

# EM DEFESA DO INDEFESO: SOBRE A VIOLAÇÃO DA VIDA SEM MORTE NOS TERMOS DO DIREITO BRASILEIRO

Igor Awad Barcellos<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo intenta demonstrar a inconsistência dos argumentos usados para justificar a autorização de aborto em caso de feto anencefálico. Em 2012, a Suprema Corte brasileira (STF) decidiu nesse sentido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, mas os fundamentos desta decisão absolutamente não são razoáveis nos termos do Direito brasileiro. Este artigo demonstra brevemente que o julgamento da ADPF 54 abriu a possibilidade de violação da vida sem morte, considerando os termos de início e fim da vida para o Direito brasileiro.

**Palavras-Chaves:** Indefeso; vida; ADPF

## ABSTRACT

This article intends to demonstrate the inconsistency of arguments used to justify the authorization to abortion in cases of anencephalic babies. In 2012, Brazilian Supreme Court (STF) decided in this way in Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, but the fundamentals of this decision are not reasonable at all in terms of Brazilian Law. This article demonstrates briefly that the judgement of ADPF 54 opened the possibility of violation of human life without death, considering the terms of the beginning and the end of life for Brazilian Law.

**Keywords:** Indefeso; life; ADPF

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; O EVENTO MORTE NO DIREITO BRASILEIRO: O LASTRO JURIDICO DA PETIÇÃO INICIAL DA APF 54 E O POSICIONAMENTO DO STF SOBRE O TEMA; O INICIO DA VIDA E DA PERSONALIDADE JURIDICA NO DIREITO BRASILEIRO: CRITÉRIOS CARDIORESPIRATÓRIOS; 3.1 A IGUALDADE; 3.2 O DIREITO A VIDA; 4.CONSEQUÊNCIAS DO ENTENDIMENTO DO STF NO JULGAMENTO DA ADPF 54; 5. CONCLUSAO; 6. REFERENCIAS

---

<sup>1</sup> Advogado, mestre em Filosofia, bacharel e licenciado pleno em Filosofia professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito.

## INTRODUÇÃO<sup>2</sup>

No dia 30 de abril do ano de 2013 foi publicado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) o acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 54<sup>3</sup> na qual a Corte apreciou o pedido formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde para que fosse dada interpretação conforme à Constituição Federal aos dispositivos 124, 125, 126, 127 e 128 do Código Penal de modo a reconhecer a não incidência dos dispositivos incriminadores da figura típica do aborto<sup>4</sup> nos casos de gravidez de feto anencefálico. Segundo consta na petição inicial, a parte autora, por meio de seu patrono, o então advogado Luís Roberto Barroso<sup>5</sup>, alega que não haveria substrato fático para a incidência das figuras incriminadoras do aborto, de modo que o médico estaria autorizado, à luz da interpretação conforme à Constituição dos dispositivos em comento, a proceder a interrupção da gravidez sem que incorresse em prática de crime. Depois de uma série de sessões de audiências públicas, o STF no dia 12 de abril de 2012 julgou procedente o pedido formulado na petição inicial, de modo a não mais fazer incidir nos crimes previstos no Código Penal o médico que realizasse o aborto em paciente gestante de feto anencefálico. A decisão que aprecia ADPF tem eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante a todo o Poder Judiciário e toda a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, municipal e distrital, conforme dispõe a lei 9.882<sup>6</sup>. Nosso problema de pesquisa neste artigo não se refere ao mérito específico da ADPF, mas de uma de suas consequências que, ao que tudo indica, passou ao largo do julgamento. A gestante de feto anencefálico não passou a ser obrigada a fazer o aborto. Ao contrário disso, ela ganhou a opção de escolha. Pensemos no caso da pessoa que escolhe levar a gestação a termo. A criança nascida tem expectativa de vida baixíssima, o que está fora de discussão.

<sup>2</sup> A tese sustentada no presente artigo surgiu a partir da interlocução em sala de aula na disciplina de Direito Penal III com a aluna Júlia Gabriela Rodrigues do 4º período da graduação de Direito da Estácio (FESV) a quem manifesto meus sinceros agradecimentos.

<sup>3</sup> O julgamento da ADPF 54 ocorreu, contudo no dia 12 de abril do ano de 2012.

<sup>4</sup> Necessário esclarecer que o legislador infraconstitucional, no que tange ao aborto, elaborou a tipificação incriminadora das condutas que atacam a vida intrauterina de modo a excetuar a teoria monista constante como regra geral conforme disposto no artigo 29 do diploma repressivo.

<sup>5</sup> No ano de 2013, Luís Roberto Barroso foi investido no cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal.

<sup>6</sup> Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Art.10- Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. §3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Mas independentemente do tempo de vida<sup>7</sup>, como fica a proteção da vida do anencéfalo nascido com vida? Ele é pessoa para o Direito? Como o STF entendeu essa questão? E sobretudo: como ficará a proteção da vida deste ser, uma vez que o STF entende que o aborto de feto anencéfalo não ocasiona o evento morte?

## **2.0 EVENTO MORTE NO DIREITO BRASILEIRO: O LASTRO JURÍDICO DA PETIÇÃO INICIAL DA ADPF 54 E POSICIONAMENTO DO STF SOBRE O TEMA**

Na petição inicial, conforme já descrito no tópico introdutório, sustenta a parte autora que não poderia haver a incidência dos tipos penais incriminadores do aborto no caso de gravidez de feto anencéfalo, uma vez que o evento em tela não traria em si substrato fático para a aplicação dos dispositivos penais já citados<sup>8</sup>. Vejamos um breve trecho da petição inicial no qual isso fica evidenciado:

8. Como se percebe do relato feito acima, a antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencefálicos não caracteriza o aborto, tal como tipificado no Código Penal. O aborto é descrito pela doutrina especializada como “a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção)”. Vele dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os 9 meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal. Ao ponto se retomara adiante.

Dessa maneira, a parte autora sustenta a tese de que não havendo resultado morte, não haveria que se falar em crime. Considerando a doutrina mais abalizada em Direito Penal, temos que crime é um fato típico, ilícito e culpável<sup>9</sup>. No que concerne

<sup>7</sup> Há um caso nos EUA que a criança chegou aos três anos de idade, o que pode ser conferido no link abaixo:

<http://odia.ig.com.br/portal/cienciaesaude/crian%C3%A7a-com-anencefalia-sobrevive-por-tr%C3%AAs-milagrosos-anos-1.511268>

<sup>8</sup> Uma outra argumentação possível em favor da parte autora seria a ocorrência de crime impossível por absoluta imprópriedade do objeto por não haver parada da atividade cerebral no caso. No entanto, não foi essa a linha argumentativa eleita pela parte autora.

<sup>9</sup> Há ainda doutrina, hoje minoritária, que não reconhece a culpabilidade como elemento do conceito de crime, a exemplo de Damásio de Jesus, ilustre doutrinador penalista, citado por Luís Roberto Barroso na petição inicial da ADPF 54. No entanto, a querela penal acerca da culpabilidade não traz maiores implicações para as considerações aqui tecidas sobre tese autoral de que a ausência de morte enseja a não aplicação dos dispositivos penais incriminadores do aborto, conforme veremos.

ao fato típico, a analítica doutrinária ensina que este se compõe de ação, nexos, resultado e tipicidade. Atentemos ao terceiro elemento do fato típico: o resultado.

Qual é o resultado dos tipos incriminadores do aborto? A morte do produto da concepção (óvulo, embrião ou feto). Como não há parada da atividade cerebral (nem mesmo potencialmente) considerando que o anencéfalo, por definição, não a possui, logo não haveria o resultado morte e, não se observando este, não haveria que se falar em fato típico, o que, por si só, já é suficiente para o afastamento da incriminação da conduta. Portanto, segundo a tese autoral, estaria afastada a aplicação dos dispositivos em comento do Código Penal nos casos de interrupção da gravidez<sup>10</sup> no caso em que o produto desta seja um feto anencefálico.

Ao estabelecer tal tese, fica evidente que, para a parte autora, o Direito brasileiro consagrou que o evento morte, para fins jurídicos, ocorre no momento da morte encefálica, ou seja, a parada das atividades cerebrais, conforme dispõe a lei 9.434/97 (lei de transplantes) em seu art. 3º:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de **diagnóstico de morte encefálica**, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. (grifamos)

A adesão da parte autora ao entendimento constante no art. 3º da lei 9.434/97 fica explicitada na leitura da nota de rodapé de número 29 da petição inicial na qual é sustentada a tese de que a morte acontece no momento da parada da atividade cerebral. Essa tese foi acatada pelo STF, o que se aduz da leitura do seguinte trecho do voto do ministro relator Marco Aurélio:

Enfim, cumpre tomar de empréstimo o conceito jurídico de morte cerebral previsto na Lei nº 9.434/97, para concluir ser de todo impróprio falar em direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo, o qual é um natimorto cerebral.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> A parte autora sustenta que, exatamente por não haver o resultado próprio das figuras que tipificam o aborto, a nomenclatura mais adequada ao caso seria *antecipação do parto* (fl.08, itens 7 e 8) e não propriamente aborto.

<sup>11</sup> Voto do relator, transcrição, folha 65.

Dessa maneira, tudo resta bastante coerente, pelo menos em aparência: o produto da gestação, quando anencefálico não possui atividade cerebral, do que decorre que não há morte (em termos estritamente jurídicos) no evento interrupção da gravidez. No entanto, algumas considerações merecem ser tecidas sobre este raciocínio.

Muito se falou na ADPF 54 sobre o evento morte e de maneira tecnicamente escurreita. Apesar disso, não se pode perder de vista qual é o bem jurídico tutelado pelas figuras incriminadoras do aborto e dos crimes do primeiro capítulo do título primeiro da parte especial do Código Penal: a vida. Muito embora, o raciocínio no que tange à morte tenha sido tecnicamente correto, não observamos o mesmo rigor técnico quando nos voltamos para a análise do bem jurídico em tela, a vida.

Disso decorreram, por exemplo, as considerações equivocadas do ponto de vista jurídico do Dr. José Aristodemo Pinotti<sup>12</sup> que afirmou peremptoriamente no segundo dia da audiência pública realizada pelo STF:

*O feto anencéfalo, sem cérebro, não tem potencialidade de vida. Hoje, é consensual, no Brasil e no mundo, que a morte se diagnostica pela morte cerebral. Quem não tem cérebro, não tem vida.*

A princípio, em uma leitura não muito atenta, podemos não perceber o equívoco de tal afirmação. Até então, toda a argumentação vinha se desenvolvendo muito bem na medida em que se reconhecia que não acontece o evento *morte* no caso do feto anencefálico, considerando que não existe parada da atividade cerebral. No entanto, ao reconhecermos que não há morte do anencéfalo, estaríamos autorizados a reconhecer a ausência de vida deste ser humano? Observemos a questão à luz do Direito brasileiro.

### **3.O INÍCIO DA VIDA E DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO: O CRITÉRIO CARDIOSRRRESPIRATÓRIO**

O Código Civil brasileiro nos brinda, logo em seu artigo segundo, com um dos dispositivos mais curiosos do Direito na atualidade. *In verbis*: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

---

<sup>12</sup> Médico sanitário, especialista pelas Universidades de Florença e Milão, Itália, e pelo Institute Gustave Roussy de Paris.

O motivo da estranheza é evidente. A definição de personalidade jurídica é: aptidão para aquisição de direitos e contração de obrigações. Com isso, se na primeira parte do dispositivo temos que a personalidade jurídica da pessoa natural tem seu início com o nascimento com vida, logo “aquilo” (ou aquele) que há antes do nascimento com vida não é pessoa e, por conseguinte, não tem aptidão para aquisição de direitos e para a contração de obrigações.

A princípio tudo estaria muito coerente se não fosse a segunda parte do dispositivo a afirmar que são resguardados os direitos do nascituro. Ora, como falar em direitos do nascituro se ele não possui aptidão para adquirir direitos (personalidade jurídica) exatamente porque ele ainda não nasceu com vida?

Essa controvérsia sobre o nascituro abriu o embate entre as correntes natalista e conceptualista, tendo sido aquela vencedora. Majoritariamente, a doutrina e a jurisprudência não consideram o feto (anencéfalo ou não) como sendo pessoa. Ele apenas tem, conforme tese vencedora, a expectativa de ser pessoa, caso nasça com vida.

O STF deu um passo além no que tange ao feto anencefálico no sentido de afirmar que ele não teria sequer a expectativa de se tornar pessoa, o que fica evidente pela transcrição abaixo de trechos do voto do ministro Marco Aurélio:

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura<sup>13</sup>

Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida [...] Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida, ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida<sup>14</sup>

Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no *Habeas Corpus* nº84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescido, principalmente de proteção jurídico-penal.<sup>15</sup>

Da leitura, destaco dois trechos. No primeiro, este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’”. É certo, Senhor Presidente, que no caso do anencéfalo, não há nem nunca haverá, indivíduo-pessoa.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Voto do relator, transcrição, folha 50

<sup>14</sup> Voto relator, transcrição, folha 60.

<sup>15</sup> Voto relator, transcrição, folha 60.

<sup>16</sup> Voto relator, transcrição, folha 64.

Esse raciocínio adotado pelo STF, contudo, está evidentemente equivocado do ponto de vista jurídico, uma vez que confunde os critérios de vida e morte no Direito brasileiro.

Conforme o artigo 2º do Código Civil, a personalidade jurídica é adquirida com o nascimento com vida. Cabe a pergunta: qual é o critério para se aferir tal evento? Como saber, para fins jurídicos, se o nascimento aconteceu com vida? A doutrina mais abalizada em Direito Civil afirma que a aferição do nascimento com vida se dá pelo critério cardiorrespiratório. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho prelecionam:

No instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire *personalidade jurídica*, tornando-se *sujeito de direito*, **mesmo que venha a falecer minutos depois**<sup>17</sup>. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.125)

Para que não parem dúvidas, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.101) arremata: Para se dizer que nasceu com *vida*, todavia, é necessário que haja respirado. Se respirou viveu, **ainda que tenha perecido em seguida**<sup>18</sup>.

Se o nascimento com vida, aferido pela respiração, é o marco inicial da personalidade jurídica da pessoa natural, logo é notório o equívoco da afirmação que sustenta que o feto anencefálico não possui expectativa de se tornar pessoa. Igualmente errônea a assertiva do Dr. Pissati acima transcrita: a ideia de que da ausência de atividade cerebral podemos concluir pela ausência de vida é evidentemente equivocada. Podemos, sim, concluir pela ausência de morte, uma vez que esta ocorre, para fins de Direito, com a cessação do funcionamento do cérebro. No entanto, não podemos concluir pela ausência de vida. Situação esta, admitamos, deveras curiosa.

Como podemos claramente verificar na leitura do acórdão da ADPF 54, o STF não obrigou a gestante a fazer o aborto. Ela passou, apenas, a ter a opção de fazê-lo ou não fazê-lo em caso de gestação de feto anencefálico. Pense-se agora no caso de um recém-nascido cuja mãe optou livremente por levar a gravidez até o fim: o bebê nascido com vida, uma vez respirando, adquire personalidade jurídica e, portanto, já

---

<sup>17</sup> Grifamos em negrito. As palavras em itálico constam no original.

<sup>18</sup> Mais uma vez o grifo em negrito é nosso e o em itálico do autor, conforme consta no original.

é titular de todos os direitos da pessoa humana constantes no extenso rol exemplificativo do artigo 5º da Constituição Federal.

Logo na cabeça do artigo supramencionado, temos de plano o tão festejado princípio da igualdade assim como o direito fundamental à vida:

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:

Tendo em vista as estranhas balizas que orientaram o entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADPF 54, é possível, desde já, um vislumbre do tratamento diferenciado conferido à vida do anencéfalo nascido em face da vida de todas as outras pessoas. O próprio STF sustenta de maneira bastante clara o entendimento errado de que o anencéfalo não teria expectativa sequer de se tornar pessoa.

Ora, se a personalidade jurídica da pessoa natural se inicia com o nascimento com vida, aferido pelo critério cardiorrespiratório, é forçoso reconhecer que o bebê anencéfalo nascido com vida (ou seja, que tenha respirado) é pessoa. Em consequência, ele tem direitos, inclusive direito à vida, conforme se aduz da simples leitura do dispositivo constitucional acima transcrito. Mais do que isso: ele tem direito à vida *de maneira igual* a todas as outras pessoas. Para que não reste dúvida sobre a inconstitucionalidade do tratamento dispensado à vida do bebê anencéfalo pelo STF, façamos uma breve exposição sobre o princípio constitucional da igualdade.

## 2.1 A IGUALDADE

A igualdade perante a lei, ou isonomia, é um dos mais festejados princípios jurídicos na atualidade. Segundo dispõe o texto constitucional já citado, todos são iguais perante a lei, não havendo distinção de qualquer natureza. Dessa forma, todas as pessoas, inclusive estrangeiros, residentes ou não<sup>19</sup> devem ser tratados igualmente pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>19</sup> Não obstante a letra do texto constitucional disponha expressamente sobre os estrangeiros residentes, não haveria razão de ser não estender o alcance da norma aos estrangeiros não residentes, até mesmo porque o próprio dispositivo diz que não há distinção de qualquer natureza, do que decorre a inadequação de uma interpretação que crie distinção entre estrangeiros residentes e não residentes.

Enquanto princípio, a igualdade é, indubitavelmente, norma constitucional. Uma das novidades inerentes ao neoconstitucionalismo foi o reconhecimento dos princípios como norma jurídica. A normatividade dos princípios é pacífica na doutrina. Dessa forma, todos devem receber indistintamente tratamento igual pela ordem jurídica brasileira.

Devido à plasticidade inerente aos princípios, enquanto cláusulas abertas, notamos que o ordenamento jurídico pátrio admite, por vezes, tratamento desigual entre as partes. Tal admissão ocorre tão somente nos casos em que o próprio Direito reconhece que a relação jurídica por ele regulamentada é, de fato, uma relação entre partes desiguais na qual uma é hipossuficiente em face da outra. É o caso do Direito do consumidor, por exemplo.

Nessa seara, o próprio Direito pressupõe que existe uma disparidade de forças entre as partes do contrato. Exatamente por isso, o ordenamento está autorizado em dar um tratamento desigual, de modo a trazer alguns benefícios à parte mais fraca da relação. Nesse sentido, o diploma normativo que regulamenta as relações de consumo é comumente conhecido pela alcunha de “Código de Defesa do Consumidor”. Essa alcunha obedece ao mandamento constitucional que no art. 5º, XXXII dispõe expressamente: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor

Note-se que o mesmo dispositivo normativo, o artigo 5º da Constituição Federal, que declara a igualdade perante a lei, por outro lado, declara expressamente que o Estado promoverá a defesa de uma das partes da relação de consumo. Para uma pessoa desavisada, fatalmente o dispositivo supratranscrito estaria em contradição com o *caput* do artigo que declara a igualdade perante a lei. Como poderia a Constituição declarar a igualdade perante a lei e ela mesma ter um mandamento que dispõe que o Estado tratará desigualmente as partes em uma relação contratual?

Esse tratamento desigual é autorizado pelo próprio princípio constitucional da igualdade, na medida em que partes desiguais devem ser tratadas desigualmente na exata proporção da sua desigualdade. Em outras palavras, o tratamento desigual conferido às partes faticamente desiguais visa tão somente a promoção da igualdade.

O princípio constitucional da isonomia enquanto norma jurídica vinculante tem como destinatário tanto particulares como o Poder Público em geral. No que concerne a este último, um breve esclarecimento merece ser feito. O termo “perante a lei” não deve ser lido no sentido restritivo, mas, ao contrário, deve-se entender a expressão em sentido amplo, de modo que tanto o legislador (elaborador da lei) quanto os aplicadores da lei (membros do Poder Público em geral e do Poder Judiciário em especial) estão diretamente vinculados ao princípio constitucional em comento. Com isso, Bulos destaca que a isonomia se subdivide em “igualdade *na* lei” e “igualdade perante a lei” (2010, p.539).

Tal entendimento é adotado e reproduzido pelo próprio STF:

O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (*RDA*, 55:114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. **A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.** A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade” (MI 58, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 19-4-1991).<sup>20</sup>

De maneira surpreendente, com toda a *vênia*, o STF confere *interpretação disforme à Constituição* ao (não) considerar o artigo 2º do Código Civil no que tange ao bebê anencéfalo nascido em comparação com as demais pessoas humanas. No caso objeto do presente artigo, qual seja, a vida do bebê anencéfalo nascido, notamos um tratamento desigual no sentido discriminatório, ao arrepio do princípio constitucional da isonomia. Em que se fundamenta a desigualdade para o Direito da vida do bebê anencéfalo nascido e que tenha respirado em comparação com as demais vidas humanas?

Não existe justificativa jurídica plausível para a afirmação do Pretório Excelso de que o anencéfalo nascido com vida não é pessoa, tampouco de que o feto anencéfalo

<sup>20</sup> *Apud* BULOS, 2010, p.539-540.

não tem expectativa de ser pessoa. Se há a possibilidade, por mais remota que seja, de a criança respirar ao nascer, logo há sim expectativa do feto anencefálico de se tornar pessoa. Como já demonstramos de maneira suficiente, à luz inclusive da teoria natalista, o nascimento com vida é aferido pela respiração. Se a criança respirou, há nascimento com vida e, por conseguinte, há personalidade jurídica.

Se há personalidade jurídica, por que o bebê anencéfalo nascido com vida não é pessoa? Esse tratamento desigual em reconhecer a personalidade jurídica de determinados seres humanos em detrimento de outros que igualmente nasceram com vida é flagrantemente contrário à própria Constituição, na medida em que cria uma *distinção* (atividade cerebral) de natureza alheia ao critério jurídico para se aferir o início da personalidade jurídica (nascimento com vida aferido pela respiração). No entanto, o texto constitucional é cristalino ao declarar a igualdade perante a lei, “**sem distinção de qualquer natureza**”.

Por que o tratamento desigual? Não há, nesse caso, a promoção da igualdade. Muito pelo contrário, o que podemos perceber é a instituição de um critério discriminatório em face de um ser humano que nem mesmo é alçado à condição de pessoa pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. O STF criou, no julgamento da ADPF 54, duas categorias de ser humano: as pessoas e as não pessoas. No entanto, aqueles que no entendimento da suprema corte não são pessoas, possuem vida de fato. Esta, no entanto, não tem o estatuto de direito fundamental. Como pode uma situação como esta se sustentar em face de igualdade perante a lei sem distinção de qualquer natureza?

## 2.2 O DIREITO À VIDA

O direito à vida é muitas vezes tratado como o mais elementar dos direitos fundamentais. Do ponto de vista estritamente normativo, não haveria que se falar em uma primariedade em face dos demais direitos fundamentais, uma vez que todos estes tem a natureza jurídica de normas constitucionalmente positivadas, não havendo entre eles, portanto, hierarquia normativa. Todos estão no mesmo patamar. A alegação acima, não obstante tome como referência a vida do ponto de vista estritamente normativo, está correta. No entanto, para compreendermos a magnitude da vida enquanto direito, não podemos nos prender a estreiteza desta

perspectiva, mas, antes, devemos considerar a vida juridicamente de um ponto de vista um tanto mais abrangente, considerando suas implicações para o Direito como um todo.

Conforme já dissemos, o nascimento com vida marca o início da personalidade jurídica. Por outro lado, morte é o marco temporal que delimita o fim dessa personalidade. Exatamente pelo fato de que sem vida não há personalidade jurídica é que a vida deve ser protegida como um direito fundamental, intocável. Agredir a vida de uma pessoa humana significa lesar não somente a um direito, mas a todos os direitos dessa pessoa. Sem a vida, não há mais que se falar em direito algum.

Exatamente por ter em vista este aspecto próprio da vida como caractere essencial para a existência da personalidade jurídica que a doutrina muitas vezes a trata com destaque em face dos demais direitos. “A vida é o mais importante dos direitos.” (BULOS, 2010, p.529). Do ponto de vista estritamente normativo, a afirmativa de Bulos carece de sentido, na medida em que não haveria que se criar distinção entre direitos fundamentais por estes se encontrarem no mesmo nível hierárquico do ponto de vista do escalonamento do ordenamento jurídico.

No entanto, o que o doutrinador em referência tem em vista é exatamente esse caractere distintivo próprio ao bem jurídico: a vida é condição de possibilidade de todos os outros direitos. Sem vida, não há que se falar em direitos. Exatamente por isso ela deve ser elevada ao mais alto estatuto normativo, como de fato é feito na medida em que possui estatuto direito fundamental, sendo considerada como o mais importante dos direitos, conforme a lição de Uadi Lammêgo Bulos.

O STF, no entanto, parece não ter levado em conta que não reconhecer o feto anencefálico como pessoa, ao menos em potencial, resultaria na consequência necessária de deixar o anencéfalo nascido com vida em um limbo jurídico. Afinal, qual é a natureza jurídica do anencéfalo nascido com vida? Para o STF ele não é pessoa. Também não seria adequado, por outro lado, tratá-lo como coisa, objeto, bem. Com isso, ecoa o ensurdecido silêncio diante dessa pergunta.

A partir dessa estarrecida constatação, exporemos, por fim, as consequências do entendimento firmado pelo STF na apreciação da ADPF 54.

### **3. CONSEQUÊNCIAS DO ENTENDIMENTO DO STF NO JULGAMENTO DA ADPF 54**

Segundo Luís Roberto Barroso, em artigo científico, o aplicador do Direito na atualidade deve sempre levar em conta certos aspectos, decorrentes das mudanças oriundas do neoconstitucionalismo. Segundo Barroso:

Chega-se, por fim, à argumentação, **à razão prática**, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos casos difíceis, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) **levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.** (BARROSO, 2005, p.15)

Pelo que podemos perceber, há a necessidade de o julgador, nos moldes do neoconstitucionalismo, ter em conta as consequências práticas de seus juízos. Pois bem, seguindo a orientação do hoje ministro do STF Luís Roberto Barroso, explanemos as consequências práticas do julgamento da ADPF 54 para os anencéfalos que nasceram com vida, depois de esclarecida e livremente a gestante, não obstante todas as dificuldades inerentes à gravidez do feto anencefálico, ter decidido não realizar o aborto.

Já pudemos adiantar acima a consequência mais evidente: o STF entendeu de maneira indubitável que o feto anencefálico não tem expectativa de se tornar pessoa, do que decorre que o anencéfalo nascido, não obstante tenha preenchido os requisitos legais para o início da personalidade jurídica, não é pessoa para o STF. Acima transcrevemos trecho do voto do ministro Marco Aurélio no qual ele afirma de maneira categórica sobre a gravidez de feto anencefálico : não há ninguém por vir. Disso decorre que, segundo o STF, se na gravidez de feto anencefálico não há ninguém por vir, então, tendo havido nascimento com vida de bebê anencéfalo, ninguém veio.

Dessa maneira, o Pretório Excelso confere o estatuto de não pessoa (ninguém) ao anencéfalo nascido com vida. Segundo a petição inicial e o voto do relator, a ausência de atividade cerebral afastaria a incidência dos tipos incriminadores do

aborto em caso de gravidez de feto anencefálico: não haveria o resultado morte nesse caso, uma vez que não aconteceria a cessação de atividade cerebral (artigo 3º da lei 9.434/97). Não havendo resultado morte, não haveria substrato fático para a incidência dos dispositivos do Código Penal.

Uma vez acatada essa tese, podemos de maneira bastante simples replicá-lo aos crimes que visam tutelar a vida extrauterina. Pense-se no anencéfalo nascido com vida<sup>21</sup>. Caso alguém vise lesar a sua vida, não incorrerá no tipo penal do homicídio, por exemplo. Diz o artigo 121 do Código Penal: Homicídio simples: Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

O STF deixou muito claro que o anencéfalo não possui o estatuto de pessoa (alguém). Do ponto de vista do Direito Penal “alguém” é uma elementar do tipo, de modo que, uma vez não observada, a conduta, no caso é atípica. É o que aconteceria no caso do anencéfalo nascido com vida. Sua vida não tem o estatuto de direito fundamental e a prova disso é que ele, conseqüentemente, não é protegido, segundo o STF, do tipo incriminador constante no artigo 121 do Código Penal.

Além disso, se o critério para a morte é a parada de atividade cerebral, conforme restou claro, então não haverá a morte, o resultado necessário para a incidência do artigo 121 do Código Penal. Além de não se observar a tipicidade formal por ausência da elementar “alguém”, não seria possível o resultado morte, no caso de violação à vida do anencéfalo nascido. Nem mesmo a elementar “matar” seria observada.

Foi exatamente esse o argumento da parte autora da ADPF 54 para sustentar que não haveria suporte fático para a incidência dos dispositivos incriminadores do aborto em caso de feto anencefálico. Se seguirmos essa esteira, e essa é a consequência do julgamento do STF, também não haverá substrato fático para a aplicação do artigo 121 do Código Penal em caso de violação provocada por terceiro da vida do anencéfalo nascido. Esse mesmo raciocínio se aplica a todos os crimes contra a vida.

---

<sup>21</sup> Muito embora a expectativa de vida seja baixa não afasta o fato de o anencéfalo nascido com vida ter observado os requisitos legais do início da personalidade jurídica. Conforme já demonstramos em nota de rodapé anterior, já há caso de anencéfalo que viveu até os três anos de idade.

Conforme demonstrado acima, a vida, enquanto direito possui uma relevância especial na medida em que é o fato gerador da aptidão para aquisição de direitos (personalidade jurídica). Não havendo proteção à vida, não há proteção a nenhum outro direito. No caso do anencéfalo nascido isso fica evidenciado desde que o STF se manifesta expressamente no sentido de ele não lhe reconhecer o estatuto de pessoa. Os desdobramentos dessa concepção se manifestam mais especificamente na não incidência dos dispositivos penais que protegem a vida das pessoas.

A concessão do direito da gestante praticar o aborto em caso de feto anencefálico traz a consequência necessária de não considerar o anencéfalo pessoa, conferindo a este ser humano tratamento evidentemente discriminatório. A gestante que opta levar a gestação a termo não recebe do Estado suporte algum. O seu filho sequer é considerado pessoa pelo Direito brasileiro. Em consequência disso, a frágil vida do anencéfalo nascido não terá proteção dos tipos incriminadores das condutas contra a vida. Uma vez não tendo sua vida reconhecida como direito, esse ser humano não possui direito algum.

Essas são as consequências diretas do julgamento da ADPF 54 que desconsiderou a hipótese de quem leva a gestação a termo assim como, e sobretudo, daquele que é produto desta difícil concepção, o anencéfalo, ser humano desprovido do estatuto de pessoa conforme o julgamento da corte suprema brasileira, completamente indefeso contra qualquer conduta que venha a violar sua frágil vida.

#### **4. CONCLUSÃO**

Dessa forma, fica demonstrado como as premissas adotadas pelo STF no julgamento da ADPF 54 não se amoldam ao ordenamento jurídico pátrio, sobretudo por conferir um tratamento discriminatório e, conseqüentemente, criar dois estatutos de ser humano: as pessoas e as não pessoas. Esse tipo de tratamento já deu ensejo, recentemente do ponto de vista histórico, a regimes totalitários que, por partirem exatamente da premissa de que há uma categoria de seres humanos que não são pessoas, promoveram toda sorte de atrocidades como nunca antes testemunhado na história.

Em observância ao que Barroso nos ensina sobre o neoconstitucionalismo, somos forçados a pensar nas consequências oriundas das decisões judiciais. Uma pseudo-

solução para toda a problemática elencada no presente artigo seria o também pseudo-argumento de que bastaria mudar o termo inicial do nascimento com vida da respiração para a aferição da atividade cerebral.

No entanto, esse seria um procedimento meramente positivista, escola do Direito que, por prescindir absolutamente de valores, deu ensejo ao surgimento de regimes que editaram normas jurídicas válidas (do ponto de vista estritamente formal) que dispunha que determinada categoria de seres humanos deveria ser recolhida em campos de concentração, pelo simples fato de não se tratar de pessoas (conforme a concepção da ordem totalitária então vigente).

O que nos chama a atenção no julgamento da ADPF 54 e suas escandalosas consequências, como demonstramos, é o fato de que a sociedade brasileira estar cada vez mais a entregar nas mãos do Estado poderes que ele legitimamente não tem: dizer o que é a vida, o que é uma pessoa, dentre outros. Estes valores compõem uma realidade que antecede a ordem jurídica positiva e o Estado *apenas os reconhece* para fins de proteção. A dignidade humana, base de todos os direitos fundamentais, está na Carta Política (artigo 1º, III) exatamente como uma norma direcionada ao poder constituído estatal, estando este obrigado a observá-la.

Ao contrário disso, estamos a caminhar para um modelo constitucional no qual o Estado, sobretudo na figura do STF, está a se arrogar o poder de tudo definir, inclusive conceitos que pré-existem ao Estado, tais como pessoa, vida e dignidade. O caso da ADPF 54 é um excelente exemplo das consequências indesejáveis desse modelo. Cabe a comunidade jurídica e, sobretudo à sociedade civil, atentar para este fenômeno e pensar em alternativas, matéria que extrapola os limites do objeto do presente artigo.

## 5.REFERÊNCIAS

- BULOS, U. L. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.p.539-540.
- GAGLIANO, P S.; PAMPLONA FILHO. R: Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GONÇALVES, C. R.. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2011.
- Jus, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 23 de março de 17.

O Dia, Criança com Anencefalia . Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/portal/cienciaesaude/crian%C3%A7a-com-anencefalia-sobrevive-por-tr%C3%AAs-milagrosos-anos-1.511268> >. Acesso em 22 de março de 17.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 22 de março de 17.

PLANALTO, Decreto Lei nº 2.848 de 1940. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 23 de março de 17.

PLANALTO, Lei 9.434 de 1997. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm) >. Acesso em 22 de março de 17.

PLANALTO, Lei 9.882 de 1999. Disponível em:

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm) >. Acesso em 22 de março de 17.

JUSBRASIL, Jurisprudência. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24724681/habeas-corpus-hc-117878-sp-stf/inteiro-teor-112183799> >. Acesso em 23 de março de 17.

STF, Jusbrasil, Petição Inicial. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>>. Acesso em 23 de março de 2017.