

12/04/2012

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Quero destacar, antes de mais nada, Senhor Presidente, o *magnífico* voto **proferido** pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, Relator **da presente** causa, bem assim registrar a *excelência* dos pronunciamentos dos eminentes Juízes desta Suprema Corte **que me precederam** neste julgamento, **além de ressaltar** as *valiosíssimas* sustentações orais aqui produzidas, seja pela parte arguente, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, seja pelo eminente Procurador-Geral da República.

À **semelhança** do que afirmei no julgamento da ADI 3.510/DF, **que versou** o tema da utilização de terapias celulares, com células-tronco embrionárias, **destinadas** ao tratamento de doenças ou de alterações degenerativas, **também desejo registrar**, Senhor Presidente, que, neste caso, **e em quase 44 anos** de atuação na área jurídica, primeiro como membro do Ministério Público paulista e, agora, como Juiz do Supremo Tribunal Federal, nunca participei de um processo que se revestisse da magnitude **que assume** o presente julgamento.

**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 incontrastável** 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.

Este julgamento **concerne** a uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, **ajuizada** pela Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde (CNTS), **na qual** se postula **seja declarado**, pelo Supremo Tribunal Federal, "que as normas penais sobre aborto não incidem sobre a hipótese de antecipação de parto de feto anencefálico - quando tal condição seja atestada por laudo médico".

**Apoia-se**, a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, **na alegação de que** "A 'vida' intra-uterina do

feto anencefálico corresponde, a rigor, apenas ao funcionamento de seus órgãos, mantido pelo corpo da gestante ao qual está ligado, da mesma forma que os órgãos de um indivíduo cuja morte cerebral tenha sido constatada podem ser mantidos em funcionamento por aparelhos a ele conectados", **afirmando-se**, também, **que**, "se não há, na hipótese, vida a ser protegida, nada justifica a restrição aos direitos fundamentais da gestante (dignidade, liberdade e saúde) que a obrigação de levar a cabo a gravidez acarreta", **eis que**, em tal hipótese - **segundo sustenta** -, "A incidência da norma penal no caso (...) será inteiramente desproporcional e inconstitucional".

**Busca-se**, portanto, **na presente** sede de controle normativo abstrato, **seja declarada a inaplicabilidade** dos dispositivos penais **relativos** ao crime de aborto (**CP**, arts. 124 e 126, "caput"), **naquelas hipóteses** de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, **procedendo-se**, para tanto, a um juízo de "ponderação de valores", **eis que** - *segundo sustenta a arguente* - **a permanência de um feto destituído de viabilidade, incapaz, portanto, de sobreviver, autonomamente, em ambiente extrauterino, não pode justificar, quanto à gestante, "o imenso sofrimento a que esta estará sujeita, por meses a fio, submetendo-se, inutilmente, às transformações físicas e psicológicas trazidas pela gravidez".**

Relembrando o saudoso Ministro LUIZ GALLOTTI e considerando o alto significado da decisão a ser tomada por esta Suprema Corte, **nesta** ação de descumprimento de preceito fundamental, sobre o pretendido direito, em favor de gestantes, à antecipação terapêutica de parto, nas situações excepcionais de anencefalia fetal, tenho presente a grave advertência, por ele **então** lançada, de que, em casos emblemáticos como este, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir o seu julgamento, poderá ser, *ele próprio*, "julgado pela Nação" (RTJ 63/299, 312).

A irrecusável magnitude do direito à vida e a discussão em torno de sua titularidade, **notadamente** se considerada, *quanto a esta*, **a perspectiva enfatizada** pelo eminente Procurador-Geral da República, impõem o confronto de tais valores com aqueles que se fundam nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, ainda mais se se tiver presente, *sob tal aspecto*, que **esses** direitos - **entre** os quais se acham **o de praticar, sob determinadas condições, o aborto seguro** ("*safe abortion*"), **o de controlar** a própria fecundidade e **o de decidir**, de forma livre, autônoma **e** responsável, **sobre questões** atinentes à sua sexualidade - representam projeção expressiva dos direitos humanos reconhecidos, *às mulheres*, pelas sucessivas Conferências internacionais **promovidas** pela ONU na década de 90 (**em**

**especial a Conferência de Viena sobre Direitos Humanos de 1993, a Conferência de Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, de 1995, realizada em Pequim).**

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**.

**O movimento feminista** - que fez instaurar um processo de inegável transformação de nossas instituições sociais - **buscou**, na perspectiva concreta de seus grandes objetivos, **estabelecer um novo** paradigma cultural, **caracterizado** pelo reconhecimento **e** pela afirmação, **em favor** das mulheres, **da posse de direitos básicos fundados** na essencial igualdade entre os gêneros.

**Todos sabemos**, Senhor Presidente, **sem desconhecer** o relevantíssimo papel pioneiro desempenhado, **entre nós**, no passado,

por grandes vultos brasileiros que se notabilizaram no processo de afirmação da condição feminina, que, **notadamente a partir** da década de 1960, **verificou-se** um significativo avanço na discussão de temas intimamente ligados à situação da mulher, **registrando-se, no contexto desse processo histórico, uma sensível evolução** na abordagem das questões de gênero, de que resultou, em função de um incessante movimento de caráter dialético, **a superação** de velhos preconceitos culturais e sociais **que impunham, arbitrariamente, à mulher, mediante incompreensível resistência** de natureza ideológica, **um inaceitável** tratamento discriminatório e excludente, **que lhe negava** a possibilidade de protagonizar, **como ator relevante, e fora do espaço doméstico**, os papéis que, até então, lhe haviam sido recusados.

Dentro desse contexto histórico, **a mística feminina, enquanto sinal visível** de um processo de radical transformação de nossos costumes, **teve a virtude, altamente positiva, consideradas** as adversidades enfrentadas pela mulher, **de significar uma decisiva resposta contemporânea** aos gestos de profunda hostilidade, que, **alimentados** por uma **irracional** sucessão de fundamentalismos - **quer** os de caráter teológico, **quer** os de índole política, **quer, ainda, os** de natureza cultural -, **todos eles impregnados da marca da intolerância** e **que culminaram**, em determinada etapa de nosso

processo social, **por subjugar, injustamente,** a mulher, **ofendendo-a** em sua inalienável dignidade **e marginalizando-a** em sua posição de pessoa **investida** de plenos direitos, **em condições de igualdade** com qualquer representante **de gênero** distinto.

**Cabe ter presente, bem por isso, neste ponto,** ante a sua **extrema** importância, a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos **promovida** pela Organização das Nações Unidas (1993), **na passagem em que** esse instrumento, **ao reconhecer** que os direitos das mulheres, **além de** inalienáveis, "constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais" (**Capítulo I, item n. 18**), **deu expressão prioritária** à "*plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional (...)*" (**Capítulo I, item n. 18**).

**Foi com tal propósito** que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos **instou**, de modo particularmente expressivo, que "*as mulheres tenham pleno e igual acesso aos direitos humanos e que esta seja uma prioridade para os Governos e as Nações Unidas*", **ênfatizando**, ainda, "*a importância da integração e plena participação das mulheres como agentes e beneficiárias do processo*

de desenvolvimento...”, tudo isso com a finalidade de pôr em relevo a necessidade “de se trabalhar no sentido de eliminar todas as formas de violência contra as mulheres na vida pública e privada, de eliminar todas as formas de assédio sexual, exploração e tráfico de mulheres, de eliminar preconceitos sexuais na administração da justiça e de erradicar quaisquer conflitos que possam surgir entre os direitos da mulher e as consequências nocivas de determinadas práticas tradicionais ou costumeiras, do preconceito cultural e do extremismo religioso” (Capítulo II, “B”, n. 3, **itens** ns. 36 e 38 - grifei).

Esse mesmo compromisso veio a ser reiterado na Declaração de Pequim, **adotada** na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, **realizada** na capital da República Popular da China (1995), **quando, uma vez mais, proclamou-se** que práticas e atos como o assédio sexual “são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser combatidos e eliminados”, conclamando-se os Governos **para a urgente adoção** de medidas destinadas a combater e a eliminar todas as formas de violência e de constrangimento “contra a mulher na vida privada e pública, **quer** perpetradas ou toleradas pelo Estado ou pessoas privadas” (“Plataforma de Ação”, Cap. IV, “I”, item n. 224), especialmente quando tais atos **traduzirem** abuso

de poder, **tal como expressamente** reconhecido nessa Conferência Internacional sobre a Mulher.

O **eminente** Embaixador JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES, **em lapidar reflexão crítica** sobre o tema pertinente à condição feminina ("Relações Internacionais e Temas Sociais - A Década das Conferências", p. 240/241, item n. 7.6, 2001, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília), **expendeu** considerações extremamente relevantes sobre o processo de afirmação, expansão e consolidação dos direitos da mulher no século XX, **analisando-os** em função **das diversas** conferências internacionais **promovidas** sob a égide da Organização das Nações Unidas:

*"Seja pelo desenvolvimento de sua situação em grande parte do mundo, seja nos documentos oriundos de cada uma das quatro grandes conferências da ONU a ela dedicadas nas três últimas décadas, o caminho percorrido pela mulher no século XX, mais do que um processo bem-sucedido de auto-ilustração no sentido kantiano - da qual a mulher efetivamente equiparada ao homem prescindiria e a mulher biológica 'per se' não necessitaria -, evidencia uma capacidade de auto-afirmação, luta e conquista de posições inigualáveis na História. O fato é tão evidente que sua reiteração soa lugar-comum. Mais interessantes parecem os marcos conceituais de tal evolução.*

*Na descrição de Miriam Abramovay, o desenvolvimento conceitual subjacente à práxis do feminismo passou, nas últimas duas décadas, dos enfoques reducionistas que encaravam a mulher como ente biológico, ao tratamento de sua situação como ser social, 'ou seja, incorporou-se a perspectiva de gênero para compreender a posição da*

mulher na sociedade'. As conferências da ONU sobre a mulher, por sua vez, sempre tendo como subtítulo os termos 'Igualdade, Desenvolvimento e Paz', foram expandindo os campos prioritários de atuação. A partir dos subtemas do trabalho, da educação e da saúde, na Conferência do México, em 1975, passaram a incluir a violência, conflitos armados, ajustes econômicos, poder de decisão e direitos humanos em Nairóbi, em 1985, e, agora, abrangem os novos temas globais do meio ambiente e dos meios de comunicação, além da situação particular das meninas. As estratégias, que privilegiavam originalmente a integração da mulher no processo de desenvolvimento, em Nairóbi, já afirmavam que 'o papel da mulher no processo de desenvolvimento tem relação com o desenvolvimento de toda a sociedade'. **Faziam-no, porém, sem um exame mais detido das relações históricas assimétricas** homem-mulher, **que incorporam** relações de poder.

**Em Beijing, as relações de gênero**, com seu substrato de poder, passaram a constituir o cerne das preocupações e dos documentos adotados, tendo como asserção fundamental a reafirmação dos direitos da mulher como direitos humanos. E nestes se acham, hoje, naturalmente, incluídos seus direitos e necessidades específicos, particularmente os reprodutivos, os sexuais e os referentes à violência de que são vítimas, por indivíduos e sociedades, tradições, legislações e crenças." (grifei)

**Cabe referir**, neste ponto, **por oportuno**, a precisa observação de GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA ("Princípio da **Paternidade Responsável**", "in" Revista de Direito Privado, vol. 18/21-41, **23/24**, 2004, RT), ilustre Professor e Magistrado, **feita em estudo no qual examina questões de bioética e de biodireito, associadas** ao tema da **reprodução humana, da saúde sexual e reprodutiva e da parentalidade responsável, noção esta** fundada no

exercício consciente, pelas pessoas, dos direitos reprodutivos de que são titulares:

**"O movimento tendente à igualdade entre o homem e a mulher revela que os direitos fundamentais da mulher também se referem aos direitos reprodutivos e sexuais, e, nesse passo, a aquisição e o efetivo exercício de tais direitos dependem não da igualdade meramente formal, mas especialmente material entre os sexos masculino e feminino na condução de questões pessoais relacionadas ao exercício da sexualidade e da procriação. No campo internacional, Flávia Piovesan aponta a Conferência de Cairo sobre População e Desenvolvimento, ocorrida em 1994, como o evento internacional que proporcionou a formulação de importantes princípios éticos relacionados à esfera dos direitos reprodutivos, como os seguintes: o reconhecimento dos direitos reprodutivos como direitos humanos pelos Estados; o direito da pessoa de ter controle sobre questões relativas à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva; liberdade de decisão sem coerção, discriminação ou violência como direito fundamental.**

**Talvez não haja maior exemplo da interseção entre o público e o privado do que os direitos reprodutivos, porquanto, a despeito da sexualidade - e, logicamente, da procriação - tradicionalmente ser considerada tema relacionado à maior intimidade da pessoa, os impactos deletérios sentidos pela humanidade a respeito dos problemas decorrentes da falta de informação, do aumento descontrolado das famílias, do adensamento populacional em determinados lugares com a perspectiva de falta de recursos suficientes para atender às necessidades da população - diante da finitude dos bens materiais -, entre outros, fizeram com que os Estados tivessem que considerar a importância do planejamento familiar, e, para tanto, os debates internacionais foram - como ainda são - de extrema relevância. O Plano de Ação de Cairo, de 1994, recomenda às nações que adotem uma série de providências com o fim de buscarem obter certos objetivos, como, por exemplo, o crescimento econômico sustentado, a educação -**

particularmente das meninas, a redução da mortalidade neo-natal, infantil e materna e o acesso universal e democrático aos serviços de saúde reprodutiva especialmente de planejamento familiar e de saúde reprodutiva e sexual. **Importante conclusão da Conferência de Cairo** se vincula mais proximamente às esferas pessoais do homem e da mulher: **às mulheres deve ser reconhecido** o direito de liberdade de opção e a responsabilidade social sobre a decisão pertinente ao exercício da maternidade - com direito à informação e direito a ter acesso aos serviços públicos para o exercício de tais direitos e responsabilidades reprodutivas -, **ao passo** que aos homens devem ser reconhecidas responsabilidades pessoal e social pelos comportamentos de índole sexual que repercutam na saúde e bem-estar das mulheres e dos filhos que gerarem com elas. Assim, ambos - homem e mulher podem conscientemente exercer seus direitos de liberdade sexual, o que implica a assunção de responsabilidades - deveres - resultantes das consequências do exercício de tais direitos, notadamente no campo da reprodução humana." (grifei)

**Reconheço**, Senhor Presidente, antes de mais nada, a **absoluta propriedade** do meio processual ora utilizado, **considerada** a ausência **de qualquer outra medida que viabilize** uma solução pronta e eficaz para situações em que direitos fundamentais são postos em relação de frontal antagonismo, **em estado de tensão dialética**.

**A plena admissibilidade** da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, **portanto, tanto mais se justifica** quando se considera que a **controvérsia** ora suscitada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde **faz instaurar** - como já acentuado - **situação de antagonismo** entre valores

**fundamentais** inerentes à própria ordem constitucional brasileira, **como o são** o direito à vida, de um lado, **analisado** na perspectiva da vida intrauterina, **e os direitos** à saúde (física e psíquica), à liberdade e à dignidade, **de que são titulares** as mulheres gestantes, de outro.

**A relevância constitucional** do tema em análise, portanto, **autoriza**, plenamente, a instauração da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, **mediante** o ajuizamento, formalizado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, da **presente** arguição.

**Não questiono a sacralidade e a inviolabilidade** do direito à vida. **Reconheço**, por isso mesmo, **para além** da adesão **a quaisquer** artigos de fé, **que o direito à vida reveste-se**, em sua **significação mais profunda**, de um sentido **de inegável** fundamentalidade, **não importando** os modelos políticos, sociais **ou** jurídicos que disciplinem a organização dos Estados, **pois** - **qualquer** que seja o contexto histórico em que nos situemos - "**o valor incomparável da pessoa humana**" **representará**, sempre, **o núcleo fundante e eticamente legitimador** dos ordenamentos estatais.

Ressalto, ainda, por irrecusável, a essencialidade que assume, em nosso sistema jurídico, como fator estruturante do ordenamento estatal, a dignidade da pessoa humana.

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.

Presente esse contexto, convém insistir na asserção de que o Poder Judiciário **constitui** o instrumento **concretizador** das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais **assegurados** pelos tratados e convenções internacionais **subscritos** pelo Brasil. **Essa alta missão**, que foi confiada aos juízes e Tribunais, **qualifica-se** como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário.

O juiz, no plano de nossa organização institucional, **representa** o órgão estatal **incumbido** de concretizar as liberdades públicas **proclamadas** pela declaração constitucional de direitos e **reconhecidas** pelos atos e convenções internacionais **fundados** no direito das gentes. Assiste, *desse modo*, ao magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição - e garante de sua supremacia - **na defesa incondicional e na garantia real** das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, *ainda*, **efetividade** aos direitos **fundados** em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão **socialmente** mais importante e **politicamente** mais sensível **que se impõe** aos magistrados, *em geral*, e a esta Suprema Corte, *em particular*.

É dever dos órgãos do Poder Público - e notadamente dos juízes e Tribunais - **respeitar e promover** a efetivação dos direitos **garantidos** pelas Constituições dos Estados nacionais **e assegurados** pelas declarações internacionais, **em ordem a permitir** a prática de um constitucionalismo democrático **aberto** ao processo **de crescente internacionalização** dos direitos básicos da pessoa humana.

O respeito e a observância das liberdades públicas **impõem-se** ao Estado **como obrigação indeclinável**, que se justifica **pela necessária submissão** do Poder Público **aos direitos fundamentais** da pessoa humana.

O conteúdo dessas liberdades - verdadeiras prerrogativas do indivíduo em face da comunidade estatal - **acentua-se** pelo caráter ético-jurídico que assumem **e** pelo valor social que ostentam, **na proporção exata** em que essas franquias individuais **criam, em torno da pessoa**, uma área **indepassável** à ação do Poder.

Não se pode desconhecer, Senhor Presidente, que se delinea, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções,

presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito **estranho** ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.

O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em **sucessivas** declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.

Torna-se importante destacar, sob tal perspectiva, que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, **representou** um passo decisivo no processo de reconhecimento, consolidação e contínua expansão dos direitos básicos da pessoa humana, notadamente dos direitos fundamentais da mulher, dentre os quais, como já referido, inscrevem-se os direitos sexuais e reprodutivos, com todas as consequências que deles resultam.

A Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, **foi responsável** - consoante observa o diplomata brasileiro JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES ("Os Direitos Humanos como Tema Global", p. 135/144,

item n. 8.2, 1994, Perspectiva) - por significativos avanços conceituais que se projetaram nos planos concernentes à legitimidade das preocupações internacionais com os direitos humanos (Artigo 4º), à interdependência entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos (Artigo 8º) e, ainda, ao reconhecimento do sentido de universalidade dos direitos humanos (Artigo 5º) e, em particular, dos direitos sexuais e reprodutivos, que se qualificam, tal como acentuado pelo eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA no HC 84.025/RJ, como "componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal (...)"

Cumpr não desconhecer, nesse contexto, o alcance e o significado de **diversas** proclamações constantes da **Declaração de Viena**, especialmente daquelas **que enfatizam** o compromisso solene de **todos** os Estados promoverem o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas, **assegurando-lhes**, para esse efeito, **meios destinados** a viabilizar o acesso à própria jurisdição de organismos internacionais.

Resulta claro de todas as observações que venho de fazer que os tratados e convenções internacionais desempenham papel

de significativo relevo **no plano** da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana.

É certo, ainda, que a presente controvérsia jurídica, mesmo que impregnada de evidente interdisciplinaridade temática, não pode nem deve ser reconhecida **como uma disputa entre** Estado e Igreja, entre poder secular e poder espiritual, entre fé e razão, entre princípios jurídicos e postulados teológicos.

Na realidade, o debate em torno da possibilidade de antecipação terapêutica de parto do feto anencefálico não pode ser reduzido à dimensão de uma litigiosidade entre o poder temporal e o poder religioso, pois o sistema jurídico brasileiro **estabelece, desde** o histórico **Decreto 119-A**, de 07/01/1890, elaborado por RUI BARBOSA e DEMÉTRIO RIBEIRO, então membros do Governo Provisório da República, a separação entre Estado e Igreja, com afastamento do modelo imperial **consagrado** na Carta monárquica de 1824, que proclamava o catolicismo como religião oficial do Estado brasileiro (art. 5º).

Todos sabemos que a laicidade traduz, desde 1890, um postulado essencial da organização institucional do Estado brasileiro, representando, nesse contexto, uma decisão política

fundamental adotada pelos Fundadores da República, cuja opção - consideradas as circunstâncias históricas **então** presentes - teve em perspectiva a desgastante experiência **proporcionada** pela Carta Política do Império do Brasil, notadamente aquela **resultante** do gravíssimo **conflito** que se instaurou entre o Estado monárquico brasileiro e a Igreja Católica Romana, a conhecida Questão Religiosa ou controvérsia episcopo-maçônica (1872-1875), que opôs o trono imperial ao altar católico.

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.

O conteúdo material da liberdade religiosa compreende, *na abrangência de seu significado,* **a liberdade** de crença (**que traduz** uma das projeções da liberdade de consciência), **a liberdade** de culto e a liberdade de organização religiosa, **que representam** valores **intrinsecamente** vinculados **e** necessários **à própria** configuração da

ideia de democracia, **cuja noção se alimenta, continuamente, dentre** outros fatores relevantes, **do respeito ao pluralismo.**

**Nesse contexto,** e considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema jurídico, **impõe-se,** como elemento **viabilizador** da liberdade religiosa, **a separação institucional** entre Estado e Igreja, **a significar,** portanto, que, **no Estado laico,** *como o é o Estado brasileiro,* **haverá,** sempre, uma clara e precisa **demarcação** de domínios próprios de atuação e de incidência do poder civil (ou secular) e do poder religioso (ou espiritual), **de tal modo** que a escolha, ou não, de uma fé religiosa revele-se questão de ordem **estritamente** privada, **vedada,** no ponto, **qualquer** interferência estatal, **proibido,** ainda, ao Estado, **o exercício** de sua atividade **com apoio** em princípios teológicos, **ou** em razões de ordem confessional, **ou,** ainda, em artigos de fé, **sendo irrelevante** - em face da exigência constitucional *de laicidade do Estado* - **que se trate** de dogmas **consagrados** por determinada religião considerada **hegemônica** no meio social, **sob pena** de concepções de certa denominação religiosa **transformarem-se,** *inconstitucionalmente,* **em critério definidor** das decisões estatais e da formulação e execução de políticas governamentais.

O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas.

Vale referir, neste ponto, o preciso magistério de DANIEL SARMENTO ("**Legalização do Aborto e Constituição**", "in" "Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos", p. 03/51, **26-27**, 2007, Lumen Juris):

**"A Constituição de 88 não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI). Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas. (...).**

**A laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas - ou seja, em razões cuja**

possibilidade de aceitação pelo público em geral **independa** de convicções religiosas ou metafísicas particulares. **A laicidade do Estado não se compadece** com o exercício da autoridade pública **com fundamento** em dogmas de fé - **ainda que professados** pela religião majoritária -, **pois ela impõe** aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistância **em relação** às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.

**Com efeito, uma das características essenciais das sociedades contemporâneas é o pluralismo.** Dentro de um mesmo Estado, **existem** pessoas que **abraçam** religiões diferentes - **ou que não adotam nenhuma** -; **que professam** ideologias distintas; **que têm concepções** morais filosóficas díspares **ou até antagônicas.** **E, hoje, entende-se** que o Estado deve respeitar estas escolhas e orientações de vida, **não lhe sendo permitido** usar do seu aparato repressivo, **nem mesmo** do seu poder simbólico, **para coagir** o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade, **nem tampouco** para estigmatizar os 'outsiders'.

**Como expressou** a Corte Constitucional alemã, **na decisão** em que considerou inconstitucional a colocação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, 'um Estado no qual membros de várias ou até conflituosas convicções religiosas ou ideológicas devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica se se mantiver neutro em matéria de crença religiosa (...). A força numérica ou importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância.'

(...) **O princípio majoritário** (...) **não é outra coisa senão a transplantação para o cenário político-institucional** da idéia de intrínseca igualdade entre os indivíduos. Mas as pessoas só são tratadas como iguais quando o Estado demonstra por elas o mesmo respeito e consideração. E não há respeito e consideração quando se busca impingir determinado comportamento ao cidadão não por razões públicas, que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa ou filosófica com a qual ele não comunge nem tenha de comungar." (grifei)

Em matéria confessional, portanto, o Estado brasileiro há de se manter em posição de estrita neutralidade axiológica, em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade do seu direito fundamental à liberdade religiosa.

O Estado não tem - nem pode ter - interesses confessionais. Ao Estado é indiferente o conteúdo das ideias religiosas que eventualmente venham a circular e a ser pregadas por qualquer grupo confessional, mesmo porque não é lícito ao Poder Público interditá-las ou censurá-las, sem incorrer, caso assim venha a agir, em inaceitável interferência em domínio naturalmente estranho às atividades estatais.

É por essa razão, Senhor Presidente, que cabe destacar a relevantíssima circunstância de que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, torna-se imperioso reconhecer que temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica - que busquem atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores de qualquer fé religiosa - estão, necessariamente, fora do alcance do poder censório do Estado, sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional de crença e de disseminação (sempre legítima) das mensagens inerentes às doutrinas confessionais em geral.

A separação constitucional entre Estado e Igreja, *desse modo*, além de impedir que o Poder Público **tenha preferência** ou **guarde hostilidade** em relação a **qualquer** denominação religiosa, objetiva resguardar duas (2) posições que se revestem de absoluta importância: (1) assegurar, *de um lado*, aos cidadãos, a liberdade religiosa e a prática de seu exercício, e (2) obstar, *de outro*, que grupos fundamentalistas se apropriem do aparelho de Estado, para, com apoio em convicções ou em razões de ordem confessional, **impor**, aos **demais** cidadãos, a **observância** de princípios teológicos e de diretrizes religiosas.

Daí porque esta Suprema Corte não pode resolver qualquer controvérsia, como a que ora se examina, sob uma perspectiva de índole confessional.

O único critério a ser utilizado, *portanto*, na solução da controvérsia ora em exame é aquele que se fundamenta nos textos da Constituição, dos tratados e convenções internacionais e das leis da República e que se revela informado por razões de caráter eminentemente social e de natureza pública, em ordem a viabilizar, em favor da mulher e do profissional da área da saúde, **a prática da interrupção** do processo fisiológico de gestação de feto acometido de

anencefalia, **sem que se incorra** nas sanções cominadas no ordenamento penal brasileiro.

Mostra-se relevante, portanto, a meu juízo, considerados os aspectos ora referidos, que este Supremo Tribunal Federal deve sustentar o seu julgamento em razões **eminentemente não** religiosas, considerada a realidade de o Estado brasileiro, fundado no pluralismo de ideias e apoiado em bases democráticas, qualificar-se como uma República essencialmente laica e não confessional, para não se repetir, uma vez mais, o gravíssimo erro histórico em que incidu, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, quando constrangeu Galileu Galilei ("eppur si muove!"), sob pena de condenação à morte na fogueira, a repudiar as suas afirmações (cientificamente corretas) a propósito do sistema heliocêntrico, reputadas incompatíveis com a Bíblia pelas autoridades e teólogos da Igreja de Roma.

Ainda que assim alguns não entendam, tenho para mim, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, dentre outros temas, *tal como sucedeu no julgamento da ADI 3.510/DF*, grave reflexão sobre a bioética do começo da vida, em face, até mesmo, da própria secularização dos valores envolvidos neste processo.

É interessante observar, neste ponto, que são diversas as abordagens em torno da formulação de "um conceito substantivo sobre a definição bioética do momento exato em que o ser humano se inaugura como ente" (MIGUEL KOTTOW, "Bioética del Comienzo de la vida. ¿Cuántas veces comienza la vida humana?", "in" Simpósio Bioética n° 2, vol. 9, 2001).

Torna-se correto assinalar, em consequência, que vários podem ser os inícios da vida humana, tal seja a opção que se faça por qualquer das formulações teóricas ou teses que buscam estabelecer conceitos bioéticos sobre o início da vida individual.

A esse respeito, e consideradas as diversas propostas sobre o tema em exame, há diferentes teses científicas que discutem, cada qual com argumentos próprios, o início da vida, destacando-se, dentre essas várias abordagens, como observa LETÍCIA DA NÓBREGA CESARINO ("Nas Fronteiras do 'humano': os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões"), as seguintes:

<u>Tese</u>	<u>Marco Inicial</u>	<u>Fundamentos Biológicos</u>
<u>Genética</u>	Fertilização - encontro do óvulo com o espermatozoide.	Com a fecundação, há a formação de estrutura celular com código genético único.

<p><b><u>Embriológica</u></b></p>	<p><b>14º dia</b> - completa-se a nidação (fixação do embrião na parede do útero) e a formação da linha primitiva (estrutura que dará origem à coluna vertebral).</p>	<p><b>O embrião configura-se como estrutura propriamente individual:</b> não pode se dividir em dois ou mais, nem se fundir com outro. Além disso, diferencia-se das estruturas celulares que formarão os anexos embrionários.</p>
<p><b><u>Neurológica</u></b></p>	<p><b>8ª semana</b> - aparecimento das primeiras estruturas que darão origem ao sistema nervoso central (<b>SNC</b>).</p> <hr/> <p><b>20ª semana</b> - completa a formação do <b>SNC</b> 'per se'.</p>	<p><b>Baseada no mesmo argumento da morte cerebral:</b> assim como a vida só termina com a parada dos sinais neurológicos, ela começa com o aparecimento das estruturas nervosas e/ou de seus sinais.</p>
<p><b><u>Ecológica</u></b></p>	<p><b>Entre a 20ª e a 24ª</b> semanas - completa a formação dos pulmões, última estrutura vital a ficar pronta.</p>	<p><b>Principal fundamentação</b> da decisão da Suprema Corte norte-americana autorizando o aborto, refere-se à capacidade potencial do feto de sobreviver autonomamente fora do útero.</p>

<u>Gradualista</u>	Não há.	Supõe a continuidade do processo biológico, no qual a vida é concebida como um ciclo. Neste sentido, a formação de um indivíduo começa com a dos gametas de seus pais ainda no útero das avós.
--------------------	---------	--

As divergências a propósito da definição do início da vida não se registram apenas no campo científico, mas se projetam, por igual, no domínio filosófico e no âmbito das religiões, como o **evidencia** um estudo altamente informativo sobre a questão em análise ("O primeiro instante"), realizado por ELIZA MUTO e LEANDRO NARLOCH:

"A história da vida

Saber onde começa a vida é uma pergunta antiga. Tão velha quanto a arte de perguntar - a questão despertou o interesse, por exemplo, do grego Platão, um dos pais da filosofia. Em seu livro República, Platão defendeu a interrupção da gestação em todas as mulheres que engravidassem após os 40 anos. Por trás da afirmação estava a idéia de que casais deveriam gerar filhos para o Estado durante um determinado período. Mas quando a mulher chegasse a idade avançada, essa função cessava e a indicação era clara: o aborto. **Para Platão**, não havia problema ético algum nesse ato. Ele acreditava que a alma entrava no corpo apenas no momento do nascimento.

As idéias do filósofo grego repercutiram durante séculos. Estavam por trás de alguns conceitos que nortearam a ciência na Roma antiga, onde a interrupção da gravidez era considerada legal e moralmente

aceitável. **Sêneca**, um dos filósofos mais importantes da época, **contou** que era comum mulheres induzirem o aborto **com o objetivo** de preservar a beleza do corpo. Além disso, quando um habitante de Roma se opunha ao aborto era para obedecer à vontade do pai, que não queria ser privado de um filho a quem ele tinha direito.

**A tolerância ao aborto** não queria dizer que as sociedades clássicas estavam livres de polêmicas semelhantes às que enfrentamos hoje. **Contemporâneo e pupilo** de Platão, **Aristóteles afirmava** que o feto tinha, sim, vida. **E estabelecia** até a data do início: **o primeiro movimento** no útero materno. **No feto do sexo masculino**, essa manifestação **aconteceria no 40º dia** de gestação. **No feminino**, **apenas no 90º dia** - Aristóteles acreditava que as mulheres eram física e intelectualmente inferiores aos homens e, por isso, se desenvolviam mais lentamente. Como naquela época não era possível determinar o sexo do feto, **o pensamento aristotélico defendia** que o aborto **deveria ser permitido** apenas até o 40º dia da gestação.

**A teoria do grego Aristóteles** sobreviveu **cristianismo** adentro. **Foi encampada** por teólogos fundamentais do catolicismo, **como São Tomás de Aquino e Santo Agostinho**, e **acabou alçada a tese oficial** da Igreja para o surgimento da vida. **E assim foi por um bom tempo** - até o ano de 1588, quando o papa Sixto 5º condenou a interrupção da gravidez, **sob pena de excomunhão**. **Nascia aí a condenação do Vaticano ao aborto (...)**. **O sucessor de Sixto**, Gregório 9º, **voltou atrás** na lei e **determinou** que o embrião **não formado não poderia** ser considerado ser humano e, portanto, abortar era diferente de cometer um homicídio. **Essa visão perdurou até 1869**, no papado de Pio 9º, quando a Igreja novamente mudou de posição. **Foi a solução encontrada para responder à pergunta que até hoje perturba: quando começa a vida?** Como cientistas e teólogos não conseguiam concordar sobre o momento exato, Pio 9º decidiu que o correto seria não correr riscos e proteger o ser humano a partir da hipótese mais precoce, ou seja, a da concepção na união do óvulo com o espermatozóide.

**A opinião atual do Vaticano** sobre o aborto, no entanto, só seria consolidada com a decisão dos teólogos de que o primeiro instante de vida ocorre no momento da concepção, e que, portanto, o zigoto deveria

ser considerado um ser humano independente de seus pais. (...).

**O catolicismo é das únicas grandes religiões do planeta a afirmar que a vida começa no momento da fecundação** e a equiparar qualquer aborto ao homicídio. **O judaísmo e o budismo, por exemplo, admitem a interrupção da gravidez em casos como o de risco de vida para a mãe (...). Isso mostra que a idéia de vida e a importância** que damos a ela **variam de acordo com culturas e épocas**. Até séculos atrás, eram apenas as crenças religiosas e hábitos culturais que davam as respostas a esse debate cheio de possibilidades. **Hoje, a ciência tem muito mais a dizer sobre o início da vida.**

### **A ciência explica**

O astrônomo **Galileu Galilei** (1554-1642) **passou a vida fugindo da Igreja** por causa de seus estudos de astronomia. Ironicamente, sem uma de suas invenções - o telescópio, fundamental para a criação do microscópio -, a Igreja não teria como fundamentar a tese de que a vida começa já na união do óvulo com o espermatozóide. Foi somente no século 17, após a invenção do aparelho, que os cientistas começaram a entender melhor o segredo da vida. Até então, ninguém sabia que o sêmen carregava espermatozóides. Mais tarde, por volta de 1870, os pesquisadores comprovaram que aqueles espermatozóides corriam até o óvulo, o fecundavam e, 9 meses depois, você sabe. Foi uma descoberta revolucionária. Fez os cientistas e religiosos da época deduzir que a vida começa com a criação de um indivíduo geneticamente único, ou seja, no momento da fertilização. É quando os genes originários de duas fontes se combinam para formar um indivíduo único com um conjunto diferente de genes.

(...) **Hoje sabemos que não existe um momento único em que acontece a fecundação**. O encontro do óvulo com o espermatozóide não é instantâneo. **Em um primeiro momento**, o espermatozóide penetra no óvulo, **deixando sua cauda para fora. Horas depois**, o espermatozóide já está dentro do óvulo, **mas os dois** ainda são coisas distintas. **'Atualmente**, os pesquisadores preferem enxergar a fertilização como um processo que ocorre em um período de 12 a 24 horas', **afirma** o biólogo

americano Scott Gilbert, no livro *Biologia do Desenvolvimento*. **Além disso**, são necessárias outras 24 horas para que os cromossomos contidos no espermatozóide se encontrem com os cromossomos do óvulo.

(...) **A teoria da fecundação** como início de vida **sofre um abalo** quando se leva em consideração **que o embrião** pode dar origem a dois ou mais embriões **até** 14 ou 15 dias **após** a fertilização. Como uma pessoa pode surgir na fecundação se depois ela se transforma em 2 ou 3 indivíduos? E tem mais complicação. É bem provável que o embrião nunca passe de um **amontoado de células**. Depois de fecundado numa das trompas, ele precisa percorrer um longo caminho até se fixar na parede do útero. Estima-se que **mais de 50% dos óvulos** fertilizados não tenham sucesso nessa missão e sejam abortados espontaneamente, expelidos com a menstruação.

**Além dessa visão** conhecida como '**genética**', há pelo menos outras **4 grandes correntes** científicas que apontam uma linha divisória **para o início da vida**. Uma delas estabelece que a vida humana se origina na **gastrulação** - estágio que ocorre no início da 3ª semana de gravidez, depois que o embrião, formado por 3 camadas distintas de células, chega ao útero da mãe. **Nesse ponto**, o embrião, que é menor que uma cabeça de alfinete, é um indivíduo único que não pode mais dar origem a duas ou mais pessoas. Ou seja, a partir desse momento, ele seria um ser humano.

**Com base nessa visão**, muitos médicos e ativistas defendem o uso da pílula do dia seguinte, medicação que dificulta o encontro do espermatozóide com o óvulo ou, caso a fecundação tenha ocorrido, provoca descamações no útero que impedem a fixação do zigoto. Para os que brigam pelo direito **do embrião à vida**, a **pílula do dia seguinte** equivale a uma arma carregada.

**Para complicar ainda mais**, há uma **terceira corrente científica** defendendo que, **para saber o que é vida**, **basta entender o que é morte**. **E países** como o Brasil e os **EUA definem a morte como a ausência de ondas cerebrais**. A **vida começaria**, portanto, com o **aparecimento dos primeiros sinais de atividade cerebral**. E quando eles surgem? Bem, isso é outra polêmica. **Existem duas hipóteses** para a resposta. **A primeira** diz que **já na 8ª semana de gravidez o embrião** (...) **possui** versões primitivas de todos os sistemas de

órgãos básicos do corpo humano, incluindo o sistema nervoso. **Na 5ª semana**, os primeiros neurônios começam a aparecer; **na 6ª semana**, as primeiras sinapses podem ser reconhecidas; **e com 7,5 semanas** o embrião apresenta os primeiros reflexos em resposta a estímulos. **Assim, na 8ª semana**, o feto - que já tem as feições faciais mais ou menos definidas, com mãos, pés e dedinhos - tem um circuito básico de 3 neurônios, a base de um sistema nervoso necessário para o pensamento racional.

**A segunda hipótese** aponta **para a 20ª semana**, quando a mulher consegue sentir os primeiros movimentos do feto, capaz de se sentar de pernas cruzadas, chutar, dar cotoveladas e até fazer caretas. É nessa fase que o tálamo, a central de distribuição de sinais sensoriais dentro do cérebro, está pronto. **Se a menor dessas previsões**, a de 8 semanas, **for a correta**, mais da metade dos abortos feitos nos EUA não interrompem vidas. Segundo o instituto americano Allan Guttmacher, ong especializada em estudos sobre o aborto, 59% dos abortos legais acontecem **antes** da 9ª semana.

**Apesar da discordância** em relação ao momento exato do início da vida humana, os defensores **da visão neurológica** querem dizer a mesma coisa: **somente quando as primeiras conexões neurais são estabelecidas no córtex cerebral** do feto ele se torna um ser humano. **Depois**, a formação **dessas vias** neurais resultará na aquisição da 'humanidade'. (...).

### 1. Visão genética

A vida humana começa na fertilização, quando espermatozóide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. É também a opinião oficial da Igreja Católica.

### 2. Visão embriológica

A vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. É essa idéia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e

contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez.

### **3. Visão neurológica**

O mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na 8ª semana. Outros, na 20ª.

### **4. Visão ecológica**

A capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e a 24ª semana de gravidez. Foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito do aborto.

### **5. Visão metabólica**

Afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozoides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural.

### **1. Catolicismo**

A vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não é um ser humano em potencial. Por mais de uma vez, o papa Bento 16 reafirmou a posição da Igreja contra o aborto e a manipulação de embriões. Segundo o papa, o ato de 'negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano.'

## 2. Judaísmo

'A vida começa apenas no 40º dia, quando acreditamos que o feto começa a adquirir forma humana', diz o rabino Shamai, de São Paulo. 'Antes disso, a interrupção da gravidez não é considerada homicídio.' Dessa forma, o judaísmo permite a pesquisa com células-tronco e o aborto quando a gravidez envolve risco de vida para a mãe ou resulta de estupro.

## 3. Islamismo

O início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, **cerca de 120** dias após a fecundação. Mas há estudiosos que acreditam que a vida tem início na concepção. Os muçulmanos condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática principalmente quando há risco para a vida da mãe. E tendem a apoiar o estudo com células-tronco embrionárias.

## 4. Budismo

A vida é um processo contínuo e ininterrupto. Não começa na união de óvulo e espermatozóide, mas está presente em tudo o que existe - nossos pais e avós, as plantas, os animais e até a água. No budismo, os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras. Entre as correntes budistas, não há consenso sobre aborto e pesquisas com embriões.

## 5. Hinduísmo

Alma e matéria se encontram na fecundação e é aí que começa a vida. E como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano. Na questão do aborto, hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos: a mãe, o pai, o feto e a sociedade. Assim, em geral se opõem à interrupção da gravidez, menos em casos que colocam em risco a vida da mãe." (**grifei**)

Veja-se, portanto, de todo o quadro ora exposto, que são diversas as teorias científicas que buscam estabelecer a definição bioética do início da vida, o que permite, ao intérprete -

necessariamente desvinculado de razões de natureza confessional ou religiosa -, optar por aquela concepção que mais se ajuste ao interesse público e que respeite os direitos fundamentais das pessoas, objetivando-se, *com tal orientação*, conferir sentido real ao princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta às proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas **básicas** de qualquer pessoa, o direito à vida, o direito à saúde e o direito à liberdade.

Como se sabe, a Constituição da República proclama a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, "caput"), embora o texto constitucional não veicule qualquer conceito normativo de vida humana, e muito menos defina o termo inicial e o termo final da existência da pessoa humana, o que abre espaço ao legislador para dispor, **validamente**, sobre essa relevantíssima questão.

A vida e a morte, *na realidade*, qualificam-se como conceitos indeterminados. Daí porque a legislação ordinária brasileira, já em 1997, definiu o conceito de morte, afastando-se da antiga noção segundo a qual "vita in motu est"!

Como se sabe, a Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de

transplante, estabelece, em seu art. 3º, "caput", como marco final da vida, o momento em que se dá a morte encefálica, ao prever que a retirada "post mortem" de tecidos, órgãos e partes do corpo humano destinados ao transplante "(...) deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica (...)" (grifei).

A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também, "a contrario sensu", servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida, eis que, nesses casos, sequer se iniciou o processo de formação do sistema nervoso central, pois inexistente, até esse momento, a figura da pessoa ou de um ser humano potencial.

Nem se diga que a permissão da antecipação terapêutica do parto de feto portador de anencefalia representaria ofensa ao dever de proteção que incumbe ao Estado em matéria de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Não se põe em debate, presente referido contexto, a questão concernente à proteção insuficiente (uma das dimensões em

que se projeta o postulado da proporcionalidade), pois a existência de tensão dialética resultante do antagonismo entre valores constitucionais impregnados de igual eficácia e autoridade torna viável a utilização da técnica da ponderação concreta de direitos revestidos da mesma estatura.

Como se sabe, a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais - como aqueles concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à plenitude da liberdade, à saúde e ao respeito à dignidade da pessoa humana - há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, "*hic et nunc*", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina (DANIEL SARMENTO, "A Ponderação de Interesses na Constituição Federal" p. 193/203, "Conclusão", itens ns. 1 e 2, 2000, Lúmen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, "Temas de Direito Constitucional", tomo I/363-366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, "Direito à

Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias", "in" "Constituição Federal de 1988 - Dez Anos (1988-1998)", p. 230/231, item n. 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional", p. 661, item n. 3, 5ª ed., 1991, Almedina; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, "Colisão de Direitos", p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, "Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade", p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, "O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais", p. 216, "Conclusão", 2ª ed., 2000, Brasília Jurídica).

Tenho para mim, desse modo, Senhor Presidente, e estabelecidas tais premissas, que a questão pertinente ao direito à vida admite a possibilidade de, *ele próprio*, constituir objeto de ponderação por parte do Estado, considerada a relevantíssima circunstância (ocorrente na espécie) de que se põem em relação de conflito, com esse mesmo direito, interesses existenciais titularizados por mulheres grávidas de fetos portadores de anencefalia, cuja superação pode ser conseguida com a liberação - que se impõe como uma exigência de ordem ética e de caráter jurídico - da interrupção da gestação.

Há um ponto que merece registro especial. Refiro-me ao fato de que, ao longo do processo constituinte de que resultou a vigente Constituição Federal, foram oferecidas diversas emendas objetivando estabelecer a inviolabilidade do direito à vida *desde a concepção*. Tais emendas, *no entanto*, não lograram aprovação, como se vê, *não apenas* dos Anais da Assembleia Nacional Constituinte, como, *notadamente*, do próprio texto inscrito no "caput" do art. 5º de nossa Lei Fundamental.

É certo que a Convenção Americana de Direitos Humanos, ao estabelecer a inviolabilidade do direito à vida, proclama, em seu Art. 4º, § 1º, que "*toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção (...)*" (grifei).

A Declaração Americana de Direitos e Deveres da Pessoa Humana, *no entanto*, promulgada na IX Conferência Internacional dos Estados Americanos, em Bogotá, em 1948, refere-se, genericamente, em seu Artigo I, ao "*direito à vida*", sem qualquer menção ao instante da concepção.

Também o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (1966), em seu Artigo 6º, § 1º, reconhece, de maneira geral, igualmente sem qualquer referência ao momento da concepção, a **inviolabilidade** do direito à vida.

Vê-se, desse modo, que esses dois últimos documentos internacionais, que precederam a promulgação do Pacto de São José da Costa Rica, não incorporaram a noção de que o direito à vida existe desde o momento da concepção.

Foi por essa razão que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao examinar o caso "Baby Boy" (Resolução nº 23/81), advertiu que a inserção, no Art. 4º, § 1º, do Pacto de São José da Costa Rica, da cláusula "**em geral**" tem implicações substancialmente diversas daquelas que resultariam se constasse, desse mesmo Artigo, a expressão (nele inexistente) "*desde o momento da concepção*", a significar, portanto, como se reconheceu em referido processo (Resolução nº 23/81 - Caso 2141), que a Convenção Americana de Direitos Humanos não acolheu nem estabeleceu um conceito absoluto do direito à vida desde o momento da concepção.

É importante conferir, nesse específico ponto, o que resolveu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

"30. A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase 'en general, desde el momento de la concepción' no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula 'en general, desde el momento de la concepción' son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta 'desde el momento de la concepción', que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios." (grifei)

Vale fazer, neste ponto, **algumas considerações** em torno das relações entre o estado de anencefalia e o direito penal, com o **objetivo de demonstrar** que o conceito de antecipação terapêutica do parto, porque destituído de tipicidade penal, **não se subsume** à ideia de aborto.

Com efeito, **evidencia-se**, no caso, **para efeitos criminais**, a caracterização de absoluta impropriedade do objeto, **eis que inexistente** organismo **cuja integridade** deva ser protegida pela legislação penal, **pois**, segundo o Conselho Federal de Medicina, o **anencéfalo** qualifica-se como "natimorto cerebral", **vale dizer**, o

feto **revela-se** organismo **destituído** de viabilidade **e** de autonomia existencial em ambiente extrauterino, ou **seja**, torna-se lamentavelmente plena a certeza de letalidade, **seja** no curso de processo de gestação, **seja** no momento do nascimento, **seja**, ainda, em alguns minutos, horas ou dias após o parto.

Isso significa, presente tal situação, que não se mostra configurado o próprio objeto material do tipo penal, a tornar **evidente a ausência de tipicidade penal** da própria conduta da mulher gestante **e** de quem a auxilie no procedimento de antecipação terapêutica de parto.

Em tal contexto, **cabe acentuar** que este Tribunal, **superando** a noção de que **somente** atua como "legislador negativo", **evolui**, no presente julgamento, **no sentido** de acrescentar, às **modalidades de exclusão** do crime de aborto **previstas** no art. 128 do CP (aborto necessário e aborto sentimental ou humanitário), **uma terceira hipótese** - antecipação terapêutica de parto **concernente** a feto **portador** de anencefalia - que, **longe** de se identificar com a prática criminosa de aborto, **caracteriza**, antes, **uma situação de ausência** de tipicidade penal.

Daí as alegações expostas pela Confederação sindical arguente em sua petição inicial (item n. 26):

*"26. Diante disso, o foco da atenção há de voltar-se para o estado da gestante. O reconhecimento de seus direitos fundamentais, a seguir analisados, não é a causa da lesão a bem ou direito de outrem - por fatalidade, não há viabilidade de uma outra vida, sequer um nascituro, cujo interesse se possa eficazmente proteger. É até possível colocar a questão em termos de ponderação de bens ou valores, mas a rigor técnico não há esta necessidade. A hipótese é de não-subsunção da situação fática relevante aos dispositivos do Código Penal." (grifei)*

Posta a questão nesses termos, ter-se-á, na espécie ora em exame, uma típica "sentença de perfil aditivo", proferida em sede de jurisdição constitucional, vocacionada a impedir, em razão da omissão normativa constatada, a incriminação do comportamento da mulher que opta, no caso de anencefalia, pela interrupção do processo fisiológico de gestação.

Mesmo que se considerasse típica a conduta referente à antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico, **ainda assim não haveria** como reconhecer delituosidade em tal comportamento.

É que se registra, em referida situação, hipótese configuradora de causa supralegal de exclusão da culpabilidade que se revela apta a descaracterizar a própria delituosidade do fato.

Nessa específica situação, a causa supralegal mencionada traduzirá hipótese caracterizadora de inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que **inexistente**, em tal contexto, motivo racional, justo e legítimo que possa obrigar a mulher a prolongar, inutilmente, a gestação **e** a expor-se a desnecessário sofrimento físico **e/ou** psíquico, **com** grave dano à sua saúde **e** com possibilidade, *até mesmo*, de risco de morte, **consoante esclarecido** na Audiência Pública que se realizou em função deste processo.

Impende destacar, ainda, no ponto, considerado o sentido prevalecente neste julgamento, a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito, **que se realiza**, no caso, pelo reconhecimento e outorga de proteção a grupos vulneráveis, **cujo amparo jurisdicional** deve ser analisado **na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional**.

É por isso que também examino o tema ora em julgamento, **considerada** a natureza do presente debate constitucional, **sob a égide** do *relevantíssimo* papel que incumbe ao Supremo Tribunal

Federal desempenhar **no plano da jurisdição das liberdades**, o de órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional **de proteger** grupos vulneráveis **contra** eventuais excessos **da maioria ou**, ainda, **contra** omissões que, **imputáveis** aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem** os efeitos perversos do preconceito, da discriminação **e** da exclusão jurídica.

Põe-se em relevo, desse modo, a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

**Esse aspecto** da questão talvez explique a resistência que as correntes **majoritárias** de opinião, **representadas** no Congresso Nacional por expressivas bancadas confessionais, **opõem** às propostas de incorporação, ao sistema de direito positivo, **de inovações** fundadas **tanto** nas transformações **por que passa** a sociedade contemporânea **quanto** nos compromissos que o Estado brasileiro **assumiu** no plano internacional.

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado **inferno**, no que se refere ao tema ora em exame, à

**necessidade** de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro de submissão de grupos vulneráveis à vontade hegemônica da maioria, **o que compromete, gravemente,** por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, **pois, ninguém o ignora,** o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão, *por grupos majoritários,* da minoria, **definida** tal expressão **à luz** do critério da vulnerabilidade das mulheres, **que pode** ser social, econômica e jurídica.

**É evidente** que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade, da intimidade, da autodeterminação pessoal, da liberdade **e** dos direitos sexuais e reprodutivos, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado democrático de direito.

É por isso que tenho por inteiramente procedentes (e pertinentes) as observações que fez, em precisa abordagem do tema, quando do julgamento da ADI 4.277/DF, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual:

*"O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.*

*Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas - suprimindo direitos necessários à participação política de determinados cidadãos - é igualmente vedado a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.*

.....  
*Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, em prol dessas garantias.*

.....  
*Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias contra imposições dezarrazoadas ou indignas das majorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais." (grifei)*

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos dos grupos vulneráveis deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de mencionados grupos, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena

legitimação material do Estado Democrático de Direito, **havendo merecido tutela efetiva, por parte** desta Suprema Corte, **quando** grupos majoritários, *por exemplo*, **atuando** no âmbito do Congresso Nacional, **ensaiaram** medidas arbitrárias **destinadas a frustrar** o exercício, por organizações minoritárias, de direitos **assegurados** pela ordem constitucional (**MS 24.831/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **MS 24.849/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **MS 26.441/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual **ou** mera proposição doutrinária, **reflete**, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional **densa** de significação **e plena** de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

**A opção** do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. **A opção** pelo Estado democrático de direito, *por isso mesmo*, **há de ter consequências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os Poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas **e** do próprio regime democrático. **Em uma palavra:**

ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias e aos grupos vulneráveis, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias e dos grupos vulneráveis, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia - consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, "Fundamentos de Direito Constitucional", p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) - o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, reafirmo o caráter emblemático deste memorável julgamento, que constitui, juntamente com o da ADI 3.510/DF, um dos mais importantes de todos os que o Supremo Tribunal Federal já realizou ao longo de nossa história republicana.

Com tais considerações, julgo procedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, para confirmar o pleno direito da mulher gestante de interromper a gravidez de feto comprovadamente portador de anencefalia.

Em consequência, dou interpretação conforme à Constituição aos artigos 124, 126, "caput", e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, para que seja declarada a inconstitucionalidade, com eficácia "erga omnes" e efeito vinculante, de qualquer interpretação que obste a realização voluntária de antecipação terapêutica de parto do feto anencefálico, desde que essa malformação fetal seja diagnosticada e comprovadamente identificada por profissional médico legalmente habilitado, reconhecendo-se à gestante o direito de se submeter a tal procedimento sem necessidade de prévia obtenção de autorização

**ADPF 54 / DF**

judicial ou de permissão outorgada por qualquer outro órgão do Estado.

**É o meu voto.**