



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

ADPF 54 e a dignidade da mulher

Sabrina Lopes de Melo

Rio de Janeiro
2013

SABRINA LOPES DE MELO

ADPF 54 e a dignidade da mulher

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2013

ADPF 54 E A DIGNIDADE DA MULHER

Sabrina Lopes de Melo

Graduada pela Faculdade de Nacional de Direito - UFRJ. Técnico Superior Jurídico da Defensoria Pública. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é uma questão que ainda se encontra em aberto no ordenamento jurídico. Muito embora o Supremo Tribunal Federal já tenha julgado procedente a ADPF 54, dando segurança maior às mulheres que passam por essa situação, não é possível falar em pacificação do tema. A essência do trabalho é apontar a influência da religião, discutir o acerto da decisão do Supremo Tribunal Federal, ressaltando como um dos principais argumentos a dignidade humana da mulher gestante, e demonstrar a necessidade de positividade do entendimento apresentado pela maioria dos ministros do STF, ante a discussão que ainda impera no âmbito legislativo.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Penal. Aborto. Anencefalia. ADPF 54. Descriminalização. Dignidade da pessoa humana.

Sumário: Introdução. 1. O aborto ao longo da história e a influência da religião. 2. A ADPF 54 e os votos condutores da discussão. 3. Da dignidade humana da mulher e do direito de escolha x direito à vida. 4. Da efetividade da sentença na ADPF 54, dos anteprojatos de lei existentes e a necessidade de reforma legislativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da antecipação do parto de fetos anencéfalos, de debate ainda controvertido, principalmente em razão da discussão de que a questão se encontra no limiar entre aborto eugênico e aborto necessário, sendo que o primeiro é totalmente rejeitado e o segundo permitido no ordenamento vigente.

O aborto em si já é matéria de ampla discussão no mundo atual. Enquanto a prática já foi descriminalizada em diversos países, principalmente da América do Norte e da Europa; na América Central e em quase toda a América Latina, ainda é entendido como crime, salvo algumas exceções previstas em lei.

Entretanto, sem entrar no enfoque mais amplo da matéria, busca-se atentar para a antecipação terapêutica do feto inviável decorrente de anencefalia constatada por profissionais habilitados, fato que não é expressamente contemplado pelas causas de exclusão da ilicitude estabelecidas no Código Penal brasileiro, mas que deveria sê-lo, uma vez verificada a inviabilidade da vida em tais casos.

Em 2004, com o intuito de solucionar a questão, foi proposta Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº. 54, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, subscrita por Luís Roberto Barroso, sob o fundamento de que a aplicação do Código Penal a tal situação violaria frontalmente diversos direitos fundamentais, tais como a saúde e a vida da gestante, e, principalmente, a sua dignidade humana, quando é de conhecimento que este é um dos princípios norteadores de todo o Estado Democrático de Direito, quando não, o mais relevante.

Apesar de a questão ter sido decidida em plenário pelo Supremo Tribunal Federal em abril de 2012, no julgamento da ADPF 54, por maioria de votos, não é possível falar em pacificação do assunto. Por muitos juristas e parte da sociedade, a decisão final foi celebrada como uma vitória ao direito de escolha da mulher sobre seu próprio corpo, e à sua dignidade, mas ainda há quem visualize a possibilidade de antecipação do parto como um primeiro passo à negativa ao direito à vida.

Dessa forma, por ainda ser um assunto de grande relevância e alvo de polêmicas, tem por objetivo o presente estudo a análise do andamento da ADPF 54, os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em especial, o do relator Marco Aurélio Mendes de Faria Melo e o

de Enrique Ricardo Lewandowski, tendo sido o primeiro o condutor da procedência, e o último o responsável por ter aberto a divergência, entendendo improcedente o pleito em questão. O teor desses votos pode ser plenamente debatido, inclusive o do Ministro Lewandowski, que declarou a impossibilidade de o Judiciário decidir a questão, por entender se tratar de matéria a ser debatida exclusivamente no âmbito do Poder Legislativo.

Ainda pretende o estudo apreciar a influência da religião no tratamento do assunto, adentrando-se principalmente na discussão quanto à dignidade da mulher, que não pode ser vista tão somente como uma incubadora, mas também como sujeito de direitos. Aspira-se, também, juntamente com a análise da doutrina e jurisprudência, realizar um breve estudo sobre os projetos de lei existentes e o seu andamento, avaliando a necessidade de a questão ser finalmente legalizada, não obstante a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, e principalmente pelo fato de já haver tentativas de afastar esse pronunciamento com a criminalização expressa da prática de antecipação do parto de feto anencéfalo.

1. O ABORTO AO LONGO DA HISTÓRIA E A INFLUÊNCIA DA RELIGIÃO

O aborto é um tema permanente na história e na evolução da sociedade. Na Antiguidade, durante o império grego e romano, o aborto não era criminalizado, já que o feto era considerado como parte integrante da mãe, e esta era livre para dispor do próprio corpo¹. Não que não houvesse discussão a respeito do fato à época, sendo Hipócrates um de seus críticos, e Aristóteles um de seus defensores, como uma legítima política de controle de natalidade².

Muito embora, em períodos anteriores, o aborto já sofresse algum tipo de reprimenda, como se observa no fato de ser considerada uma ofensa ao marido da mulher

¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3 ed. aum. e atual. conforme o novo Código Civil (lei 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 38.

²MATOS, Maurílio Castro de. *A criminalização do aborto em questão*. São Paulo: Alamedina Brasil Ltda, 2010, p. 13.

casada no seu direito à prole esperada, em torno de 200 d.C. ou ainda indiretamente, com a punição em Roma dos preparos de venenos, utilizados em poções amorosas e abortivas, pelas leis de Cornélio; a reprovação social em si da prática se deu com o cristianismo, e criminalizado pela primeira vez na *Constitutio Bamberguensis*, de 1507 e na *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, nas quais se basearam diversas legislações posteriores³.

Assim, desde então, baseando-se no pensamento cristão, a prática abortiva passou a ser considerada repulsiva e, portanto, criminalizada, sendo possível observar algumas reações a ela, como ocorreu na antiga União Soviética, em 1920, após a Revolução de 1917. Ocorre que tal reação em nada estava relacionada com eventual direito de escolha da mulher, mas com uma simples questão de saúde pública, tanto que assim que melhoraram as condições de vida, o aborto voltou a ser proibido⁴.

Entretanto, Maurílio Castro⁵ ainda relata que com o movimento feminista, a legalização do aborto passou a ser uma das bandeiras desse movimento, repercutindo em países da Europa e da América do Norte, que começaram a descriminalizar o aborto. Já nos Estados Unidos, a legalização da prática veio por decisão da Suprema Corte, em 22 de janeiro de 1973, no caso *Roe vs Wade*. Por fim, ao discorrer sobre os países que admitem o aborto em algumas situações, afirmam que essa permissão se dá por vários motivos, tais como para salvar ou preservar a saúde física ou mental da mulher, em caso de estupro, em situação de má-formação fetal ou por razão sócio-econômica.

Cabe ressaltar, todavia, que mesmo nos países que descriminalizaram a realização do aborto, isso não significa o pleno uso e acesso ao mesmo, principalmente pelo fato de que a existência de uma lei não garante o fim da tensão que o assunto traz.

Por esse motivo, é possível afirmar que o aborto é um tema histórico e polêmico em qualquer lugar do mundo, sendo certo que a sua criminalização ou não, bem como a

³ DINIZ, op. cit., p. 38-39.

⁴ MATOS, op. cit., p. 16.

⁵ Ibid., p. 17-19.

interpretação da lei criminalizadora, depende da dinâmica histórica de cada país, inclusive da força e influência da religião no processo histórico de formação do Estado, principalmente pelo fato de que tal prática somente se tornou socialmente reprovada com a assunção do cristianismo, como já ressaltado.

Justamente em razão da controvérsia em torno do tema aborto, a discussão a respeito da antecipação do parto de fetos anencéfalos também não foi muito bem recebida e custou a ser decidida pelo Supremo Tribunal Federal, levando cerca de 08 (oito) anos para se obter uma decisão final. Não fora possível discutir o tema anteriormente, já que só com o avanço médico passou a ser possível afirmar com precisão a má-formação genética do feto, incapaz de lhe permitir uma sobrevida.

A demora noprocessoamento e julgamento da referida ação, segundo o Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF discutida, foi lamentável para a história do Supremo Tribunal Federal. Em muito, deve-se tal demora às constantes reivindicações e reprimendas da sociedade e das entidades religiosas, que não aceitavam a possibilidade de antecipação do parto nesses casos, fechando os olhos para uma realidade patente: o alto número de autorizações judiciais – cerca de três mil – para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina.

Muito embora desde a Proclamação da República, com a Constituição de 1891, a laicidade tenha sido alçada a princípio constitucional, e o Brasil se autointitule um Estado laico, é possível observar que ele ainda guarda resquícios da época em que Estado e Igreja formavam uma instituição una e homogênea, uma vez que diversas decisões políticas, em todas as esferas dos Poderes, são claramente influenciadas pela religião, quando deveriam se manter neutras em relação a isso, já que não atingem somente a pessoas religiosas, e como ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio⁶ no julgamento da ADPF 54

⁶BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Min. Rel. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *ADPF 54*. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2012.

Paixões religiosas de toda ordem não de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.

Apesar do voto condutor do excelentíssimo relator, o discurso religioso não deixou de ser observado no julgamento da ADPF54, não só pela presença da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), como também de outras entidades religiosas, na figura de *amicus curiae*, e ainda mais pelo parecer do Procurador Geral da República à época (2004), Cláudio Fonteles, quando da apreciação da liminar requerida.

Conforme artigo publicado no site “Canção Nova Notícias”, site eminentemente católico, o antigo Procurador Geral da República é graduado em Teologia pelo Instituto S. Boaventura dos Frades Menores Conventuais, além de franciscano leigo da fraternidade de S. Francisco de Assis, e exerce a missão de ministro extraordinário da sagrada Eucaristia⁷.

Em uma leitura inicial do parecer em questão, evidente o discurso jurídico a embasar a *opinio* do ora Procurador Geral da República; no entanto, não se pode deixar de notar uma carga religiosa quando, ao final de seu parecer, utilizando-se do disposto no artigo 3º, I da Constituição da República a respeito da construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, construiu seu argumento final com base na solidariedade, o qual, sabidamente, é um dos alicerces da religião. Portanto, ainda que implicitamente, não foi plenamente imparcial em seu discurso, livre de eventual influência de seu ensinamento teológico.

Sobre a influência da religião no debate do tema, Maurílio de Castro⁸ afirma que

Inscrita no conjunto de lutas por direitos, a reivindicação pela descriminalização do aborto é uma das mais árduas lutas neste sentido, pois promove apelos à moralização dos costumes, à estabilidade da família e ao papel da mulher, pondo em questão um princípio que leva facilmente à satanização da mulher ao culpa-la, supostamente, pela “negação” da vida.

Analisando o trecho acima citado, evidente o discurso religioso, demonizando a mulher pelo simples fato de ter tomado uma decisão consciente, exercendo plenamente o seu

⁷FONTELLES, Cláudio. *A propósito da anencefalia*. Disponível em <<http://noticias.cancaonova.com/noticia.php?id=285847>>. Acesso em 03 mai. 2012.

⁸MATOS, op. cit., p. 20.

direito de escolha, decorrente de seu direito fundamental à liberdade. E ainda que a prática em questão seja condenável pelo direito penal, a reprovabilidade pelo Estado deve se dar pela plena e pura aplicação do Direito, totalmente desvinculado de ideais morais e religiosos. Apesar de o direito, em sua construção, não poder se afastar por completo da moral, sempre a tangenciando, de modo a evitar abusos, não se pode esquecer o entendimento positivista que norteia o ordenamento jurídico, que mesmo em sua atual vertente pós-positivista, não pode se confundir com os simples costumes e a moral religiosa.

Esse é o pensamento demonstrado por Túlio Vianna⁹, como abaixo indicado:

No Estado Democrático de Direito não há espaço para a imposição de crenças religiosas travestidas de leis ou sentenças, pois a base da democracia é a pluralidade e a tolerância ao diferente. Se as pesquisas com células-tronco e os abortos de anencéfalos são ou não pecado não cabe aos políticos e aos ministros do STF decidirem, mas aos clérigos, a partir da interpretação dos livros sagrados de sua fé. A licitude de tais pesquisas e a criminalização de tais abortos, por outro lado, são questões de natureza política e jurídica e, portanto, de natureza temporal, não havendo, pois, como serem impedidas por contrariarem qualquer religião.

Assim, a procedência da ADPF 54, discutindo a antecipação de parto de fetos anencéfalos – utilizando-se esse termo, buscando afastar essa conduta do tipo penal do aborto, previsto no artigo 124 do Código Penal - pelo voto da maioria dos Ministros, deve ser considerada como uma vitória, não só para a sociedade, mas para o próprio ordenamento jurídico e o Estado Democrático de Direito, que se despiu de todas as influências religiosas e morais, decidindo a questão conforme os princípios maiores, como a liberdade, igualdade e, em especial, a dignidade humana. Tal vitória e o consequente reconhecimento do princípio da laicidade foram ressaltados por Maíra Costa Fernandes¹⁰, presidente da Comissão de Bioética e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio de Janeiro (OAB/RJ).

O voto do ministro Marco Aurélio, relator, foi um verdadeiro tratado sobre a separação do Estado e da Igreja, um trabalho de pesquisa admirável e que merece ser lembrado sempre que estiver em risco o significado de “Estado Laico”. Essa não era uma questão para ser resolvida com base em argumentos religiosos, mas jurídicos.

⁹VIANNA, Túlio Lima *apud* PEREIRA, Bruna Caroline. *A separação do estado e da igreja para o bem do direito: uma análise jurídica fundamentada no contexto histórico*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 50, 29/02/2008 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4526>. Acesso em 03 mai. 2012.

¹⁰FERNANDES, Maíra Costa. Entrevista. *Ampliar* – Revista do Sindicato dos Advogados do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n.º. 3, p. 30-32, jun. 2012.

Partindo dessa premissa, há de se fazer uma breve análise do julgamento da referida ADPF, como verificado a seguir.

2. A ADPF 54 E OS VOTOS CONDUTORES DA DISCUSSÃO

O ajuizamento da ADPF 54, em 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com apoio técnico e institucional da ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero -, buscou passar ao largo da discussão sobre a interrupção voluntária de gravidez viável, e teve por fundamento tão somente o reconhecimento do não enquadramento da antecipação de parto do feto anencéfalo ao tipo penal do aborto, por meio de uma interpretação conforme à Constituição, e de acordo com as próprias palavras utilizadas na petição inicial, com o intuito de obter um “profundo alcance humanitário, para libertá-la de visões idiossincráticas causadoras de dramático sofrimento às gestantes e de ameaças e obstáculos à atuação dos profissionais de saúde”.

Assim, na verdade, a referida ação não tinha por objetivo acabar com o tipo penal do aborto – muito embora, seja necessário reconhecer que este tipo penal deveria ser revisto, tal como aconteceu com o antigo crime de adultério, que foi revogado pela Lei 11.106/2005, uma vez ter sido considerada medida juridicamente saudável e condizente com a realidade jurídico-social atual, adequando-se à evolução da sociedade -, mas tão somente ver reconhecido o direito subjetivo da gestante de feto anencefálico de se submeter ao procedimento médico adequado, sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer forma de autorização específica do Estado.

O pleito foi embasado nos seguintes preceitos fundamentais: artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana), artigo 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os artigos 6º, *caput* e 196 (direito à saúde), todos da Constituição da República.

Reconheceu-se a legitimidade ativa da CNTS pelo fato de se tratar de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (artigo 2º, I, Lei 9.882/99 c/c artigo 103, IX CRFB/88), demonstrada a pertinência temática, já que a ela compete a defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a categoria profissional dos trabalhadores na saúde.

Justificou ainda a relevância da discussão pelo fato de a anencefalia ser incompatível com a vida extrauterina, e ser fatal em 100% dos casos, além da possibilidade de gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, pelo alto índice de óbitos intra-uterinos. Assim, foi explicada a violação de cada preceito fundamental suscitado, resumidamente:

- dignidade da pessoa humana -tal fundamento encontra respaldo na reaproximação do direito à ética, após as barbáries do nazismo e a utilização do positivismo estrito e foi alçado a um dos pilares da atual Constituição e do Estado Democrático de Direito. A violação de tal pedra angular em todos os seus aspectos se daria pelo fato de que, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe que não irá sobreviver, causando-lhe dor, angústia e frustração desmedidos e desnecessários, podendo ser comparado à tortura psicológica.

- legalidade, liberdade e autonomia da vontade – a antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo não se enquadra no tipo legal de aborto, portanto, não é proibido pelo ordenamento jurídico, sendo certo que o indivíduo pode fazer, dentro de sua autonomia, aquilo que não é vedado por lei. A não aceitação de tal prática restringe a liberdade e a autonomia de vontade da gestante.

- direito à saúde – foi levado em consideração o conceito de saúde utilizado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como o completo bem-estar físico, mental e social, de forma que impedir a antecipação terapêutica do parto importaria em injustificável restrição ao direito à saúde.

E assistia razão à referida Confederação, pois de acordo com os dados demonstrados a seguir, colhidos pela OMS, essa é uma realidade pela qual os profissionais de saúde precisavam se deparar constantemente, e em menor proporção, o Poder Judiciário, sendo certo que nem todos os casos são levados aos magistrados.

Entre 2001 e 2006, os tribunais de Justiça do País receberam 46 pedidos de interrupção da gravidez de anencéfalos. Em 54% dos casos, a decisão foi favorável à mulher, permitindo o procedimento. Em outros 35% o pedido foi negado. Nas demandas restantes, o tempo para decisão foi tão longo que o feto morreu antes. Os dados são de estudo inédito realizado pelo Programa de Apoio a Projetos em Sexualidade e Saúde Reprodutiva (Prosare), ligado ao Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap). Atualmente, nos países da América do Norte, Europa e parte da Ásia é permitido o aborto em todos os casos de malformações incompatíveis com a vida. Desde 2003, a Argentina tem lei semelhante. A proibição permanece em países muçulmanos, em parte da África e da América Latina, segundo relatório da Organização Mundial da Saúde (OMS)¹¹.

Além disso, certo é que os profissionais de saúde precisavam de uma maior segurança jurídica quanto ao tema, tendo em vista que estes estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal. Assim, foi com o objetivo de atender a seus interesses, e principalmente o das diversas gestantes que enfrentavam tal problema que a ação de descumprimento de preceito fundamental foi proposta.

Ainda com um rápido triunfo, foi deferida a liminar para que pudesse ser realizada a antecipação terapêutica do parto, sem a necessidade de decisão judicial, tendo em vista que a demora inerente dos trâmites processuais torna inócua eventual decisão favorável, a qual logo foi revogada.

Assim, após a realização de diversas audiências públicas, com a oitiva da comunidade científica e religiosa, juristas, movimentos feministas, e a sociedade como um todo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a relevância do tema, no sentido de dirimir dúvidas científicas, religiosas e éticas, que de outra forma não chegariam à discussão por essa Corte.

¹¹ BRASIL. TJRJ, Revista Jurídica. Serviço de Pesquisa Jurídica – SEAPE. *Anencefalia*. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c2c9e62f-887a-438d-953b-a652fadf806a&groupId=10136>. Acesso em 16 ago. 2012.

Ocorre que, não obstante o reconhecimento da relevância e notoriedade do tema, o julgamento definitivo da ADPF 54 demorou a acontecer, levando cerca de 08 (oito) anos, como já ressaltado anteriormente, com lapsos temporais em que o processo simplesmente ficava sem qualquer andamento, ou no intento de realizar mais audiências públicas, as quais, embora necessárias, poderiam ter advindo mais rapidamente, de forma que somente em 11 de abril de 2012, iniciou-se o tão aguardado julgamento, tendo antes, ainda em 2009 havido a manifestação tanto da Advocacia-Geral da União (AGU) quanto da Procuradoria Geral da República, dessa vez, representada por Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, que concluíram pela integral procedência do pedido formulado.

Um dos votos mais marcantes foi o do Ilustre Ministro Marco Aurélio, relator, que conduziu o julgamento. Em suas razões, iniciou pela diferenciação entre a antecipação terapêutica do parto do aborto, afastando as expressões “aborto eugênico”, “eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”. No mérito, adentrou a discussão sobre a ponderação dos interesses existentes no caso, os quais: a dignidade da mulher, desdobrada em no direito à liberdade, à autodeterminação, à saúde, e aos direitos individuais, sexuais e reprodutivos da mulher, ante a vida/integridade física do feto, independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. Ressaltou o Ministro a existência de mero conflito aparente de direitos fundamentais, uma vez que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coadunaria com a Constituição da República, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde¹².

Dando continuidade a seu voto, Marco Aurélio perpassou por diversas outras questões, além da laicidade do Estado Democrático de Direito brasileiro, tais como: médico-científicas, pelo esclarecimento do conceito de anencefalia e as suas conseqüências, e a

¹²BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Min. Rel. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *ADPF 54*. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2012.

precisão da constatação pelos profissionais de saúde de tal condição fetal; jurídicas, ressaltando que o feto jamais se tornaria uma pessoa sujeita de direitos e obrigações, inclusive destacando que o caso de suposta portadora de anencefalia que teria sobrevivido por mais de um ano possuía diagnóstico equivocado, pois seria portadora de outra condição médica, que não se confunde com a anencefalia, não podendo, portanto, ser utilizada como exemplo desfavorável à procedência da ação. Explicou a inocorrência de quaisquer violações aos direitos das crianças e adolescentes, garantidos tanto constitucionalmente quanto pelos tratados internacionais, ressaltando a sua importância; e psíquicas, relacionadas aos sentimentos mórbidos da mãe de dor, angústia, impotência, luto e desespero, totalmente diversos dos anseios e expectativas de uma mãe que espera ver o rosto de seu filho, e vê-lo crescer.

Importante destacar que o argumento da solidariedade trazido pelo então Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles foi veementemente refutado, uma vez que a doação de órgãos é ato intrinsecamente voluntário, jamais imposto, tendo em vista que qualquer restrição aos direitos da gestante sobre o próprio corpo retiraria toda a magnitude do ato de doar órgãos, que seria espontâneo em sua essência.

Por fim, ressaltou que falar em direito à vida de um anencéfalo seria uma verdadeira antítese, pois, por se tratar de inviabilidade absoluta, não seria aquele feto titular de direitos, entre elas, a vida, por ser juridicamente morto, calcado no conceito de morte da Lei 9434/97.

Ainda que houvesse uma previsão de votação unânime, o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski abriu a divergência, tendo sido acompanhado pelo Ministro Cezar Peluso. Em suas razões, Lewandowski sustentou que o legislador infraconstitucional somente era isento de pena em hipóteses excepcionais devidamente expressas no Código Penal, não cabendo ao Judiciário ampliar a sua interpretação, nem atuar como legislador positivo. Dessa forma, apresentou seu entendimento de que o caso em discussão se enquadrava no conceito de aborto

eugenésico, de modo que deveriam ser imputadas a ele as penas do aborto. Afastou também o argumento de inexistência de métodos científicos à época da promulgação do Código Penal vigente de modo a detectar a malformação, pois se o legislador quisesse contemplar tal hipótese, teria promovido a alteração do Código.

Felizmente, os argumentos apresentados pelo Ministro Lewandowski não prevaleceram, uma vez que, ao contrário do que afirmado pelo Ilustre membro do Supremo Tribunal Federal, a questão debatida vai muito além de uma mera questão egoística da mulher de eliminar a vida de outrem em razão de gravidez incômoda e dolorosa, segundo as palavras do referido Ministro¹³. Outrossim, também deixou o Ministro de observar todo o conteúdo trazido durante a realização das audiências públicas, concluindo que o fato não passaria de um simples evento psíquico de sofrimento da gestante ou de vaga possibilidade de complicações na gestação.

Assim, de acordo com Maíra Costa Fernandes¹⁴, a decisão final foi um julgamento memorável, pois “representa uma homenagem ao princípio da laicidade do Estado e uma vitória para as mulheres brasileiras, que viram preservados pela mais alta Corte do país seu direito à dignidade, saúde, liberdade, igualdade e autonomia reprodutiva”.

E este triunfo era o aguardado por estudiosos na área, como é o caso do já citado Maurílio Castro de Matos¹⁵, que atestou que uma decisão favorável seria um grande avanço ao ordenamento jurídico pelo fato de a norma penal brasileira ser muito retrógrada, até mais do que a portuguesa que, mesmo já admitindo o aborto em caso de má formação fetal, em 2007 foi alterada para descriminalizar a prática do aborto, referendada pela população. E ainda que a hipótese apresentada seja mais restritiva do que a anteriormente existente em

¹³BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Min. Rel. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *ADPF 54*. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2012.

¹⁴FERNANDES, op. cit., p. 30-32.

¹⁵MATOS, op. cit., p. 47.

Portugal, não deixaria de se visualizar um verdadeiro progresso, mesmo que o ideal fosse a maturidade no país para discutir o aborto como livre escolha da mulher.

3. DA DIGNIDADE HUMANA DA MULHER E DO DIREITO DE ESCOLHA x DIREITO À VIDA

A dignidade humana, como fundamento norteador do Estado Democrático de Direito, orienta a eficácia dos direitos fundamentais, a exemplo do direito à intimidade, à saúde, ao respeito, à educação, à honra, à integridade, entre outros. Isto porque o vocábulo ‘dignidade’ deriva do latim *dignitas*, que significa respeitabilidade, prestígio, consideração, estima, nobreza, virtude.

Conforme muito bem apresentado na petição inicial da CNTS, subscrita por Luís Roberto Barroso¹⁶

Qualquer sofrimento inútil e inevitável viola o princípio da dignidade da pessoa humana. A ação não visa debater o aborto e sim saber se o Estado tem o poder de obrigar uma mulher a manter a gestação do filho que ela não vai ter e, portanto, se é possível o Estado causar este sofrimento involuntário

Assim, certo é que, dentre todos os argumentos utilizados para a fundamentação do pedido na inicial, bem como dos votos que ensejaram a sua procedência, provavelmente a dignidade humana seja o mais relevante; uma vez que, como já ressaltado anteriormente, tal princípio norteia o Estado Democrático de Direito e todo o ordenamento jurídico, de modo que os demais fundamentos não deixam de ser uma derivação lógica da dignidade humana. Ou seja, tendo sido corretamente observado pelos Excelentíssimos Ministros que a manutenção obrigatória de tal gravidez, nos moldes como apresentados, viola a dignidade humana da mulher, principalmente no que diz respeito aos seus direitos reprodutivos e sexuais, conseqüentemente também se protegeu o seu direito à saúde e a autonomia da

¹⁶BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Min. Rel. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *ADPF 54*. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2012.

vontade, consectário do direito à liberdade – direito este que não deixa de ser outro alicerce do Estado Democrático. E isto porque, todos os direitos e garantias dispostos constitucional e infraconstitucionalmente visam a preservar o mínimo de dignidade ao homem, em seu sentido lato.

A respeito da dignidade, vale destacar o pensamento kantiano¹⁷

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela, qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.

E ainda a conclusão sucedida de Alexandre Cunha¹⁸, claramente influenciado por Kant, no sentido de que a liberdade no exercício da razão prática é requisito para que se alcance a dignidade almejada, e o pleno gozo da autonomia pelos indivíduos é o suporte fáticonecessário e suficiente a ela, independentemente de qualquer reconhecimento social.

Destarte, a procedência da ADPF 54, ao contrário do que alegado por aqueles que se posicionaramcontrariamente a ela, inclusive o parecer inicial da Procuradoria Geral da República, não significa a obrigatoriedade da antecipação do parto a todas as mulheres que se encontram em tal condição, mas somente garantir o exercício do direito de escolha pela mulher, gestante, mãe, que assim o queira. Ou seja, reconhecer que a antecipação do parto em nada se relaciona ao aborto, e permitindo-a no ordenamento jurídico, é concretizar em sua máxima efetividade a dignidade humana, já que acolhe o livre exercício do direito de escolha da mulher, em sua plena autonomia.

Qualquer decisão que não fosse essa seria admitir verdadeira tortura das mulheres, que prefeririam findar o seu sofrimento e o de sua família, que já tiveram que passar pela agonia de saber que não poderão desfrutar desse momento que seria de alegria. Como advertido no parecer enunciado, não são todas as gestantes que desejam a antecipação de

¹⁷DIGNIDADE humana, Disponível em <<http://pt.shvoong.com/social-sciences/sociology/1909753-dignidade-humana/#ixzz251wAAHac>>. Acesso em 30 ago. 2012.

¹⁸CUNHA, Alexandre *apud* MENDES, Anderson de Moraes. *A dignidade e a tutela ao seu caráter absoluto*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6446>. Acesso em 30 ago. 2012.

parto em tais situações, contudo, o que se pretendeu acertadamente com a ADPF discutida foi garantir àquelas que não suportariam essa dor, que pudessem escolher por fazê-lo, sem que sobre elas pesasse a mão do Estado a responsabilizá-las criminalmente; quando, na verdade, a função do Estado seria proteger a vida dessas mulheres e seu direito de escolha e de autodeterminação sobre seu corpo.

Alegar a necessidade de levar a gravidez até o final, para que o feto em questão possa doar os seus órgãos, tal como o fez o Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles em seu parecer inicial à época pelo indeferimento, é simplesmente desumano, é esquecer que mulher também é um sujeito de direitos. Sabido é que a discussão central da referida ação era a vida, só não se pode olvidar que também se está debatendo a vida da mulher, de modo que a melhor solução é a utilização da ponderação de interesses, sendo certo que, como corretamente visualizou o Ministro Marco Aurélio¹⁹, a situação apresenta apenas um conflito aparente de direitos.

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.

A mulher não pode ser um mero tubo de ensaio, uma incubadora. A redução do ser humano a um mero instrumento é o ápice de ausência de dignidade que uma pessoa pode chegar, já que esse rebaixamento da vida da mulher a uma simples coisa viola uma característica própria da natureza humana, essa qualidade intrínseca, inseparável de todo ser humano, bem como o próprio direito à igualdade, já que ela se reduz a um meio, quando, na verdade, é um titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e seus semelhantes.

¹⁹BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Min. Rel. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *ADPF 54*. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2012.

E foi esse um dos pontos de que se olvidou o antigo Procurador Geral da República Cláudio Fonteles no momento da primeira manifestação da Procuradoria-Geral da República no caso.

Saliente-se que também foi Carlos Fonteles o responsável pelo ajuizamento da ADI 3510, arguindo a inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), que admite a pesquisa com células-tronco embrionárias, também utilizando como argumento o direito à vida. E em ambos os casos, foi levantado por ele a questão do início da vida, entendendo que após a fecundação, já se está diante de um ser humano em plena potencialidade. Sem deixar de prestigiar a vida, mas também a dignidade humana e seu corolário direito à saúde, no julgamento de ambas as ações, aquele restou vencido; não porque o Supremo Tribunal Federal seja avesso ao direito à vida, muito pelo contrário, nesses casos, os Ministros em seus votos, não negam tal direito, mas buscam assegurá-lo da forma mais efetiva possível.

No caso das células-tronco embrionárias, verificando-se a inviabilidade biológica ou ao fim a que se destinariam daqueles embriões, principalmente pelo decurso de tempo, atestou-se que o embrião em questão não se trata de uma pessoa em sentido biográfico, até porque lhe faltariam as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, e assim, admitindo a pesquisa, nos termos da lei 11.105/2005, assegurou-se o “enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que asseveram limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional.”²⁰ Ora, isso, nada mais é do que garantir a vida daqueles que já a tem efetivamente, permitindo-lhes que esta se mantenha de forma mais digna, incorporando “comunhão de vida ou vida social em clima de

²⁰BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Min. Rel. BRITTO, Carlos. *ADI 3510*. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 ago. 2012.

transbordante solidariedadeem benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dosgolpes da própria natureza”²¹.

E analisando um pouco mais o posicionamento do antigo Procurador Geral da República, é possível visualizar certa contradição: por que a mulher deveria servir de incubadora para um feto inviável, de modo a permitir que, ao nascer, ele sirva à doação de órgãos para que outros possam viver mais dignamente, com base no princípio da solidariedade; mas não seria possível a utilização de células-tronco embrionárias para a pesquisa e redução de sofrimento de diversos outros indivíduos em situações de grave deficiência, traumatismos e patologias, utilizando-se por base o mesmo princípio da solidariedade e fraternidade? Esta seria uma pergunta de difícil resposta.

Dessa forma, não poderia ser diferente a resposta do Supremo Tribunal Federal em relação à antecipação terapêutica do feto anencéfalo, alçando a mulher ao lugar que ela pertence, qual seja, como indivíduo que é, dotada de direitos, efetivando a sua dignidade e a sua autonomia, tendo se pautado nas opiniões de vozes de doutrinadores de diversas áreas, tais como Maíra Costa Fernandes, aqui já citada, e Débora Diniz, antropóloga representante do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, bem como de equipe médica ouvida em audiência pública – Drs. Salmo Raskin, médico pediatra e geneticista, e José Aristodemo Pinotti, médico sanitarista.

Para Débora Diniz, citada pelo Min. Marco Aurélio²²,

O dever de gestação se converte no dever de dar a luz a um filho para enterrá-lo. Penalizá-la com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher, em relação a seu corpo e à sua dignidade como pessoa [...].

Além de que, segundo os médicos especialistas acima citados, os fetos anencéfalos não podem ser doadores de órgãos, porque são portadores, na maioria das vezes, de múltiplas malformações, impedindo a sua utilização, ou então, são menores, o que também inviabiliza a

²¹Ibid.

²²BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Min. Rel. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *ADPF 54*. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2012.

doação. Portanto, mais uma vez, demonstrado não haver vida a ser protegida, devendo prevalecer a dignidade da mulher, sua autonomia da vontade e seu direito à saúde, não só física, mas também psicológica e emocional.

Nesse caso, restou reconhecida a neutralidade do Estado como forma de proteção à dignidade das mulheres. As leis que regulam a sociedade brasileira devem refletir a laicidade tão apregoada, garantindo isonomia para todos os cidadãos, independente de cor, raça, orientação sexual, e gênero, como no caso debatido, especialmente no que diz respeito a uma vida digna.

Ademais, fechar os olhos para essa realidade seria apenas fomentar a ilegalidade e a violação dos direitos das mulheres, que muitas vezes, encontrando-se em situação desesperadora, acabam não vendo alternativa a não ser se submeter a uma intervenção clandestina. Nessas situações, as mulheres são submetidas a condições desumanas, mais uma vez reduzidasem sua dignidade, em sua igualdade ante os seus semelhantes, com a possibilidade de fazer parte de mais uma estatística – da alta taxa de complicação do quadro de saúde, ou então, das mortes derivadas de tal cenário.

A experiência mostra que o rígido cumprimento das leis restritivas, ou até a extensão indevida de tal restrição – indevida porque o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, as normas penais, devem ser interpretadas de forma estrita, não se admitindo analogias *in malam partem* – é ineficiente, e geralmente disfuncional ao forçar as mulheres, que são caracterizadas desrespeitosamente como criminosas, a se submeterem a práticas menos seguras. Ademais, é reconhecido que as leis restritivas de aborto – podendo tal entendimento ser estendido ao caso da antecipação do parto pretendida - não reduzem o seu número, mas tão somente a sua segurança, principalmente porque esse contexto punitivo impede que as

mulheres busquem o devido tratamento médico, e acabam perdendo suas vidas se submetendo a procedimentos inseguros²³.

Assim, como bem ressaltou o parecer da Advocacia-Geral da União (AGU), apresentado em 03 de abril de 2009, o que deve preponderar é o suporte às escolhas da mulher, pautadas na realidade física, emocional, cultural e até religiosa, para que possa levar a efeito o amplo exercício de suas garantias e direitos constitucionalmente previstos.

4. DA EFETIVIDADE DA SENTENÇA NA ADPF 54, DOS ANTEPROJETOS DE LEI EXISTENTES E A NECESSIDADE DE REFORMA LEGISLATIVA

Não obstante a certeza de que a procedência da ADPF 54 seja uma vitória e um primeiro passo à concretização efetiva dos direitos das mulheres, principalmente no que tange à sua dignidade, inclusive física, sexual e psicológica, tendo em vista os seus efeitos *erga omnes* e vinculantes, nos termos do artigo 10, §3º da lei 9882/99, ainda assim não se pode afirmar que a situação esteja de todo resolvida.

Em primeiro lugar, logo após a decisão do Supremo, foi apresentado à Câmara de Deputados o projeto de decreto legislativo PDC 566/2012, em 10/05/2012, elaborado pelos deputados federais Roberto de Lucena - PV/SP, João Campos - PSDB/GO e Salvador Zimbaldi - PDT/SP, visando à sustação da decisão do Supremo Tribunal Federal, uma vez entenderem que tal decisão estaria usurpando competência privativa do Congresso Nacional. Em um primeiro momento, a proposição em questão foi devolvida ao autor do projeto, por ter entendido a Mesa Diretora que este versaria sobre matéria evidentemente inconstitucional, nos termos do artigo 137, §1º, II, b do Regimento Interno da Câmara dos Deputados; contudo,

²³ COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M. e FATHALLA, Mahmoud F. *Saúde reprodutiva e direitos humanos*. Tradução Andrea Romani, Renata Perrone e equipe, Rio de Janeiro: CEPIA, 2004, p. 169.

a discussão ainda está longe de terminar, tendo em vista que o Deputado Roberto de Lucena apresentou recurso ao Plenário buscando a modificação de tal entendimento.

A decisão da Mesa foi correta, pois, segundo Maíra Fernandes²⁴, o STF não subtraiu qualquer competência legislativa, tendo apenas interpretado o Código Penal de modo a preservar a sua constitucionalidade, conforme os preceitos do Estado laico e os direitos fundamentais, atuando dentro de sua competência, haja vista seu papel primordial como guardião da Constituição da República.

Ainda, entre todos os projetos de lei que versam sobre a matéria, independentemente da sua amplitude, dos mais relevantes temos o anteprojeto de reforma do Código Penal, que atualmente se encontra em discussão, que apresenta como proposta de nova redação ao artigo 128 do Código Penal, que trata das hipóteses de exclusão da ilicitude em caso de aborto, a seguinte:

Art. 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico se:
 I - não há outro meio de salvar a vida ou preservar a saúde da gestante;
 II - a gravidez resulta de violação da liberdade sexual, ou do emprego nãoconsentido de técnica de reprodução assistida;
 III - há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituroapresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.
 § 1º. Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto dever ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro;
 § 2º. No caso do inciso III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro.

Por essa redação, verifica-se um retrocesso ante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que esta não fez qualquer ressalva à necessidade de autorização do cônjuge ou companheiro. Ainda que o inciso III não contemple unicamente o caso da antecipação terapêutica de anencéfalo, mas também qualquer situação de graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, o fato de condicionar a possibilidade de realização de tal conduta à autorização do cônjuge ou companheiro viola a livre manifestação da mulher, e principalmente sua dignidade em amplitude, a qual já foi anteriormente discutida.

²⁴ FERNANDES, op. cit. p. 32.

E é sabido que, apesar dos efeitos *erga omnes* e vinculantes de uma decisão no âmbito de uma ação de descumprimento de preceito fundamental, tal vinculação se dá aos órgãos do Judiciário e Executivo apenas, não impedindo que o Legislativo venha a tratar sobre a matéria, entendendo de forma distinta, ou com amplitude menor; pois caso contrário, estar-se-ia diante de hipótese de engessamento desse poder, o que violaria o princípio da autonomia dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição da República.

Desse modo, caso essa redação venha a ser aprovada, apesar da decisão do STF, esse novodispositivo somente poderia vir a ser modificado ou questionado mediante revogação, alteração legislativa ou ação declaratória de inconstitucionalidade, o que poderia vir a acontecer ante à visível violação à dignidade da mulher, uma vez restringida a sua liberdade e autonomia sobre si e suas próprias decisões.

E também demonstrando que a decisão em questão não vincula o Legislativo, em 07/08/2012 foi apresentado projeto de lei do Senado nº. 287/2012, pela senadora Maria do Carmo Alves, contrariando o entendimento do Supremo e a dignidade humana, visando à tipificação da conduta de aborto de anencéfalo, *in verbis*:

Art. 128-A. Interromper, em si mesma, gravidez em razão de diagnóstico de anencefalia do feto ou consentir que outrem interrompa:

Pena – detenção de um a três anos.

Art. 128-B. Interromper gravidez em razão de diagnóstico de anencefalia do feto, com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão de um a quatro anos.

Art. 128-C. Interromper gravidez em razão de diagnóstico de anencefalia do feto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão de três a seis anos.

Na justificativa de tal projeto de lei, está patente a motivação religiosa a ensejar a sua tramitação, que atualmente se encontra no Serviço de Apoio Comissão Especial Parlamentar de Inquérito. Esclarece a senadora que a decisão proferida pelo STF foi lamentável, e que pela tradição cristã do povo brasileiro, tal conduta deve se tornar ilícita, com o estabelecimento de

novos tipos penais²⁵.

Nesse ponto, importante colacionar o entendimento do teologista Maguirre²⁶, que estatuiu que a religião e a moral podem nortear a elaboração das leis, mas não ser seu fundamento único, devendo prevalecer a liberdade, e não o autoritarismo de uma única ideologia.

As legisladoras e legisladores não têm a obrigação de elaborar políticas que reflitam suas próprias idéias acerca do que constitui o bem. O ideal do governo não é transformar os princípios morais em lei, e sim preservar uma sociedade na qual os desacordos legítimos possam ser expressos livremente num contexto de respeito mútuo. Nos debates dignos, o que deve reinar é a liberdade, não o autoritarismo.

Utilizando as próprias palavras da senadora quando da justificativa, é lamentável que a elaboração das leis no ordenamento jurídico ainda se baseie tão somente na religião e na moral, e não o atendimento dos preceitos constitucionais.

Outrossim, há de se observar dados obtidos na Pesquisa Nacional do Aborto, produzida por uma equipe de pesquisadores da Universidade de Brasília, a qual foi publicada em uma edição especial em julho de 2012 da revista científica *Ciência & Saúde Coletiva*²⁷, também tendo sido objeto de matéria no sítio eletrônico da revista *Carta Capital*²⁸.

Em tal pesquisa, foi verificado que, mesmo em relação ao aborto legal, ou seja, as hipóteses previstas no Código Penal em seu artigo 128 em que não se criminaliza a conduta nem do médico nem da gestante, em razão de estupro ou de risco de morte da gestante, há certo temor de represália por parte dos médicos, ou mesmo preconceito.

Em relação ao aborto legal, muitas vezes o plantão inteiro do hospital se recusava a realizá-lo. “É como o jogo de peteca”, disse à pesquisadora uma obstetra que, apesar de se declarar espírita – a religião condena todos os tipos de aborto –, passou a fazer o procedimento ao dar-se conta da longa espera enfrentada pela estuprada, o que não raro acabava por vencer o prazo estabelecido pela lei, até a 12ª semana de gestação.

²⁵ BRASIL. SF PLS 287/2012, de 07 de agosto de 2012. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/112599.pdf>>. Acesso em 13 set. 2012.

²⁶ MAGUIRRE, Daniel C. *apud* MATOS, Maurílio Castro de. *A criminalização do aborto em questão*. São Paulo: Alamedina Brasil Ltda, 2010, p. 59.

²⁷ *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 7, jul. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=1413-81232012007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 30 ago. 2012.

²⁸ MENEZES, Cynara. A verdade nua e crua. *Carta Capital*. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-verdade-nua-e-crua-2/>>. Acesso em 13 set. 2012.

Os médicos mais jovens atribuíram a mentalidade arcaica à formação na universidade, onde não havia debate sobre o tema e, quando havia, era obscurecido pelo pensamento conservador de alguns mestres. “Há preceptores da gente que dizem que não fazem aborto legal, que só se for em caso de risco de vida”, contou à antropóloga uma jovem ginecologista. A desinformação impressiona: embora a maioria dos obstetras entrevistados tenha presenciado mortes em consequência do aborto induzido, apenas uma minoria sabia que o procedimento é a primeira causa de mortalidade materna na capital baiana²⁹.

De acordo com o método apresentado pela pesquisadora Sílvia de Zordo³⁰, a pesquisa em questão foi realizada por meio de questionários e entrevistas com profissionais de dois hospitais de Salvador, um na área central e outro na periferia, sendo que o primeiro oferecia o serviço de aborto legal, e o outro não, tendo sido obtidos dados alarmantes, no sentido de que das vítimas de estupro que procuram o serviço, somente cerca da metade conseguiram realizar o aborto, em virtude da grande burocracia encontrada dentro do hospital, além da resistência de alguns médicos em razão de suas concepções individuais contrárias à prática, sem qualquer exceção, considerando tais gestantes como se estivessem à margem da lei, por vezes questionando a validade da declaração feita pela mulher vítima de estupro.

Ainda foi verificado o desconhecimento de tais médicos quanto às Normas Técnicas emitidas pelo Ministério da Saúde (Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes e Norma Técnica sobre a Atenção Humanizada ao Abortamento), uma vez que tais normas esclarecem que a palavra da mulher estuprada é válida não sendo necessários quaisquer outros documentos, ou autorização judicial, além de promover a humanização também do aborto.

Muito embora esta não se trate de pesquisa em âmbito nacional, por meio dela é possível depreender o pensamento ainda preconceituoso e pautado em convicções religiosas e morais pessoais dos médicos, distanciando-se inclusive da previsão legal, dos quais se espera

²⁹ Ibid.

³⁰ ZORDO, Sílvia de. Representações e experiências sobre o aborto legal e ilegal dos ginecologistas-obstetras trabalhando em dois hospitais maternidade de Salvador da Bahia. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 7, jul. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 13 set. 2012.

uma conduta no objetivo de promover a saúde, entendida como o completo bem-estar físico e mental.

Ou seja, certo é que, mesmo quando a mulher se encontra respaldada pelo amparo legal, situação em que deveria estar sendo protegida, em tese, ainda assim, esta encontra resistência à obtenção e gozo de seu direito. Portanto, correta também seria a presunção de que, mesmo com o efeito vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal, haveria resistência ou grande burocracia para a realização da antecipação do parto de fetos anencéfalos, apesar de existência de constatação médica de tal fato, em função de preconceitos ou ideais morais próprios.

Desse modo, ainda que o Ministro Ricardo Lewandowsky tenha saído vencido em seu voto, não se pode olvidar a validade de um dos fundamentos por ele levantado: a necessidade de tratamento legislativo sobre a questão. Não que o Supremo não tivesse que ter decidido o tema apresentado por meio da ADPF 54, como sustentado pelos deputados no projeto de decreto legislativo supracitado, uma vez que não mais se poderia fechar os olhos para uma realidade existente, em que as gestantes atestadamente grávidas de fetos anencéfalos passavam por longos percalços na esfera judicial para conseguir obter a autorização para a realização do procedimento, aumentando imensamente um sofrimento desnecessário e violador da dignidade, chegando, na maioria das vezes, tais ações a perder o objeto, ante a demora da resposta efetiva do Judiciário.

Entretanto, a lei a ser editada deve atender aos ditames da decisão ora proferida, como é o caso do projeto de lei do Senado nº. 50, de 17 de fevereiro de 2011, de autoria do Senador Morazildo Cavalcanti, que pretende a inclusão de um inciso no *caput* do artigo 128 do Código Penal, com a seguinte redação:

Aborto no caso de gravidez de feto com anencefalia.

III – se o feto apresenta anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.(NR)”³¹

Tal projeto de lei já obteve parecer unânime favorável pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, tendo sofrido somente uma emenda, transcrita abaixo, atualmente encontrando-se com o Relator Senador Pedro Taques.

Aborto no caso de gravidez de feto anencefálico

III – se o feto apresenta anencefalia, diagnosticada por três médicos que não integrem a equipe responsável pela realização do aborto, e o procedimento é precedido de consentimento por escrito da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso III, o diagnóstico de anencefalia atenderá aos critérios técnicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.” (NR)

Contudo, como verificado, a questão ainda não é pacífica dentro no seio das Casas Legislativas, de modo que a situação pode vir a pender para qualquer dos lados, muito embora haja uma tendência à aprovação do projeto de lei no mesmo sentido da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo certo que a Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal manifestou-se no sentido de que o Congresso Nacional não pode continuar se esquivando da discussão e continuar a assistir passivamente ao drama de centenas de gestantes, em situação de fragilidade, submetidas às idas e vindas de um processo judicial, enquanto enfrentam suas próprias angústias em função da anomalia fetal, não tendo considerado prejudicado o projeto de lei em função da decisão do Supremo Tribunal Federal, por se tratar de tema relevante.

Assim, a expectativa atual é que esse projeto de lei seja aprovado, nos moldes como apresentado pelo PLS 50/2011, consagrando os ditames constitucionais de dignidade humana da mulher, conforme entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

³¹ BRASIL. SF PLS 50/2011, de 17 de fevereiro de 2011. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/86913.pdf>>. Acesso em 04 dez. 2012.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, observa-se a correção da decisão do Supremo Tribunal Federal, que apesar da longa demora, veio referendar posição no sentido de valorização e reconhecimento pleno da dignidade humana da mulher, como um ser independente, autônomo e sujeito de direitos, assim como qualquer outro.

Condicionar a integridade física, mental e psicológica da mulher aos anseios da religião, ao clamor de uma vida evidentemente inviável ou ainda à autorização do companheiro ou cônjuge é manter o mesmo pensamento retrógrado do século passado, em que ainda verificávamos o Estatuto da Mulher Casada, quando a mulher sequer era vista como cidadã, ou à submissão do Estado à Igreja.

Essas situações não mais vigoram no atual ordenamento jurídico, e o Estado, em sua concepção laica, não pode se abster ou se eximir da responsabilidade que detém em suas mãos de garantir o pleno exercício da dignidade de todo e qualquer indivíduo, em função do princípio da isonomia. Ademais, ante os avanços tecnológicos que permitem a conclusão da inviabilidade do feto de forma precoce, não há qualquer justificativa a amparar a continuidade da gestação, tanto que foi essa a posição consolidada no Supremo Tribunal Federal.

Não se pode olvidar que a Constituição da República garante aos indivíduos não só a liberdade e a segurança, esta, no presente contexto, entendida de forma ampla, mas também a não submissão do indivíduo à tortura nem a tratamento desumano e degradante.

E, ao contrário do que ainda sustentam alguns doutrinadores, formadores de opinião e parlamentares, a decisão em questão está longe de ser lamentável; na verdade, ela representou mais uma vitória na luta pelos direitos das mulheres, que vem se intensificando a cada dia, rumo a uma plena igualdade entre homens e mulheres.

Contudo, de forma a confirmar toda a discussão e o julgamento final da ADPF 54, sem desmerecer os seus méritos, há de ser positivado esse entendimento, nos termos do PLS 50/2011, que se encontra em trâmite no Senado Federal, sendo esse o projeto de lei atualmente tramitando nas Casas Legislativas que se encontra em consonância com os ditames constitucionais e a posição do Supremo, cuja aprovação servirá de instrumento de segurança jurídica à dignidade da mulher.

Ainda que não se consiga prever quanto tempo levará até o efetivo reconhecimento legal do não enquadramento da hipótese de antecipação de parto do feto anencéfalo ao tipo do aborto, certo é que o julgamento da ADPF 54 é mais um marco a ser comemorado pelas mulheres em sua luta diária por seus direitos, em especial, a dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. SF PLS 50/2011, de 17 de fevereiro de 2011. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/86913.pdf>>. Acesso em 13 set. 2012.
- BRASIL. SF PLS 287/2012, de 07 de agosto de 2012. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/112599.pdf>>. Acesso em 13 set. 2012.
- BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Min. Rel. BRITTO, Carlos. *ADI 3510*. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 ago. 2012.
- BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Min. Rel. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *ADPF 54*. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2012.
- BRASIL. TJRJ, Revista Jurídica. Serviço de Pesquisa Jurídica – SEAPE. *Anencefalia*. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c2c9e62f-887a-438d-953b-a652fadf806a&groupId=10136>. Acesso em 16 ago. 2012.
- COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M. e FATHALLA, Mahmoud F. *Saúde reprodutiva e direitos humanos*. Tradução Andrea Romani, Renata Perrone e equipe, Rio de Janeiro: CEPIA, 2004.
- CUNHA, Alexandre *apud* MENDES, Anderson de Moraes. *A dignidade e a tutela ao seu caráter absoluto*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6446. Acesso em 30 ago. 2012.
- Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 7, jul. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=1413-812320120007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 30 ago. 2012

- DIGNIDADE humana, Disponível em <<http://pt.shvoong.com/social-sciences/sociology/1909753-dignidade-humana/#ixzz251wAAHac>>. Acesso em 30 ago. 2012
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3 ed. aum. e atual. conforme o novo Código Civil (lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva. 2006.
- FERNANDES, Maíra Costa. Entrevista. *Ampliar* – Revista do Sindicato dos Advogados do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, nº3, p. 30/32, jun. 2012
- FONTELES, Cláudio. *A propósito da anencefalia*. Disponível em <<http://noticias.cancaonova.com/noticia.php?id=285847>>. Acesso em 03 mai. 2012
- MATOS, Maurílio Castro de. *A criminalização do aborto em questão*. São Paulo: Alamedina Brasil Ltda, 2010.
- MENEZES, Cynara. A verdade nua e crua. *Carta Capital*. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-verdade-nua-e-crua-2/>>. Acesso em 13 set. 2012.
- VIANNA, Túlio Lima *apud* PEREIRA, Bruna Caroline. *A separação do estado e da igreja para o bem do direito: uma análise jurídica fundamentada no contexto histórico*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 50, 29/02/2008 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4526> Acesso em 03 mai. 2012.
- ZORDO, Silvia de. Representações e experiências sobre aborto legal e ilegal dos ginecologistas-obstetras trabalhando em dois hospitais maternidade de Salvador da Bahia. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 7, jul. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 13 set. 2012.