feto não tem potencial de vida extrauterina autônoma; (ii) se os exames e procedimentos médicos permitem alto nível de certeza do diagnóstico da anomalia; (iii) se a saúde física ou psíquica da gestante é fortemente afetada pela gestação de uma vida que ela sabe não sobreviverá.

## Referências

ARAUJO, Diana C. C. O STF, o aborto de anencéfalos e a ADPF nº 54-8: constrangimento necessário ou precedente irreversível para a relativização da vida humana? **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13, n. 101, 2012. Disponível em <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BUSATO, Paulo César. Tipicidade Material, aborto e anencefalia. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 10, n. 2, 2005. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/91>>. Acesso em: 16 out. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos de. Bioética e aborto. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica**. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2018.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de direito administrativo**, FGV. São Paulo, v. 240, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Brasília, DF, 12 abr. 2012. DOU de 24.4.2018.