



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O ABORTO NO BRASIL E SUAS RESSIGNIFICAÇÕES
JURÍDICAS APÓS O JULGAMENTO DA ADPF N.º 54**

SARA BALDONI DE SOUZA

**LAVRAS-MG
2019**

SARA BALDONI DE SOUZA

**O ABORTO NO BRASIL E SUAS RESSIGNIFICAÇÕES JURÍDICAS APÓS O JULGAMENTO
DA ADPF N.º 54**

Monografia apresentada ao Centro Universitário de
Lavras, como parte das exigências do curso de
graduação em Direito.
Orientadora: Profa. Me. Walkiria Oliveira Castanheira

**LAVRAS-MG
2019**

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

S729a Souza, Sara Baldoni de.
O aborto no Brasil e suas ressignificações jurídicas após o julgamento da ADPF nº54 / Sara Baldoni de Souza; orientação Walkiria Oliveira Castanheira. -- Lavras: Unilavras, 2019. 40 f.

Monografia apresentada ao Unilavras como parte das exigências do curso de graduação em Direito.

1. Direito à vida. 2. Direitos do nascituro. 3. Aborto. 4. Interrupção terapêutica de feto anencéfalo. I. Castanheira, Walkiria Oliveira (Orient.). II. Título.

SARA BALDONI DE SOUZA

**O ABORTO NO BRASIL E SUAS RESSIGNIFICAÇÕES JURÍDICAS APÓS O JULGAMENTO
DA ADPF N.º 54:**

Monografia apresentada ao Centro Universitário de
Lavras, como parte das exigências do curso de
graduação em Direito.

Orientadora: Profa. Me. Walkiria Oliveira Castanheira

APROVADO EM: 06/11/2019

ORIENTADORA

Prof. Me. Walkiria Oliveira Castanheira / UNILAVRAS

PRESIDENTE DA BANCA

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira / UNILAVRAS

**LAVRAS-MG
2019**

Dedico este trabalho a Deus por me guiar nessa longa e difícil caminhada. Dedico à advogada das advogadas (Nossa Senhora). Dedico ao meu pai, Carlinhos, por me ensinar que a vida e as pessoas são duras, mas que é preciso cair para aprender e levantar mais forte para enfrentar os desafios. Dedico a minha mãe, Eva, que, quando esteve presente neste mundo, foi a melhor mãe que alguém poderia ter, sempre acreditando que a estrada seria longa e difícil, mas as barreiras seriam ultrapassadas. Dedico aos meus familiares e amigos que acreditaram na realização deste sonho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pela sabedoria, e a Nossa Senhora, por interceder por mim.

Agradeço aos meus pais, em especial à minha mãe, Eva, por me abençoar com sua maravilhosa luz de estrela.

Agradeço ao meu irmão, Jean, por todo amor e carinho, e aos meus familiares, pela dedicação, especialmente à avó Lourdes, à Tia Ica e à Tia Ju.

Agradeço os meus amigos por acreditarem e apoiarem o meu sonho.

Agradeço a professora Walkiria por todo carinho e aos demais que foram mais que professores: grandes amigos.

Obrigada!

RESUMO

Introdução: O estudo em questão apresenta pesquisa sobre interrupção terapêutica de fetos anencéfalos e sua disciplina no ordenamento jurídico brasileiro. **Objetivo:** tem como objetivo apresentar análise jurídica acerca do aborto no Brasil e sua resignificação jurídica após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, que possibilitou a interrupção terapêutica de fetos anencéfalos. **Metodologia:** Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica a fim de tecer as principais características do aborto no país e suas naturezas na ótica médica e jurídica. Além disso, realizou-se análise do direito à vida e dos direitos do nascituro, de modo a subsidiar a compreensão estabelecida pela direito penal na disciplina do aborto, no capítulo que trata dos crimes contra a vida. **Resultados:** Por fim, ilustrou-se a mudança de paradigma promovida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ação do controle concentrado de constitucionalidade em que se discutia a possibilidade de interrupção terapêutica de gestação do feto anencéfalo sem incorrência na prática delituosa constante do artigo 124 do Código Penal, através da chamada interpretação conforme a Constituição sem modificação do texto normativo. **Conclusão:** constatou-se, por fim, que a disciplina do aborto no Brasil se modificou significativamente após julgamento da ADPF 54, que excluiu, de forma interpretativa, a interrupção terapêutica de fetos anencéfalo do rol de atos delituosos dos crimes contra a vida.

Palavras-chave: Direito à vida; Nascituro; Aborto; Interrupção terapêutica de feto anencéfalo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
2 REVISÃO DA LITERATURA.....	10
2.1 O DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	10
2.2 O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E OS DIREITOS DO NASCITURO.....	14
2.3 ABORTO: TENTATIVA CONCEITUAL.....	17
2.4 ABORTO E SUA TRATATIVA NO DIREITO PENAL.....	19
2.5 O ABORTO E SUAS RESSIGNIFICAÇÕES JURÍDICAS APÓS O JULGAMENTO DA ADPF N.º 54.....	23
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	32
4 CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS.....	38

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, a prática do aborto sempre se mostrou presente junto aos grupos sociais. Sua natureza enquanto realidade social é tão antiga quanto o próprio estudo que se faz do direito à vida.

Em contrapartida, a tutela exercida pelo Estado em favor dos direitos fundamentais aumentou consideravelmente com a ascensão dos direitos humanos, bem como através do fortalecimento do fundamento axiológico dos movimentos constitucionais contemporâneos: a dignidade da pessoa humana. A abertura constitucional pela força os princípios enquanto regras jurídicas destacou o cenário hermenêutico, que assim passou a exercer importante papel na construção, interpretação e adequação das normas infraconstitucionais em favor das Cartas Estatais. Aquém da natureza essencialmente positivista, o texto das constitucionais mostrou-se dotado de alto teor valorativo, através do qual o atendimento dos anseios humanos se tornou mais adequado à tutela de direitos.

Hodiernamente, embora princípios e regras sejam espécies de norma, o princípio se diferencia da regra porque, em livre resumo, tem um maior grau de abstração, por trazer sempre um caráter de fundamentabilidade dentro do sistema e maior compromisso com a ideia de justiça, podendo, inclusive, ser o próprio fundamento da regra. A abertura das Constituições aos princípios é assim captada pelo jurista português: o direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras e dos Códigos; o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios. É um direito de princípios.

Em virtude de tal ascensão dos valores principiológicos, ganhou destaque a importância do controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, de modo que seu fundamento jurídico de validade se mantivesse sempre apoiado na Constituição. Por isso, determinadas práticas sociais há muito exercidas e até mesmo criminalizadas conservam possibilidade de revisão, ante a necessidade de que atendam ao mandamento constitucional, sobretudo em virtude do percurso histórico dos direitos.

Nesta cena, é possível analisar a figura do aborto, criminalizado em nosso país, especificamente no capítulo que trata dos crimes contra a vida no Código Penal. Segundo

se extrai da norma ali contida, a gestante que pratique aborto em si mesma (aborto eugênico) ou permitir que alguém o faça incorre em crime tipificado junto ao artigo 124 do Código Penal, cm pena de detenção de um a três anos.

Para além de tal prática, existiu sempre a discussão em torno da interrupção terapêutica de fetos anencéfalos que, segundo a técnica médica, não conservam expectativa de vida extrauterina, não sendo considerados vida em potencial. Diante disso, a gestante que desejasse interromper sua gestação por não achar viável a manutenção de existência cuja morte é segura e iminente, necessitava de autorização judicial a depender da análise concreta, ou poderia incorrer no crime de aborto previsto junto ao artigo 124 do Código Penal.

Por meio disso, levada à cabo da jurisdição constitucional, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 ressignificou a norma contida no dispositivo em apreço e possibilitou, em efeitos *erga omnes*, a prática de interrupção da gestação de fetos anencéfalos sem necessidade de autorização judicial. O pedido julgamento procedente foi marco importante na defesa dos direitos e da autonomia da mulher que não quer levar a adiante gestação infrutífera em vida extrauterina.

O objetivo do presente trabalho foi o de analisar, justamente, as ressignificações do aborto trazido pelo julgamento da ADPF 54 no Supremo Tribunal Federal, bem como ilustrar de que modo a mudança de entendimento jurisprudencial contribuiu para a tutela de direitos humanos fundamentais da mulher, que sempre esteve à mercê da cultura patriarcal, como se fosse um útero a serviço da sociedade.

Para tanto, iniciou-se o trabalho com a explanação das especificidades do direito à vida – tanto na perspectiva constitucional, como na perspectiva civil. Para além, esgotou-se brevemente a informação acerca dos direitos do nascituro e sua disciplina no código civil. Posteriormente, analisou-se a figura do aborto na seara médica e também na seara jurídica, de modo a compreendê-lo enquanto prática social e condição médica.

Sucessivamente, passou-se à análise do aborto na disciplina criminal através da expressão de todas as suas formas previstas no Código Penal e as penas a ele cominadas, no capítulo que trata dos crimes contra a vida.

Por fim, a fim de ilustrar as modificações trazidas pela nova roupagem do aborto e sua tratativa no cenário jurídico, analisou-se de forma pontual o julgamento da Arguição

de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, que possibilitou juridicamente a interrupção terapêutica de fetos anencéfalos sem incorrência no crime tipificado junto ao artigo 124 do diploma penal, além de tolher importantes considerações acerca da necessidade de que protejam os direitos da mulher em sua condição digna e humana.

2 REVISÃO DA LITERATURA

A partir dos estudos aqui realizados, serão apresentados aspectos específicos do direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro, através da ótica constitucional e civil. Em seguida, tratar-se-á da personalidade jurídica disciplinada na lei civil e também dos direitos do nascituro. Sucessivamente, far-se-á análise do aborto em sua acepção médica e também jurídica, em tentativa conceitual. Por fim, o clímax do presente trabalho será alcançado no momento em que são expostas as principais ressignificações jurídicas do aborto após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, que tratou da possibilidade de interrupção terapêutica de fetos anencéfalos através de interpretação conforme à Constituição (1988).

2.1 O direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro

Sem sorte de qualquer dúvida, a imperatividade do direito à vida é matriz primeira da ordem constitucional brasileira. É do direito à vida que se originam os demais direitos. A vida, para nosso ordenamento, tem valor associado à dignidade, cuja natureza de supremacia sobre os demais direitos constitui fundamento da República Federativa do Brasil. (BARROSO, 2018).

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) traz em seu Título II, que cuida dos direitos e garantias individuais, a inviolabilidade do direito à vida. O enunciado imperativo encontra previsão junto ao artigo 5º da Carta Política (1988), que, em seu *caput*, dispõe: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”

É necessário destacar, no entanto, que a inviolabilidade do direito à vida não tutela toda e qualquer forma de vida, mas tão somente a vida humana. Ademais, não se pode confundir também a inviolabilidade de que trata a norma constitucional, que protege a vida contra atentados de terceiros, com irrenunciabilidade, que afeta diretamente o titular do direito, que é impedido de renunciá-lo. (NOVELINO, p. 484, 2012).

A fim de que seja possível discorrer sobre o direito à vida, necessário que se faça a análise do momento em que esta começa. Não há na doutrina pacificação quanto ao momento de início da vida, motivo pelo qual tanto se discutiu acerca de seu ponto de partida em ações judiciais que buscaram autorização para interrupções terapêuticas de gestões, bem como aquelas que buscaram o Poder Judiciário para tornar legítima a pretensão ao aborto. Fato é que o dissenso jurídico é nitidamente largo e se espalha pela matéria. Além do dissenso jurídico, há também dissenso em critérios religiosos e filosóficos.

Para o presente trabalho, a fim de que seja possível ilustrar sensivelmente os debates jurídicos acerca do início da vida, utilizar-se-á a divisão trazida por Marcelo Novelino (2012), segundo o qual quatro concepções podem ser destacadas acerca do início da vida humana. A primeira delas defende que a vida teria início no momento da concepção, com o surgimento do zigoto após a fecundação dos gametas sexuais. Tal previsão está enunciada pelo Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 678/1992. (NOVELINO, 2012).

Noutro aspecto, a segunda corrente entende que o início da vida humana se dá a partir da “vida viável”, ou seja, aquela capaz do exercício de potencialidades biofisiológicas para desenvolvimento do embrião, que não consegue se desenvolver fora do útero inicialmente, sobretudo quando da evolução dos folhetos embrionários. Sendo assim, o início da vida dar-se-ia a partir da *nidação*, que é a fixação do zigoto no útero. (NOVELINO, 2012).

A terceira concepção sustenta que a vida humana se inicia no momento em que é atestada a capacidade neurológica do embrião, capacidade esta que se perfaz cerca de quatro a cinco dias após a concepção, na formação do sistema nervoso central (NOVELINO, 2012). Segundo tal corrente, é lógico concluir que a vida humana se inicia com o início da atividade do sistema nervoso, vez que termina, segundo disposto junto ao artigo 3º da Lei 9.434 de 1977, com a morte encefálica, ou seja, com a paralisação definitiva das atividades do sistema nervoso (NOVELINO, 2012).

Por fim, a quarta concepção à ser destacada no que se refere ao início da vida humana é fiel ao entendimento de que a pessoa em potencial transforma-se em pessoa

em meados da vigésima sexta semana de gestação, quando se torna possível a sobrevivência do feto fora do útero materno, através de tecnologias médico-hospitalares próprias. (NOVELINO, 2012).

Segundo José Afonso da Silva (2014, p. 200), o direito à vida compreende, de modo fragmentado, demais direitos. Tais direitos proporcionam a compreensão da evidente peculiaridade e grandeza do direito a vida. São eles: direito à existência, direito à integridade física e direito à integridade moral. Vejamo-los.

O direito à existência, segundo Silva (2014, pp. 200-201),

Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado de morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida de outrem em estado de necessidade da salvação própria. Tentou-se incluir na Constituição o direito à uma existência digna. Esse conceito de existência digna consubstancia aspectos generosos de natureza material e moral; serviria para fundamentar o desligamento de equipamentos médico-hospitalares, nos casos em que o paciente estivesse vivendo artificialmente (mecanicamente), a prática da eutanásia, mas trazia implícito algum risco como, por exemplo, autorizar a eliminação de alguém portador de deficiência de tal monta que se viesse a concluir que não teria uma existência humana digna (...) (SILVA, 2014, pp. 200-201).

Por sua vez, o direito à integridade física compreende a tutela imperativa que protege o corpo, vez que agredir o corpo é também agredir a vida. A integridade física corporal é *conditio sine qua non* do direito à vida. É justamente por esse motivo que as lesões corporais são punidas pelo Direito Penal, sobretudo porque o bem jurídico tutelado é componente da vida. O direito à integridade física está também expressamente previsto junto ao artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal de 1988 (SILVA, 2014, p. 201).

No que se refere ao direito à integridade moral, tem-se que a vida não se resume apenas no conjunto de atribuições biológicas e físicas. Além disso, os indivíduos são dotados de valores psicossociais, imateriais. A Constituição consagra importante valor à proteção da moral, especialmente à moral individual. A ausência de proteção à mortal reduz o indivíduo à pequenez não compatível com a natureza humana. Ofender a moral

individual é também ofender a vida, vez que dotada de elementares peculiaridades, das quais derivam inúmeros direitos fundamentais (SILVA, 2014, p. 203).

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à vida é matriz primeira. O direito constitucional brasileiro tradicionalmente veda a pena de morte, salvo se em caso de guerra expressamente declarada, tal como disposto pelo artigo 84, inciso XIX, da Constituição da República (1988). Nesse sentido, tal como preleciona José Afonso da Silva (2014, p. 204), o Constituinte entendeu ser mais valiosa a proteção da nacionalidade em detrimento do potencial traidor da pátria em momentos de fragilidade da soberania e do Estado.

Em contrapartida ao direito à vida, determinadas práticas juridicamente legalizadas em outros Estados, tais como a pena de morte, não são aqui legitimadas ou ainda sofrem constante processo de transição doutrinária e jurisprudencial. É o caso, por exemplo, da eutanásia, da tortura e – de modo específico para o presente estudo – do aborto. Analisemos tais práticas à luz das lições de José Afonso da Silva (2014, pp. 204-205). No que se refere à eutanásia, tem-se que:

Este termo tem vários sentidos: ‘morte bela’, ‘morte suave, tranquila’, sem dor, sem padecimento. Hoje, contudo, de eutanásia se fala quando se quer referir à morte que alguém provoca em outra pessoa já em estado agônico ou pré-agônico, com o fim de liberá-la de gravíssimo sofrimento, em consequência de doença tida como incurável, ou muito penosa, ou tormentosa. Chama-se, por esse motivo, homicídio piedoso. É, assim mesmo, uma forma não espontânea de interrupção do processo vital, pelo que implicitamente está vedada pelo direito à vida consagrado na Constituição, que não significa que o indivíduo possa dispor da vida, mesmo em situação dramática. Por isso, nem o consentimento lúcido do doente exclui o sentido delituoso da eutanásia no nosso Direito (SILVA, 2014, pp. 204).

Sobre a tortura, José Afonso da Silva (2014, p. 206) destaca que o ato é um conjunto de “procedimentos destinados a forçar com todos os tipos de coerção física e moral a vontade de um imputado ou de outro jeito (...)”. Nitidamente, em nosso ordenamento, a tortura é proibida, tal como ocorre com a maior parte as constituições modernas, sobretudo após a ascensão da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. José Afonso da Silva (2014, p. 207) ressalta que a tortura “não é só um crime contra o direito à vida. É uma crueldade que atinge a pessoa em todas as suas dimensões, e a humanidade como um todo”.

Acerca do aborto, muitas questões ainda incipientes são discutidas pela doutrina e pela jurisprudência, sobretudo após emblemático julgamento realizado pela Corte de Cúpula do Poder Judiciário brasileiro, cujo conteúdo será tratado em momento oportuno neste trabalho. Contudo, importante trazer ao texto, mais uma vez, a lição de José Afonso da Silva (2014, p. 205):

É outro tema controvertido, que a Constituição não enfrentou diretamente. Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida, desde a concepção, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição do sujeito de direito se adquiriria pelo nascimento com vida, sendo que a vida intrauterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando nem admitindo o aborto. Mas esta não saiu inteiramente vencedora, porque a Constituição parece inadmitir o abortamento. Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida. A nós, nos parece que, no feto, já existe vida humana (SILVA, 2014, p. 205).

O Direito Constitucional parece, portanto, encontrar na discussão sobre quando se inicia a vida importante obstáculo. Não por ineficiência, mas porque a norma ordinária infraconstitucional trata da matéria com mais especificidades. No caso em apreço, específica é a previsão trazida pelo Direito Civil e, logicamente, pelo Código Civil de 2002.

2.2 O início da personalidade jurídica e a expectativa de direitos do nascituro

Tal como dito anteriormente, a fim de que seja possível elucidar os contornos através dos quais caminhamos debates acerca do direito à vida, inevitável não transitar pelos direitos da personalidade, sobretudo através da tratativa trazida pelo Direito Civil quando dispõe sobre personalidade jurídica, início da vida e proteção da vida em potencial. Assim como outros temas, a matéria se mostra controvertida e ainda crepitante no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Francisco Amaral (2017, p. 323), “A pessoa natural começa sua existência com o nascimento com vida e, com isso, a sua capacidade jurídica (CC, art. 2º); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, art. 4º, I”. Acrescenta ainda o autor que “Com a primeira

respiração tem início o ciclo vital da pessoa, marcando também o nascimento, o início da capacidade de direito” (AMARAL, 2017, p. 323).

O ensinamento nada mais é que o enunciado trazido pelo artigo 2º do Código Civil, segundo o qual, “A personalidade civil começa do nascimento com vida,mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Assim, sabe-se que, ainda que venha a morrer logo em seguida ao parto, mas tenha experienciado vida extrauterina, já adquiriu direitos, promovendo efeitos, inclusive, no direito sucessório (AMARAL, 2017, p. 323).

A controvérsia que parece ainda preocupar civilistas, penalistas e constitucionalistas reside no fato de que ainda é frágil teoricamente a figura do nascituro: aquele que está por vir, que conserva expectativa de direitos, que ainda nasceu, mas recebe, de igual forma, proteção jurídica. É evidente que o Código Civil nega ao nascituro personalidade jurídica, mas lhe garante proteção, a fim de que possa exercer, doravante, os direitos de que será titular.

Tal como discorre Francisco Amaral (2017, p. 325),

No direito brasileiro, a maioria dos autores defende que o nascituro não tem personalidade jurídica, como parece dispor o artigo 2º do Código Civil. No entanto o sistema jurídico brasileiro permite outra conclusão. Na Constituição Federal, art. 5º, *caput*, garante-se o direito à vida, isto é, o direito subjetivo à vida. No Código Civil, os artigos 1.609, parágrafo único, 542 e 1.779, consideram também o feto, desde a concepção, como possível sujeito de relações jurídicas, isto é, sujeito de direitos (AMARAL, p. 325).

Em sentido semelhante, Fábio de Oliveira Azevedo (2014) chama a atenção para o fato de que definir o momento em que se inicia a vida ainda é, para os civilistas, tarefa difícil e gera na doutrina incontáveis debates. Segundo ensina,

Apontar o momento em que tem início a personalidade jurídica é uma das mais tormentosas tarefas no estudo da pessoa natural. É a partir desse marco que a pessoa passa a estar autorizada para atuar na vida civil, o que revela a importância do debate. Existem três teorias doutrinárias sobre o tema (AZEVEDO, 2014).

São, portanto, as teorias acerca do início da vida e da personalidade jurídica para Fábio de Oliveira Azevedo (2014):

A primeira teoria (*natalista*), adotada pelo STF, afirma que a personalidade jurídica se inicia a partir do *nascimento com vida*. É uma teoria que remonta ao direito romano, para quem o nascituro não seria pessoa, mas apenas parte da mãe, embora merecesse ser protegido quanto às suas expectativas. Uma segunda teoria,³⁰ denominada *concepcionista*, afirma que o nascituro já teria personalidade jurídica, desde a concepção. Uma terceira teoria doutrinária, denominada *teoria da personalidade condicional*, afirma que a personalidade jurídica do nascituro estaria condicionada ao nascimento com vida, condição essa de natureza suspensiva. Na realidade, entendemos não se tratar propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, com variação de fundamento (AZEVEDO, 2014).

De modo geral, para desenvolvimento das tratativas deste trabalho, entende-se que a teoria adotada pelo ordenamento civil brasileiro é a natalista. Entretanto, inevitável a conclusão de que o nascituro titulariza uma série de situações jurídicas de cunho existencial, sobretudo porque a ideia que se faz daquela pessoa em potencial é de que tenha expectativa de direitos (TARTUCE, 2018).

Há em nosso ordenamento especial proteção conferida ao nascituro, pessoa em potencial, tal como ensina Fábio de Oliveira Azevedo (2014):

Em síntese, embora não seja sujeito de direitos civis, o nascituro já está protegido sob o manto constitucional, tanto quanto à sua dignidade (art. 1º, III, da CR/1988) como em relação aos seus corolários, aí se incluindo os direitos fundamentais (art. 5º da CR/1988). Não é essa, porém, a posição do STF. A discussão surgiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) ajuizada pelo Procurador-Geral da República, sobre a qual falaremos detalhadamente no capítulo relativo aos direitos da personalidade. Buscava-se por essa demanda o pronunciamento de inconstitucionalidade da autorização legal para a manipulação de células-tronco de embrião excedentário sem finalidade reprodutiva, permitida pela Lei de Biossegurança (art. 5º da Lei 11.105/2005). Prevaleceu, por apertado resultado (6x5), o entendimento do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de que a lei é constitucional. De acordo com a sua posição, as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à 'dignidade da pessoa humana' (art. 1º, III), aos 'direitos da pessoa humana' (art. 34, VII, 'b'), ao 'livre exercício dos direitos... individuais' (art. 85, III) e aos 'direitos e garantias individuais' (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa (AZEVEDO, 2014).

Parece claro, por conseguinte, que a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é, sem dúvidas, a natalista, embora ainda se prestem à disputa inúmeras posições doutrinárias, de maior ou menor influência do direito comparado.

Compreendida a análise sintética do direito à vida e do início da personalidade jurídica, bem como da especial proteção conferida ao nascituro, está-se diante, agora,

de provocações necessárias. O aborto, proibido pela lei penal, salvo raras exceções, ainda conserva a mesma tratativa trazida pela Constituição da República e pelo Código Civil? Analisemos, doravante, as peculiaridades do aborto, tal como se apresenta em nossa legislação pátria.

2.3 Aborto: tentativa conceitual

A caracterização do aborto perpassa por diversos cenários científicos. É possível qualificá-lo à luz das ciências biológicas e da medicina, assim também como à luz da ciência jurídica. Sua interpretação teleológica, ao contrário, abrange maior número de cenários reflexivos, dos quais se pode citar a fé e a religião. Inevitavelmente, o enredo de tal prática pode ser observado sob diferentes óticas. Ao presente trabalho, interessam os primeiros – biológico, que prepara cientificamente o conceito; e jurídico, que se ocupa da discussão aqui trazida e dos efeitos jurídicos decorrentes de sua prática ou ocorrência.

Apoiando-se na biologia, através da bioética, sabe-se que a formação humana no período gestacional se inicia com a fecundação dos gametas sexuais, óvulo e espermatozóide, que, unidos, dão origem ao chamado zigoto, célula eucariótica resultante desta fecundação. É o produto final, em seres humanos, da reprodução sexuada. O que ocorre a partir daí se desenvolve através de três grandes fases para o embrião: coordenação, continuação e gradação. Na interação, ocorre a interação celular e molecular que ocorre no genoma; na continuação, há o prosseguimento do progresso biosomático que se inicia na fecundação, sem o qual a formação do zigoto não se conclui; e, por sua vez, a gradação reflete a unidade do embrião e sua individualidade, ainda que em estado celular. (SGRECCIA, 1996, p. 345).

Não obstante, de modo geral, a importância do apoio das ciências biológicas para compreensão dos estágios gestacionais muito serve também à compreensão que se pretende fazer da biogênese humana, isto porque a nós, operadores do direito, importa tal definição a fim de que seja possível delimitar o início da vida e, conseqüentemente, as conseqüências jurídicas de sua abreviação.

Tal como destacado no primeiro item deste capítulo, a biogênese pode ser entendida sob diferentes aspectos, dos quais exemplificamos a concepção, a nidação, a

construção das primeiras terminações nervosas do embrião e o nascimento com vida. Para a teoria concepcionista, a vida humana se inicia no momento da fecundação dos gametas, isto é, na formação do zigoto. Por sua vez, para a teoria que defende a nidificação, entende-se que a biogênese se dá quando da fixação do zigoto às paredes do útero, momento este em que potencialmente pode se desenvolver.

Noutro modo, há também corrente teórica que defende o posicionamento de que a vida se inicia quando se formam as primeiras terminações nervosas do embrião, vez que a vida termina biologicamente com a morte encefálica, e não pode se iniciar senão pela mesma via, ou seja: pelo início incipiente da atividade neural. Por fim, a teoria natalista, à qual somos adeptos no Brasil, defende a ideia de que a biogênese somente existe a partir do nascimento com vida. É a regra enunciada pelo artigo 2º do Código Civil (BRASIL, 2002). Feitas estas considerações, importa-nos agora a pergunta: em que consiste o aborto?

Para Fernando Capez (2011, p. 143), “considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina”. Júlio Fabrini Mirabete (2011, p. 57), por sua vez, entende que aborto “é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção”. Na mesma toada teórica, preleciona Aníbal Bruno (1976, p. 160) que

Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto. Tem-se admitido, muitas vezes, admitido o aborto como expulsão prematura do feto ou como interrupção do processo de gestação. Mas nem um nem outro desses fatos bastará isoladamente para caracterizá-lo. (BRUNO, 1976, p. 60).

Tem-se, portanto, sob reunião de tais elementos da doutrina clássica, que aborto é a morte prematura do feto, provocada, segundo entendimento clássico, durante qualquer momento da gestação. Era este o entendimento dominante e aplicável até o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, de que falaremos mais adiante. A morte do feto pode ser espontânea ou provocada. Esta última é que nos interessa, sobretudo porque se trata de matéria afeta ao Direito Penal, pois tutela bem jurídico de grande relevância. Aborto provocado é aquele munido de vontade, intencional, finalístico. (RODRIGUES, 2018).

Por se dispor o presente estudo a discorrer sobre o aborto, sua natureza jurídica e suas recentes ressignificações em matéria delituosa, vejamo-lo, doravante, sob a ótica do Direito Penal.

2.4 O aborto e sua tratativa no direito penal

A prática do aborto se encontra disposta na parte especial do Código Penal, junto aos artigos 124, 125, 126, 127 e 128. Há atualmente no ordenamento jurídico brasileiro duas grandes formas de se punir o aborto. A primeira delas se refere ao aborto provocado pela gestante. É a letra enunciada pelo artigo 124 do Código Penal: “art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos.” (BRASIL, 1940). A segunda, por sua vez, se refere ao aborto provocado por terceiro, tal como disposto junto aos artigos 125 e seguintes do Código Penal.

Os artigos 127 e 128 do mesmo diploma expressam a forma qualificada do aborto, *verbis*:

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940).

Entretanto, não sempre assim a tratativa do aborto no sistema jurídico penal. A nova roupagem aqui estampada se deve, especialmente, ao controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal através do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Atualmente, há casos em que o aborto não é punível, tal como aquele praticado por médico, chamado também de necessário, quando não há outra possibilidade para salvar a vida da gestante, e aquele cuja justificativa é a gravidez fruto de estupro devidamente comprovado.

Nitidamente, ao aborto provocado por terceiro comina-se pena diferenciada em relação ao consentimento ou não da gestante. Assim também quando se percebem lesões graves ou de que resultem morte da daquela, serão as penas aumentadas de um

terço à metade. (BRASIL, 1940). A norma disposta atualmente no Código Penal é fruto de importante interpretação conforme a Constituição. A repercussão do controle concentrado abstrato de constitucionalidade trouxe consigo significativas tutelas à dignidade da mulher, que não pode nem deve mais ser observada enquanto útero a serviço da sociedade, especialmente em casos em que a gravidez não resulta de ato consentido, tal como aquela originada de estupro. (BARROSO, 2018).

Embora determinadas condutas não mereçam agora a persecução penal, há resistência social no que se refere à possibilidade de abortamento – ainda mais junto às camadas e grupos sociais nitidamente conservadores e adeptos a valores religiosos não flexíveis. A abreviação da vida ainda é, sob certas óticas, motivo de espanto, incredulidade e não aceitação. Há grosseiros e rígidos debates entre sistema jurídico e religião que, mesmo após o julgamento da ADPF 54, ainda pairam pelas discussões morais do país.

Não nos interessa, no presente estudo, estabelecer distinções ou esclarecer conteúdos de matéria religiosa no que se refere à possibilidade e à constitucionalidade do aborto, mas sim analisar seus efeitos e sua nova disciplina à luz das recentes modificações doutrinárias e, sobretudo, jurisprudenciais sobre o tema em sede de controle concentrado. Não nos interessa, tampouco, a reflexão extensa que se encontra no cenário médico, nem seus embates. Mais uma vez, interessa-nos a recente modificação jurídica promovida pela Corte Constitucional em repercussão geral na importa tarefa de interpretar e tutelar direitos tão caros como a vida.

Atentando-se, a partir daqui, à análise dos tipos penais inseridos juntos aos artigos 124, 125, 126, 127 e 128 do Código Penal, propõe-se a compreensão jurídica do aborto e de suas atuais disciplinas no ordenamento brasileiro.

A prática do aborto consiste em abreviar a vida do feto. O bem jurídico tutelado, portanto, é a vida intrauterina. Nota-se que o delito de aborto não pode ser confundido com o delito de infanticídio disposto junto ao artigo 123 do Código Penal. Este trata da abreviação da vida do filho, pela gestante, sob efeito de estado puerperal. Veja-se que o estado puerperal ocorre durante o parto ou logo após. Assim, não mais existe vida intrauterina no infanticídio, vez que iniciada a dilatação do colo do útero ou promovida a incisão das camadas abdominais para realização do parto, está-se diante de vida

extrauterina, não mais podendo incorrer a gestante em crime de aborto. Este último tutela a vida do nascituro, daquele que conserva expectativa de direitos e de personalidade jurídica. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018).

O artigo 124 do Código Penal trata do aborto criminoso provado pela própria gestante. Incorre também nas mesmas penas aquela que, conscientemente, confere a terceiro a tarefa de fazê-lo. Em ambos os casos, a sanção penal recai sobre a gestante. É, portanto, a interrupção da gravidez com destruição do produto da fecundação. O elemento subjetivo do tipo penal é a intenção de causar a morte do feto, direta ou indiretamente, por dolo direto ou eventual.

Em virtude da pena mínima cominada, é cabível a suspensão condicional do processo, na forma como enunciado pelo artigo 89 da Lei 9.099/95, se atendidos os demais requisitos de forma. (CUNHA, 2017, p. 101). Embora grande parte da doutrina entenda que o crime de aborto é crime de mão própria, Rogério Sanches Cunha (2017, p. 102) ressalta que o crime é próprio e possibilita o concurso de agentes, inclusive na modalidade de coautoria. Entende, portanto, que o crime é especial, visto que o executor, a exemplo do marido, será punido e sanção diversa, cuja fixação de pena é independente. Destaca-se também que o sujeito passivo é o mesmo da concepção: o feto.

O artigo 125 do Código Penal expressa a modalidade mais grave do crime de aborto. É aquele praticado por terceiro sem o consentimento da gestante. Tem pena de reclusão de três a dez anos e, por esse motivo, não são cabíveis os benefícios da suspensão condicional do processo, tampouco qualquer dos benefícios da Lei 9.099/95. O tipo penal desse dispositivo é também conhecido como “abortamento sofrido”, nas palavras de Rogério Sanches Cunha (2017, p. 104). Pela própria natureza delituosa, podem ser inúmeros os sujeitos ativos do delito. É crime comum. A subjetividade passiva está tanto na figura da mãe quanto do feto ou embrião (CUNHA, 2017, p. 104). Por fim, o aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante é crime de ação penal pública incondicionada.

O tipo presente junto ao artigo 126 do digesto penal dispõe sobre o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante. A pena é de reclusão de um a quatro anos e, por isso, são cabíveis os benefícios da Lei 9.099/95, tais como a suspensão condicional do processo. Contudo, se a gestante apresentar qualquer

incapacidade, ainda que relativa, oriunda da idade ou de desenvolvimento mental incompleto, aplica-se a pena do artigo 125. É também crime comum. (CUNHA, 2017, p. 106). Havendo desistência, por parte da gestante, em meio aos atos executórios, aquele que, ainda assim, provoca aborto, responde pelo crime de aborto sem consentimento daquela, e estará sujeito às penas do artigo 125.

A disposição do artigo 127 se refere ao crime de aborto majorado, ou seja, aquele que tem pena aumentada. Tal causa de aumento de pena será observada se, em consequência do aborto ou dos meios utilizados para fazê-lo, a gestante sofrer lesão corporal grave ou, em virtude disso, morrer. Notavelmente, pela redação do dispositivo, tem-se que o aumento de pena somente atingirá os crimes capitulados junto aos artigos 125 e 126 do Código Penal. Obviamente não se pune a autolesão nem o autoextermínio, motivo pelo qual o artigo 127 não se aplica ao delito do artigo 124. (CUNHA, 2017, p. 106).

Rogério Sanches Cunha preleciona que

Para que incida a majorante do artigo 127 do CP não indispensável que o aborto se consuma. Basta que a gestante sofra lesão grave ou que venha a morrer. Essa conclusão decorre do próprio texto da lei, que determina o acréscimo quando as lesões graves ou a morte constituem consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo. (CUNHA, 2017, p. 107).

Por fim, as maiores discussões se estacionam quanto ao aborto legal, que exclui a punibilidade e o crime. É, pois, o enunciado do dispositivo:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940).

A letra do artigo 128 é fruto da recente modificação trazida pelo julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Na primeira parte do dispositivo, observa-se o chamado aborto necessário, e na segunda parte, o aborto sentimental, humanitário, ético. No que se refere ao aborto necessário, compreende-se aquele que, para sua caracterização, é preciso que seja praticado por médico, bem como

haja perigo para a vida da gestante e também a impossibilidade de uso de outro meio para salvá-la. (CUNHA, 2017, p. 109).

A doutrina majoritária entende não ser necessário o consentimento da gestante a fim de que se proceda ao aborto necessário. Evidentemente, em matéria de direito privado, tal situação é discutível no que se refere à violência obstétrica, em que não nos ateremos no presente estudo.

Por sua vez, o aborto sentimental é aquele disposto junto ao inciso II, do artigo 128. Diz respeito ao aborto praticado para interromper gravidez resultante de estupro. O motivo do tipo é nobre e humanitário, vez não haver sentido em impor à vítima do abuso sexual, que teve sua honra e sua integridade ofendidas, a maternidade que fosse para ela odiosa e inaceitável (CUNHA, 2017, p. 109). Para isso, o atendimento aos requisitos é necessário: a gravidez tem de ser resultante de estupro, o aborto tem de ser praticado por médico e deve haver consentimento pretérito da gestante.

Há também o aborto do feto anencefálico, que será tratado em capítulo próprio.

Evidentemente, a rigidez da norma penal acaba por culminar nos chamados mercados abortivos e também no conhecido aborto legal econômico, sobre o qual discorrer-se-á adiante.

2.5 O aborto e suas ressignificações jurídicas após o julgamento da ADPF n.º 54

Significativamente, o aborto no cenário jurídico brasileiro sofreu consideráveis transformações após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54. A ADPF é uma das ações do controle concentrado, e junto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e da Ação Declaratória Constitucional amparam a nobre tarefa do Supremo Tribunal Federal, em competência originária, no controle de constitucionalidade.

O aborto no Brasil, antes entendido apenas em sua característica criminal, como ato de alta reprovabilidade no capítulo que trata dos crimes contra a vida junto ao Código Penal, hoje possui hipótese de exclusão em que não mais existe antijuridicidade. Está-se diante da chamada exclusão de crime pela prática de interrupção terapêutica de feto

anencéfalo, também chamado de natimorto cerebral, tese à qual se apoiou o Supremo Tribunal Federal para realização do controle de constitucionalidade arguido na matéria.

Acerca da anencefalia, destaca-se que

A anencefalia, caracterizada como uma patologia terminal que impede o desenvolvimento de estruturas cerebrais basilares, obstaculiza totalmente a vida desse feto, seja extrauterina ou intrauterinamente, sendo uma sentença de morte iminente, carecendo apenas de data certa. Assim, não há uma dificuldade a ser enfrentada pelo novo ser vivo no mundo externo ao qual se dirige, mas uma total impossibilidade de nele vivê-lo. Quadro esse que, independente de estarmos ou não diante de uma vida e, portanto, um ser dotado de personalidade jurídica e direitos próprios, nos obriga a olhar para o outro lado, ou para o quadro todo, "the whole picture", para onde está a mãe. Essa, um ser humano com vida e direitos, sem quaisquer questionamentos quanto a isso, e que precisa de tutela para que possa tomar uma decisão, seja ela qual for, sobre a dificuldade a ser enfrentada. Assim, seus direitos à vida, à autonomia, à liberdade, a não ser torturada e a própria dignidade encontram-se vulnerados e precisam ser tutelados pelo direito, prevalecendo, neste quadro, sobre os possíveis direitos do feto. Diferentemente da decisão tomada na ADI 3510, em que houve a permissão de pesquisas com células tronco embrionárias, o que ocasionou a permissão de descarte para fins científicos de varias vidas em potencial, nesta ação do controle concentrado não há que se falar em vida em potencia, pois esta, sem nem existir, se esvaiu completamente. (ARAUJO, 2017).

Antes de adentrarmos nas peculiaridades presentes no julgamento da ADPF número 54, necessário se faz a pontuação de seus pontos principais. De modo Geral, a arguição levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal disse respeito à possibilidade de interrupção terapêutica do feto anencéfalo sem que a conduta caracterizasse a prática delituosa constante da letra do artigo 124 do Código Penal, segundo a qual o ato de provocar aborto em si mesma ou permita que outra pessoa o faça resulta em pena equivalente a detenção de um a três anos (BRASIL, 1940).

Tal como sustentado por Luís Roberto Barros, à época advogado representante da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, polo ativo da provocação jurisdicional, a hipótese de interrupção terapêutica de feto anencéfalo não configura aborto, visto que o aborto é ato por meio do qual se extirpa a vida intrauterina, sobretudo porque o aborto pressupõe vida potencial do feto, que não ocorre em indivíduos anencéfalos, de condição incompatível com a vida extrauterina.

Tal posicionamento parte do princípio de que o sistema jurídico atual não define o momento em que se inicia a vida, mas coloca marco temporal em seu fim, qual seja: o encerramento da atividade cerebral. Na hipótese de feto anencéfalo não há sequer

atividade cerebral, motivo pelo qual não há que se falar em antijuridicidade da prática interruptiva da gestão em casos como este levado à Corte.

Por fim, pontuou que as normas dispostas junto ao diploma penal devem ser excepcionadas à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, presente no enunciado trazido artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

À exceção dos Ministros Cesar Peluzo e Ricardo Lewandowski, os demais integrantes da Corte votaram pela procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, baseando-se no entendimento de que o feto anencéfalo não possui vida e, assim sendo, não poderia ser vítima de crime de aborto, que interrompe a vida.

O acórdão foi assim ementado:

FETO ANENCÉFALO. INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. MULHER. LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA. SAÚDE. DIGNIDADE. AUTODETERMINAÇÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME. INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (STF – ADPF: 54 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 11/04/2012. Tribunal Pleno).

A partir disso, vejamo-lo detalhadamente nos pontos que interessam ao presente estudo, que trata da ressignificação jurídica do aborto após o referido julgamento. Tal como ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio,

O feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. O feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade.

[...]

A anencefalia configura – e quanto a isso não existem dúvidas – doença congênita letal, pois não há possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior. A afirmação categórica de que a anencefalia é uma malformação letal funda-se na explanação de especialistas que participaram da audiência pública.

[...]

De fato, em termos médicos, há dois processos que evidenciam o momento morte: o cerebral e o clínico. O primeiro é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de causa conhecida, ainda que o tronco cerebral esteja temporariamente em atividade. O segundo é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com a finalização das atividades cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea, resultando em posterior necrose celular. Conforme a Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de 1997, do Conselho Federal de Medicina, os exames complementares a serem observados para a

constatação de morte encefálica deverão demonstrar, de modo inequívoco, a ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica cerebral ou, ainda, a inexistência de perfusão sanguínea cerebral.

[...]

Cumpra rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia.

[...]

Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Não de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. (STF – ADPF: 54 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 11/04/2012. Tribunal Pleno).

Por sua vez, a Ministra Cármen Lúcia trouxe importante reflexão acerca da grandeza do debate levado ao plenário, sobretudo no que se refere à autonomia contextualizada na figura das mulheres, quem são quem carregam as potenciais vidas e também o feto sem vida, tal como se refere ao feto anencéfalo:

A mulher que não pode interromper essa gravidez tem o medo do que vai acontecer, o medo de que lhe pode ser acometido, o medo físico, o medo psíquico e o medo, ainda, de vir a ser punida penalmente por uma conduta que ela venha a adotar. Nada fragiliza mais o ser humano do que, primeiro, o medo, a meu ver, e, depois, a vergonha, pela que ela sempre passa. Também numa das cartas recebidas, uma mulher conta que ela, durante os cinco meses de gravidez, depois de ter descoberto a anencefalia do seu feto, não saía mais porque em toda fila, de banco, de mercado, perguntavam a ela quando ia nascer, qual era o nome, o que ela pensava para o filho, e que ela não podia responder; portanto, ela passou cinco meses dentro de casa se escondendo por vergonha de não ter escolhas, numa sociedade que se diz democrática, com possibilidade de garantir a liberdade para todos. Acho também que não se pune aborto praticado, senão como salvar a vida da gestante, como diz o Código Penal, mas a vida saudável, e aqui a saúde psíquica está incluída. Ademais, tenho ser suporte para uma decisão no sentido de não se considerar punível o aborto nesses casos o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao afirmar que o juiz, ao aplicar a lei, haverá de considerar os fins a que ela se destina. E todas e

quaisquer leis no sistema brasileiro haverão de garantir a dignidade da pessoa humana ou do ser humano.

[...]

Em geral o diagnóstico da anencefalia no feto é realizado no terceiro mês de gestação, na consulta em que as mulheres buscam conhecer o sexo do futuro bebê. Indiferente ao fato de a gestação ter sido ou não planejada, esse é um momento da gestação em que as mulheres já experimentam o papel social de futuras mães e o feto já faz parte de um projeto de família. É na delicadeza desse contexto que o impacto do diagnóstico deve ser compreendido: esperam-se informações sobre sexo, altura ou peso do feto, mas parte-se sempre do pressuposto de que o feto é viável. A maternidade estimula um espírito profundamente inclusivo nas mulheres, tornando-as particularmente sensíveis a acolher várias formas de expressão de diversidade física e mental em seus futuros filhos. Mas a inviabilidade do feto as confronta com uma das experiências mais dilacerantes da maternidade: o luto pelo futuro filho. A anencefalia é uma sentença que assegura a morte imediata do futuro filho. É diante dessa certeza e da total impossibilidade de recurso que se deve entender o dever da gestação como uma ameaça ao direito à saúde da mulher. (STF – ADPF: 54 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 11/04/2012. Tribunal Pleno).

O que se levou à discussão, evidentemente, não foi a possibilidade de permissão do aborto, mas sim a provocação no sentido de que a interrupção terapêutica de feto anencéfalo não configurasse o contido junto ao artigo 124 do Código Penal, sobretudo ante a ausência de elementos constitutivos do tipo penal. A ausência de vida em potencial faz também estar ausente a conduta incriminadora que abrevia a vida intrauterina.

O marco modificativo situa-se no fato de que o aborto, tal como disposto junto ao Código Penal comina pena capaz de proteger bem jurídico relevante: a vida. Não interessa ao ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à proteção de bens jurídicos, a existência do feto anencéfalo, que não conserva sequer expectativa de direitos, visto que o diagnóstico seguro do quadro clínico em questão impera na certeza de que a morte do feto anencéfalo dar-se-á logo nas primeiras horas ou até mesmo no primeiro dia do nascimento, em que se iniciaria a vida extrauterina.

De mais a mais, tem-se que a interpretação conforme a Constituição (sem alteração do texto) conferida pelo Supremo Tribunal Federal é hipótese de exclusão no que se refere à interrupção terapêutica do feto anencéfalo, não sendo considerado crime o ato de intervenção na gestação, especialmente por que não pode ser a mulher obrigada a gestar indivíduo sem qualquer expectativa de vida.

O julgamento se estacionou em rico debate que envolvia valores dos mais variados. Além disso, o fundamento da dignidade da pessoa humana admite múltiplas interpretações, e a partir destas é que se conseguiu ressignificar a situação jurídica do

ato anteriormente definido como crime, que agora se encontra na esteira dos atos capazes de afastar a antijuridicidade da interrupção terapêutica do feto anencéfalo.

Expressando-se, outra vez, o esclarecimento do tipo delituoso constante da norma do artigo 124 do Código Penal, cuja discussão encerrou em procedência o pedidoaviado por meio da Arguição aqui tratada, tem-se que o artigo 124 do Código Penal trata do aborto criminoso provado pela própria gestante. Incorre também nas mesmas penas aquela que, conscientemente, confere a terceiro a tarefa de fazê-lo. Em ambos os casos, a sanção penal recai sobre a gestante. É, portanto, a interrupção da gravidez com destruição do produto da fecundação. O elemento subjetivo do tipo penal é a intenção de causar a morte do feto, direta ou indiretamente, por dolo direto ou eventual.

Vê-se, na análise do tipo, que o crime ali considerado se refere à abreviação da vida, à extirpação daquele que está vivo. À luz do entendimento proferido pela maioria do Plenário, entendeu-se que o feto anencéfalo, sob a ótica médica, não conserva vida potencial, sobretudo por não conferir atividade encefálica, motivo pelo qual não há que se falar em aborto em sede de interpretação constitucional. Note-se que a ausência de qualquer das elementares do tipo penal desconstrói sua rigidez de ilicitude. O legislador do diploma em apreço não tinha, à época, condições técnicas para aferir as hipóteses médicas de ocorrência da anencefalia.

Obviamente, a letra do dispositivo que cuida do crime de aborto praticado pela gestante (art. 124, do Código Penal), deve ser modulada em favor do Texto Constitucional, que inaugurou ordem jurídica diversa das anteriores. O movimento em apreço se refere á necessidade de que toda a legislação infraconstitucional tenha seu fundamento jurídico de validade na própria Constituição, da qual não deve se dissociar. É por isso que, em virtude da mora e da inércia do poder democrático instituído em sufrágio, na figura do Congresso Nacional, cabe à jurisdição constitucional exercer a interpretação da norma em respeito a princípios e bens jurídicos constitucionais tão caros, como a vida, a autonomia e a dignidade da mulher.

A dignidade humana, nesse sentido, é fundamento valorativo que norteia a decisão. De modo geral, a dignidade humana é fundamento axiológico de todos os direitos humanos fundamentais e retrata a preocupação do Estado Brasileiro com seus jurisdicionados. A dignidade pode ser entendida como a atribuição humana para o

exercício pleno de suas potencialidades, sem rupturas e violações, de qualidade inerente à vida e à condição de ser humano.

Ingo Sarlet (2008, p. 63) preleciona que a dignidade

É a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade, implicando nesse sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

No que se refere à necessidade de relativização dos direitos do nascituro em detrimento do direito à vida da gestante, assim colocou o Ministro Gilmar Mendes:

Independentemente dos motivos históricos ou teológicos em razão dos quais o direito à vida é considerado prioritário em uma determinada cultura, é evidente que se trata, sob a perspectiva do estado democrático de direito, de valor essencial a ser preservado pelo Estado. A existência humana é pressuposto elementar de todos os direitos e liberdades elencados na Constituição. Compete ao ordenamento jurídico estabelecer, dentro dos limites constitucionalmente admitidos, de que forma e em que medida essa proteção estatal será concretizada. Verifica-se que a discussão em quase todos os países que enfrentaram esse tema acaba por enfatizar a existência de vida intrauterina que deve receber proteção estatal e cujos direitos normalmente se sobrepõem aos da gestante. As Cortes Constitucionais dos Estados que mencionei foram enfáticas sobre a importância do direito à vida e à proteção do nascituro em relação a terceiros, inclusive à mãe. Entretanto, a análise da perspectiva estrangeira permite averiguar que, assim como no Brasil, há casos em que o direito à vida do nascituro pode não ter primazia em relação à escolha da gestante em abortar. Não se trata aqui, ressaltado, de uma liberdade irrestrita do legislador em definir quais valores teriam prioridade em relação à vida em determinado momento, mas de hipóteses consideradas verdadeiras exceções, auferidas inclusive a partir da perspectiva histórico-cultural de determinada sociedade. (STF – ADPF: 54 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 11/04/2012. Tribunal Pleno).

E complementa o Ministro acerca das peculiaridades da anencefalia:

Durante a Audiência Pública promovida por esta Corte com vistas à ampla discussão da anencefalia e do aborto dos fetos anencéfalos, várias questões foram objeto de dissenso. Parece-me, todavia, ser possível, com prudência, iniciar o raciocínio a partir de alguns pontos relevantes que se tornaram mais claros após o debate: – Morte encefálica e anencefalia são conceitos distintos, portanto deve ser bem ponderado o argumento de que a lei brasileira considera a morte cerebral para fins de doação de órgãos. Na anencefalia, a pessoa tem

autonomia cardíaca e respiratória, ao passo que, na morte cerebral, a pessoa só permanece viva com a ajuda de aparelhos; – Nos casos mais brevemente diagnosticados, por volta da décima semana de gravidez foi possível descobrir a anencefalia no feto. Desse modo, pode-se considerar que, a partir do fim do primeiro trimestre de gravidez, passa a ser possível diagnosticar a anomalia; – No estágio atual de desenvolvimento da medicina, o diagnóstico da anencefalia fetal pode ser realizado com elevadíssimo grau de certeza; – O risco da gravidez de um feto anencéfalo é maior do que o de um feto viável. Entre outras complicações, são frequentes: variação do líquido amniótico; hipertensão; diabetes; parto prematuro; gravidez prolongada; deslocamento placentário; óbito intrauterino; necessidade de transfusão de sangue por não contração do útero após o parto; e histerectomia. Além disso, há forte impacto sobre a saúde mental das mulheres, com estresse psíquico, angústia, culpa, pensamentos suicidas e fixação na imagem fetal; e – A anencefalia é uma doença letal que, na grande maioria dos casos, leva à morte intrauterina do feto ou logo após as primeiras horas do nascimento. (STF – ADPF: 54 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 11/04/2012. Tribunal Pleno).

Acerca das discussões aqui trazidas, destaca-se também o entendimento do Ministro Celso de Melo em seu voto:

Este julgamento, que é efetivamente histórico, eis que nele estamos a discutir o alcance e o sentido da vida e da morte, revela que o Direito, em nosso País, estruturado sob a égide de um Estado laico, secular e democrático, é capaz de conferir dignidade às experiências da vida e aos mistérios insondáveis da morte, possibilitando, assim, que esta Suprema Corte supere os graves desafios representados pelos dilemas éticos e jurídicos resultantes do litígio ora em debate, o que permitirá, ao Tribunal, no caso em análise, proferir decisão impregnada da mais elevada transcendência, porque motivada pelo exame de temas instigantes que nos estimulam a julgar esta controvérsia a partir da perspectiva emancipatória dos direitos humanos.

[...]

Este é um julgamento que se mostra fiel “ao espírito de nossa era e à realidade de nossos tempos”, pois reflete a esperança de um número indeterminado de mulheres que, embora confrontadas com a triste e dramática situação de serem portadoras de feto anencefálico, estão a receber, hoje, aqui e agora, o amparo jurisdicional do Supremo Tribunal Federal que lhes garante o exercício, em plenitude, do direito de escolha entre prosseguir no curso natural da gestação ou interrompê-la, sem receio, neste caso, de sofrer punição criminal ou indevida interferência do Estado em sua esfera de autonomia privada.

[...]

O Supremo Tribunal Federal, Senhor Presidente, no estágio em que já se acha este julgamento, está a reconhecer que a mulher, apoiada em razões diretamente fundadas em seus direitos reprodutivos e protegida pela eficácia incontestável dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade, tem o direito insuprimível de optar pela antecipação terapêutica de parto, nos casos de comprovada malformação fetal por anencefalia, ou, então, legitimada por razões que decorrem de sua autonomia privada, o direito de manifestar a sua vontade individual pelo prosseguimento do processo fisiológico de gestação.

[...]

O longo itinerário histórico percorrido pelo movimento feminista, seja em nosso País, seja no âmbito da comunidade internacional, revela trajetória impregnada

de notáveis avanços, cuja significação teve o elevado propósito de repudiar práticas sociais que injustamente subjugavam a mulher, suprimindo-lhe direitos e impedindo-lhe o pleno exercício dos múltiplos papéis que a moderna sociedade, hoje, lhe atribui, por legítimo direito de conquista.

[...]

Com efeito, o postulado da dignidade da pessoa humana - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, e traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Vê-se, daí, considerado o quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais e internacionais de direitos, que o Supremo Tribunal Federal se defronta, neste caso, com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

[...]

A laicidade do Estado, enquanto princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, que impõe a separação entre Igreja e Estado, não só reconhece, a todos, a liberdade de religião (consistente no direito de professar ou de não professar qualquer confissão religiosa), como assegura absoluta igualdade dos cidadãos em matéria de crença, garantindo, ainda, às pessoas, plena liberdade de consciência e de culto. (STF – ADPF: 54 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 11/04/2012. Tribunal Pleno).

Importante a ressalva de que o que se modificou com o julgamento da ADPF número 54 se refere à tratativa conferida à interrupção terapêutica de fetos anencéfalos. A consequência é que tal prática não mais pode ser punida pelas penas cominadas junto ao artigo 124 do Código Penal, sobretudo porque os efeitos típicos das ações do controle concentrado (ADI, ADC, ADO e ADPF) são *erga omnes*. Entretanto, ainda subsiste o tipo delituoso do dispositivo em comento, vez que este em nada se relaciona com a interrupção da gravidez por anencefalia, vez que o feto ali presente não conserva expectativas de vida extrauterina, não havendo enquadramento no delito capitulado junto ao dígito criminal.

Assim também, importante se faz a consideração de que o objeto da arguição não foi o de descriminalizar o aborto, mas de permitir à gestante a interrupção da gravidez de feto anencéfalo sem necessidade de intervenção estatal e judicial para que o faça. Nesta seara, o sopesamento de princípios fundamentais parece ser efetivo veículo técnico para atendimento da norma constitucional e dos casos levados à sua jurisdição.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

De modo geral, o que se observa dos estudos aqui destacados é que o aborto é fato social antigo, repleto de elementares históricas. A prática abortiva não tem origem contemporânea, mas remonta há muitos séculos. Além disso, o aborto enquanto prática social histórica carrega consigo diferentes naturezas, das quais se destaca para a pesquisa a de cunho jurídico.

O número de mulheres que praticam aborto atualmente tem crescido consideravelmente, ainda que a prática abortiva seja tipificada como crime pela Lei Penal. Segundo informações do Senado Federal (2015), cerca de mil a mil e quinhentos abortos são feitos no Brasil a cada ano. Acredita-se que a descriminalização do aborto seja importe fator para redução da prática, uma vez que a experiência vivenciada por países cujo ordenamento jurídico não mais se preocupa com o aborto e o descriminaliza é positiva no sentido de redução das mortalidades e violações à saúde percebidas por mulheres. Em 2013, cerca de 206.270 internações hospitalares devidas à prática abortiva foram registradas no Brasil. Desse número, aproximadamente 25% das internações são resultantes de aborto provocado. (SENADO FEDERAL, 2015).

O que se percebe é que o aborto enquanto prática social nunca esteve atrelado ao direito para produção de seus efeitos típicos. A conduta, que, reprovadamente presente, modificou o modo de percepção da ciência jurídica em relação à tutela do bem jurídico ali disposto. No caso em apreço, o que se buscou foi a desconstrução da ideia de que a interrupção terapêutica de feto anencéfalo não pode ser entendida, de modo algum, como aborto, até mesmo porque não dotada das elementares componentes do tipo penal. Não há interrupção da vida do fato natimorto cerebral, motivo pelo qual, através da interpretação conforme a Constituição, fez-se necessária a virada jurisprudencial sobre a matéria em favor da Supremacia da Ordem Constitucional.

Notadamente, durante muito tempo a figura da gestante foi entendida como elemento instrumental da procriação humana. Impunha-se à mulher o dever de gestar, ainda que não fosse essa sua vontade. Mais ainda, impunha-se à mulher a obrigação de gestação de feto de morte potencial segura e inevitável, violando-se assim uma série de direitos fundamentais de personalidade das mulheres que assim não desejassem

alimentar o período de gestação. Não havia autonomia sobre os próprios corpos. A provocação da jurisdição constitucional foi importante passo para interpretação conforme a Carta Federal.

A ideia que se faz da autonomia da mulher enquanto senhora de seu corpo foi enriquecida sobremaneira pelo julgamento da ação de controle concentrado, isso porque a primazia conferida a direitos tais como a liberdade, a autonomia e possibilidade de exercer escolhas sobre o próprio corpo mostram-se superiores, de forma ponderada, em detrimento da expectativa de direitos do nascituro, que nesta toada sequer foi compreendido enquanto ser vivo se acometido por anencefalia, alinhado analogicamente ao fato de que a vida se inicia com a atividade cerebral, já que a morte significa seu fim.

De mais a mais, no que se refere ao crime capitulado junto à norma do artigo 124 do Código Penal, tem-se que sua natureza após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 admite agora a exclusão de ilicitude da interrupção terapêutica de feto anencéfalo, antes entendida como aborto pelo legislador, que não tinha, à época, condições para previsibilidade da anencefalia. A importância da apreciação levada ao Supremo Tribunal Federal se refere à realização de interpretação conforme a Constituição a fim de levar a cabo a distinção entre aborto (que abrevia a vida intrauterina) e interrupção terapêutica (que abrevia o sofrimento da gestante, a qual, não desejando a gestação de feto natimorto cerebral, possa decidir sobre seu corpo e sua autonomia).

De modo geral, o julgamento da ADPF 54 provocou uma série de controvérsias de ordem axiológica, das quais se destacam as crenças religiosas, filosófica e científicas. A presença de *amicus curiae* no bojo do processo de controle concentrado contribui significativamente para a pacificação da ordem constitucional, sobretudo no que se refere à tutela de direitos e garantias fundamentais.

Há que se frisar, no entanto, que os debates de cunho religioso, embora merecedores de respeito quando não eivados de violência, são também sujeitos à ordem constitucional. Está-se diante da defesa da Constituição em sede de controle de constitucionalidade, e a laicidade do Estado é fator elementar para interpretação conforme o Texto Político na ressignificação jurídica do aborto.

Ademais, a despeito de não ter sido observada ainda qualquer movimentação do Congresso Nacional para tratativa do tema, a decisão da Corte Constitucional é válida para todos e vinculada, de modo que deve ser acatada e cumprida, caso seja da vontade da gestante promover a interrupção terapêutica de feto anencéfalo devidamente diagnosticado.

4 CONCLUSÃO

Em razão dos estudos aqui delineados, duas são as conclusões propostas. A primeira delas refere-se ao fato de que determinadas atos e práticas sociais independem do direito para sua existência, ainda que em certo momento histórico sejam sancionados pela lei penal. O aborto, neste caso, é prática social recorrente. A política de criminalização não foi capaz de reduzir o número de casos de aborto. A contrário: aumentou consideravelmente as estatísticas – fato este que não se observa nos países em que a prática foi legalizada.

No que se refere ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, acredita-se que foi um importante passo para defesa dos direitos da mulher e de sua autonomia, vez que o feto anencéfalo, à luz da ciência médica, não é dotado de vida potencial, motivo pelo qual a interrupção terapêutica da gestação não pode incorrer em crime de aborto.

Evidentemente, não se discute na interpretação conforme a Constituição se a prática abortiva é correta ou incorreta segundo valores religiosos. Por óbvio, são colocados em debate os anseios e sentimentos das instituições que professam sua fé, mas tal natureza não é determinante em um Estado Democrático de Direito não confessional. O que se pretendeu com a provocação da Corte de Cúpula foi a reinterpretção do artigo 124 do Código Penal para incluir ali, sem modificação do texto, a possibilidade excepcional de que a interrupção terapêutica de feto anencéfalo não mais fosse entendida como aborto, e assim não mais punida pela *ratio criminis*, vez que inexistente suas elementares.

A segunda proposição conclusiva reside no fato de que muitos ainda são os elementos sociais e axiológicos capazes de modificar faticamente os entendimentos jurisprudenciais. Ainda que a prática seja hoje reconhecida como constitucional, a interrupção terapêutica de feto anencéfalo gera desconfortos sociais e grupais. Setores da sociedade, sobretudo religiosos ainda conservam grande debate sobre o tema. Evidentemente, todos os debates e profissões de fé são válidos, mas são ambos submetidos à supremacia constitucional.

Através da análise peculiar do direito à vida, do aborto em sua concepção médica e jurídica, dos direitos do nascituro, das tratativas do aborto em matéria penal e da ilustração de caso concreto através da ADPF 54, foi possível concluir que a proteção que se faz à mulher e à autonomia de seu corpo se mostrou superior, em sopesamento, aos interesses do nascituro, sobretudo daquele que não é compreendido como vida potencial, conhecido também pela medicina como feto natimorto cerebral, cuja existência é incompatível com a vida extrauterina.

Segundo estatísticas aqui apresentadas, extraídas de dados do Senado Federal (2015), a legalização do aborto em países desenvolvidos fez reduzir a taxa de mortalidade de mulheres que se utilizam do aborto ilegal para atingir a interrupção da gestação. Verifica-se assim que o direito penal não é solução para tratar a questão que acomete grande parte das mulheres em nosso país, especialmente no que se refere à manutenção de estáo de feto anencéfalo, que não conserva expectativa de vida.

Por fim, tem-se que os direitos fundamentais não são absolutos e podem sofrer os efeitos do sopesamento de interesses do caso concreto, tal como se nota da impossível e inviável vida do feto em cenário extrauterino, não interessando ao direito sua tutela.

A modificação trazida pela ADPF 54 é fato de necessidade social, até mesmo porque o legislador de 1940, à época de decreto do Código Penal, não reunia condições para previsão dos efeitos da anencefalia. Tutelaram-se de forma especial os direitos da mulher e sua dignidade, que ainda se encontra em processo de fortalecimento ante a desconstrução gradual do patriarcado. O julgamento histórico do STF consolidou-se em verdadeiro precedente e seus efeitos *erga omnes* beneficiaram sobremaneira o direito de escolha e de autodeterminação da mulher que não deseja manter gestação cujo fruto é inviável.

Importante, assim, a ressalva de que os direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, a exemplo dos direitos da mulher em seu contexto de autonomia, que se mostraram superiores, em sopesamento, aos direitos do feto anencéfalo, vez que inexistente valor absoluto. (FRANCO, 2018).

As normas de eficácia plena são aquelas que, desde o momento de sua promulgação (1988), reservam aptidão para produzir todos os seus efeitos jurídicos de

forma integral, direta, imediata e autoaplicável, e independem da atuação futura do Estado para sua concretização, bem como não sofrem quaisquer condicionamentos pelo ordenamento jurídico, seja ele constitucional ou infraconstitucional. São exemplos de normas de eficácia plena os artigos 1º, 2º, 5º, inciso III, da Constituição Federal. São também apresentados por meio de normas de eficácia plena os remédios constitucionais, tal como disposto junto ao artigo 5º, incisos LXVIII a LXXIII, da Constituição.

É esse o ensinamento de José Afonso da Silva (2003), segundo o qual as normas definidoras de direitos e garantias individuais devem ser aplicadas imediatamente, desde o momento de sua vigência. É o que proporcionou ao Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido de que as mulheres, para além da interpretação conforme a Constituição acerca do aborto, tinham seus direitos violados, por não exercerem sua autonomia sobre o corpo e sobre seu projeto de vida.

Por fim, entende-se que a modificação social da prática de interrupção terapêutica do feto anencéfalo traz consigo significativa mudança de paradigma, sobretudo quando da exclusão desta conduta do rol de crimes contra a vida, em respeito à autonomia e dignidade da mulher, que não mais deve ser compreendida enquanro útero social.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

ARAUJO, Ellen Cristina Veras de. **Aborto do feto anencéfalo: análise da ADPF 54**. [online]. Conteúdo Jurídico, 2017. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48629/aborto-do-feto-anencefalo-analise-da-adpf-54>>. Acesso em 22 de outubro de 2019.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Civil: Introdução e Teoria Geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Saraiva: São Paulo, 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Estatísticas sobre o aborto**. [online]. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cssf/seminario-e-outros-eventos/seminarios-e-outros-eventos-anteriores/seminarios-2015-1/seminario-8-e-09.09/apresentacao-4>>. Acesso em 22 de outubro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54**. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, Data de julgamento: 11/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 21 de outubro de 2019.

_____. **Decreto-lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 7 de dezembro de 1940

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte especial**. 9ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Consitucional Brasileiro**. Editora Foco: Rio de Janeiro, 2018.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. **Manual de Direito Penal: parte geral**. Saraiva Jur: São Paulo, 2018.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal: parte especial**. São Paulo: Atlas, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

RODRIGUES, Cristiano. **Manual de Direito Penal**. Editora Foco: São Paulo, 2019.

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética I - Fundamentos e ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. Editora Método: São Paulo, 2018.