

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº , DE 2012
(Dos Srs. Roberto de Lucena, Salvador Zimbaldi e João Campos
e outros)

Susta a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 54, com a finalidade de lograr interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado, anulando-se todos os atos dela decorrentes.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Ficam suspensos os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 54, de 12 de abril de 2012, com a finalidade de interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado, anulando-se todos os atos dela decorrentes.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

DA DECISÃO DO STF

Na data de 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54, que dispõe sobre *“interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado”*, e portanto, a interrupção da gravidez, em caso de anencefalia, deixa de ser criminalizada no Brasil.

Em 24 de abril de 2012 foi publicada no Diário Oficial da União, a ata do julgamento, passando a decisão a ser válida em todo território nacional.

A ação de descumprimento de preceito fundamental foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, que sustentou, em suma, que a interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, que leva à proibição da antecipação do parto, por motivos terapêuticos, no caso de fetos anencefálicos, viola os preceitos fundamentais abrigados nos arts. 1º, IV (princípio dignidade da pessoa humana), 5º, II (princípios da legalidade e autonomia da vontade humana), 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Carta da República.

A autora alegou, ainda, que a anencefalia corresponde a uma má-formação fetal, incompatível com a vida extra-uterina, que caracterizaria uma gravidez de risco, constituindo a antecipação do parto a única indicação terapêutica *“para o tratamento eficaz da paciente (a gestante) já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução”*.

O feito foi distribuído ao Ministro Marco Aurélio, que deferiu o pedido de liminar requerido pela autora, tendo o Plenário desta Suprema Corte cassado a sua decisão monocrática por considerá-la satisfativa, em razão da irreversibilidade dos procedimentos médico deles decorrentes.

O Ministério Público Federal por meio do parecer da Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira sobre o tema encaminhado ao Supremo Tribunal Federal pronunciou-se em ideia central que: **“A maior parte dos fetos anencéfalos morre durante a gestação. Aqueles que não**

falecem durante a gravidez tem curtíssima sobrevida, de natureza meramente vegetativa, em geral de poucos minutos, ou horas.”

No histórico julgamento, oito Ministros decidiram pela procedência da ação e dois pela rejeição. Assim, por maioria de votos, os ilustres julgadores decidiram a viabilidade, no Brasil, da antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia.

Eis decisão totalmente inconciliável com o princípio constitucional da inviolabilidade da vida humana (art. 5º, **caput**).

À vida humana, **gestada ou nascida**, garante-se sua inviolabilidade, impedindo-se sua morte, insisto, por simples projeção do decurso temporal.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se resguarda na premícia de que **nós todos, mulheres e homens, desde a concepção somos em contínuo e incessante auto-movimento nos ciclos que compõem a nossa vida**, necessariamente embrionário, a que se inicie, e depois fetal, recém-nascido, criança, jovem, adulto e velho, se nos é dado viver todos os ciclos.

Portanto, se vida há **que se auto-movimenta no corpo materno**, com ou sem deformações, mas **se auto-movimenta, e vive**, então como matá-la, por perspectiva meramente cronológica de sua existência?

Tal morte conduz-nos ao primado do egocentrismo, entortando a compreensão jurídica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que não se compraz com a absolutização do arbítrio.

Desta forma, entendemos que a decisão do Supremo Tribunal legítima a morte e deve, portanto, ser, de imediato, sustada.

DA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CONGRESSO NACIONAL

O presente Projeto de Decreto Legislativo deve ser acolhido visto que a decisão do Supremo Tribunal Federal na APDF 54-8 reflete um flagrante caso de usurpação de competência privativa do Congresso Nacional.

Ao declarar, na decisão do julgamento concluído em 12 de abril de 2012, que o aborto de crianças anencéfalas – eufemisticamente

chamado “antecipação terapêutica de parto” – não se enquadra no crime de aborto previsto em nosso Código Penal, o Supremo Tribunal Federal atribuiu a si o papel de *legislador positivo*. Criou uma hipótese legal de aborto, como bem reconheceu em seu voto (favorável à ADPF 54) o ministro Gilmar Mendes.

Não há dúvidas de que caberia tão somente ao Congresso Nacional decidir sobre a matéria e não ao Supremo Tribunal Federal. E o Congresso Nacional já estava analisando o assunto por meio de propostas legislativas em tramite no Senado Federal. O fato foi inclusive alertado durante a votação pelo ilustre Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**, que ao proferir seu voto afirmou:

*“Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto dito terapêutico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, **julgo improcedente o pedido.**”*

O último voto proferido foi o do ilustre Ministro Cesar Peluso, que alertou aos pares para o fato de que:

“Não temos legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal”

Destaca-se também, na mesma direção, a expressão usada pela ex-ministra Ellen Gracie, de que os interessados na interrupção da gravidez de crianças com anencefalia usaram o STF como um *“atalho fácil”* para contornar o Congresso Nacional, evitando o embate com os representantes eleitos pelo povo.

No julgamento da APDF 54 resta provado que houve uma invasão de competência do Poder Judiciário e desta forma nos cabe buscar a sustação da decisão.

Os parlamentares, membros do Poder Legislativo, não devem, jamais, permitir que onze Ministros – nenhum deles eleitos pelo povo e portanto tão distantes da realidade e das aspirações da sociedade -

assumam a tarefa de elaborar leis que competem ao Congresso Nacional.

Ao determinar a competência exclusiva do Congresso Nacional, a Constituição Federal em seu artigo 49 prevê:

Nacional: Art. 49. *É da competência exclusiva do Congresso*

[...]

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

[...]

*XI - zelar pela **preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes.***

O inciso XI é claro: o Congresso deve preservar sua competência de legislar, impedindo que os outros Poderes, o Executivo e o Judiciário, legislem em seu lugar. E assim entendemos que caminho correto é por meio do Projeto de Decreto Legislativo que tem como objetivo regular as matérias de exclusiva competência do Poder Legislativo, sem a sanção do Presidente da República.

Registre-se que o inciso V, do artigo 49 da Constituição prevê, como competência exclusiva do Congresso Nacional, a sustação de atos normativos do Poder Executivo, podendo assim, por analogia, aplicá-lo também aos atos do Poder Judiciário.

Juristas em todo país, compactuam de que a decisão da ADPF 54, foi uma intromissão de um Poder na esfera do outro. Entre as proposições já manifestas em público destacamos a do ilustre Ministro do Superior Tribunal do Trabalho, Dr. Ives Granda Martins Filho, que em entrevista ao jornal do Diário Comércio, em 15 de abril de 2012, afirmou:

“Na minha interpretação da lei maior, o Congresso Nacional pode anular a decisão do STF com base no artigo 49, inciso XI, assim redigido: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”. O Supremo Tribunal Federal não tem poder de legislar, nem mesmo nas omissões

inconstitucionais do Legislativo, isto é, quando a Constituição exige a produção de uma lei imediata e o Parlamento não a produz. E, à evidência, se há proibição do STF legislar em determinadas matérias, em que a desídia do Congresso é inequívoca, com muito mais razão não pode a Suprema Corte avocar-se no direito de legislar no lugar do Congresso naquelas matérias de legislação ordinária. Tal aspecto foi bem salientado pelo ministro Ricardo Lewandowsky em seu voto.”

“O dispositivo que impede o Pretório Excelso de legislar é o parágrafo 2º do artigo 103 da Lei Suprema, assim redigido: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Para o Executivo há prazo para produzir a norma. Para o Legislativo, nem prazo, nem sanção, se não a produzir.”

Assim, a propositura do presente Decreto Legislativo se justifica para garantia do Estado de Direito e da harmonia dos três Poderes da União (art. 4º, CF), além da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*, CF) assegurado a todos, mas de modo especial à criança (art. 227, § 1º, CF). Dentre as crianças, as portadoras de deficiência requerem proteção especial (art. 203, IV, CF). E assim entendemos que a proteção deve ser tão maior quanto maior for a deficiência, como é o caso do bebê acometido de anencefalia.

Desta forma, outra alternativa não nos resta senão a propositura do presente Projeto Decreto Legislativo para o qual requeremos o apoio dos Nobres Pares.

ANENCEFALIA E O DIREITO À VIDA

A decisão do Supremo Tribunal Federal afastou por completo o direito do feto viver. O que por si só, já é suficiente para ser revista por ter ferido o princípio constitucional da inviolabilidade do direito à vida.

Que se diga que a dignidade e o direito à vida não dependem de uma suposta autoconsciência, mas derivam do próprio fato de se pertencer à espécie humana, o que ocorre logo no instante da fecundação: quando os gametas se unem, cria-se um indivíduo com DNA indiscutivelmente humano e diferente daquele de seus pais. A partir desse momento, o

embrião já merece proteção, pois é um indivíduo humano, qualidade que manterá até sua morte.

Enquanto a medicina não conseguir respeitar e entender diferenças, compreendendo que todos somos iguais, que todos os seres estão interligados entre si e a um delicado sistema natural, decisões pragmatistas e equivocadas continuarão respaldando atos de egoísmo, guerras e sentenças judiciais descomprometidas com o verdadeiro resguardo da dignidade humana.

A quem foi dado o poder de decidir destinos, precisa ser cobrado respeito por estes valores.

Esqueceram-se os Ministros que decidiram pelo aborto em caso de anencefalia que em pesquisa realizada pela DataFolha em outubro de 2010, **71% dos entrevistados afirmam que a legislação sobre o aborto deve ficar como está**, contra 11% que defendem a ampliação das hipóteses em que a prática é permitida e 7% que apoiam a descriminalização. Além disso, a pesquisa mostra que essa opinião contrária à mudança do Código Penal nesse aspecto vem crescendo nos últimos anos.

Na defesa da vida humana e pela inviolabilidade do direito à vida, este Projeto de Decreto Legislativo, que visa sustar a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54, se faz necessário, em virtude de:

- ser o aborto ato de extermínio de uma vida humana, dado que esta tem início com a fecundação, fato científico inquestionável e respaldado pelo ordenamento jurídico brasileiro;
- ser a interrupção da gravidez em caso de anencefalia uma afronta à Declaração Universal dos Direitos do Homem, que define que “todo o indivíduo tem direito à vida” (artigo 3º) e à Constituição Brasileira, que tem como cláusula pétrea o seu artigo 5º, definindo como garantia fundamental a inviolabilidade do direito à vida; bem como ao artigo 4º do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é país signatário, portanto, com força constitucional;
- o bebê ainda não nascido não ser parte do corpo da mulher, mas uma vida absolutamente distinta e com corpo autônomo;
- a mulher ter o direito de decidir engravidar ou não, mas não ter o direito de vida e morte sobre o filho;

- ser o aborto um atentado contra a saúde física, mental, emocional e espiritual da mulher;
- existir no aborto, pelo menos quatro vítimas: a criança, a mulher, a família e a sociedade;
- ser o aborto ato contra a consciência e a dignidade humana;
- nunca ser o aborto em caso de anencefalia uma solução dignificante, nem para quem o pratica, nem para a mulher que a ele se submete, e muito menos para a criança inocente; pelo contrário, o aborto provocado, constitui fator de agravamento de risco de mortalidade materna;
- ser a prática do aborto de anencéfalos o caminho para fomentar a intolerância e a discriminação contra as pessoas portadoras de necessidades especiais, visto que tem como um dos objetivos impedir o nascimento de crianças com anomalias e malformações congênitas.

Ainda no início da tramitação da ADPF na Suprema Corte, o então Procurador- Geral da República, Dr. Claudio Fonteles em 18 de agosto de 2004 em seu parecer deixou claro para os ilustres ministros do Supremo Tribunal Federal que a APDF 54 não deveria prosperar, por ser ela uma violação à vida.

Transcrevemos aqui o parecer exaurido pelo ilustre Procurador Geral da República naquele processo, por ser a posição do Nobre Jurista também a posição de grande parte da população brasileira e dos membros deste Congresso Nacional quanto a defesa e proteção do feto humano, da vida humana, a saber:

- “ 1. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ajuíza arguição de descumprimento de preceito fundamental.*
- 2. Considera “como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto representado pelos arts. 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal” (petição inicial – fls. 3 – in fine).*
- 3. Fundamenta-se em que tal “conjunto normativo” vulnera a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, IV), o princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade (artigo 5º, II) e o direito à saúde (artigo 6º, caput e 196) “todos da Constituição da República” (ainda: pòrtico da petição inicial a fls. 3).*

4. Desenvolve sua pretensão asseverando:

a) que a patologia da anencefalia “torna absolutamente **inviável a vida extrauterina**” (fls. 4), daí porque não se está a falar do “aborto eugênico, cujo fundamento é eventual deficiência grave de que seja o feto portador. Nessa última hipótese, pressupõe-se a viabilidade **da vida extra-uterina do ser nascido**, o que não é o caso em relação à anencefalia” (nota de pé de páginas a fls. 6, da **petição inicial**)

b) “O que se visa, **em última análise**, é a **interpretação conforme a Constituição** da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado” (petição inicial: **item 19 a fls. 12**)

c) acentuando que “**não há viabilidade de uma outra vida, sequer um nascituro**” (petição inicial: **item 26 a fls. 15**) “o foco da atenção há de voltar-se para o estado da gestante”, para extrair que a permanência do feto no útero materno:

- fere a dignidade da pessoa humana na medida em que “a convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica (petição inicial: **item 30 a fls. 18**)

- fere o princípio da legalidade, porque “antecipação terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não está vedada no ordenamento jurídico (petição inicial: **item 33 a fls. 19**)

- fere o direito à saúde porque “a antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencefálico é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante” (petição inicial: **item 35 a fls. 20**)

5. Cuidemos do alegado.

6. Estabeleço que o recurso à **interpretação conforme à Constituição, pedra de toque do pleito em exame**, conduz-nos à reflexão sobre os **limites** do uso deste instrumento na avaliação dos preceitos normativos.

7. Valho-me, aqui, dos precisos ensinamentos de Rui Medeiros – “A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei-, postos no específico Capítulo II, desta obra, a versar sobre “O Conteúdo da Decisão de Inconstitucionalidade”, e principio por reproduzir seu alerta, **verbis**:

“Por outro lado, e agora quanto à relações entre os órgãos de fiscalização da constitucionalidade em geral e o legislador, **ninguém ignora que a interpretação conforme à Constituição se pode converter num meio de os órgãos de controle se substituírem ao legislador. “Perante os perigos da usurpação do conteúdo normativo-constitucional por um conteúdo legislativo apócrifo” salta à vista a importância da determinação dos limites da interpretação conforme à Constituição. Este é, justamente, um dos domínios em que se joga a problemática do “activismo” ou da “criatividade” dos juizes constitucionais. Há que impedir a transformação, ainda que com efeitos limitados ao caso concreto da pretensa interpretação adequada em verdadeira e própria**

modificação da disposição fiscalizada". A relevância da questão não pode ser subestimada com base na idéia de que quem tem competência para proferir uma decisão de inconstitucionalidade de um preceito legal pode, por maioria de razão, optar por uma decisão interpretativa. Com efeito, "quando o conteúdo atribuído à lei pelo órgão fiscalizador através do apelo à interpretação conforme à Constituição contém **já não um minus, mas antes um aliud em face do conteúdo originário da lei**", o **órgão fiscalizador "intervém mais fortemente nas competências do legislador** do que nas hipóteses em que profere uma decisão de invalidade": enquanto após a decisão de invalidade da lei a nova conformação material positiva é realizada diretamente pelo legislador, no caso de decisão interpretativa tal tarefa é levada a cabo pelo próprio órgão fiscalizador. Este, mais do que interpretar a lei, corrige-a ou converte-a e, obviamente, a correção e a conversão da lei atingem mais intensamente as competências do legislador do que a mera invalidação ou não aplicação da lei. "A admissibilidade de uma correção intrínseca da lei" é, portanto, muito mais atentatória "da preferência legislativa constitucionalmente concretizadora do que a declaração ou reconhecimento de inconstitucionalidade." (obra citada – pg. 300/1, grifei)

8. Embora **não** expresse adesão aos que consideram os sentidos literais possíveis da lei como o limite da interpretação conforme à Constituição – "Os sentidos literais possíveis não constituem, **de per si**, limites à interpretação **lato sensu corretiva da lei**, porque, nesta sede, **à letra se pode preferir o sentido** que a letra traiu" (obra citada – pg. 305, grifamos), Rui Medeiros adverte, **verbis**:

"Sobretudo, e este é o aspecto que importa aqui realçar, a relevância do cânone da interpretação conforme à Constituição não exclui, antes tem como pressuposto de sua correta consideração, **uma bem consciente demarcação dos níveis jurídico-constitucional e jurídico-legislativo ordinário**, não pretendendo anular **numa confusão de planos** a relativa autonomia hermenêutico-jurídico de ambos." (obra citada – pg. 308, grifei)

9. E bem prosseguiu, **verbis**:

"Por outro lado, como referiu Volker Haak em 1963, **o sentido inequívoco que a lei enquanto tal apresenta**, abstraindo da conexão sistemática com a Constituição, **não pode ser posto em causa pela interpretação conforme à Constituição**, visto que o elemento sistemático-teleológico transcendente à lei permite sempre, de per si, o resultado conforme à Constituição e, por isso, para excluir o resultado conforme com o sistema é necessário buscar um limite fora do sistema. Se não fosse assim, nunca haveria leis inconstitucionais: a conversão da ratio legis ou do elemento teleológico (...) aos compromissos e ao espírito do sistema político-normativo constitucional, aliada à possibilidade de ultrapassar os sentidos literais possíveis, afastaria em sede interpretativa o problema das leis inconstitucionais. Uma tal conclusão seria, manifestamente, incompatível com a previsão pelo legislador constitucional do fenómeno da inconstitucionalidade da lei. **Os limites à interpretação em conformidade com a Constituição têm,**

portanto, de decorrer da interpretação da lei enquanto tal." (obra citada – pg. 309/10, grifei)

10. Mesmo no campo das concepções subjetivistas, ou objetivistas, da interpretação, corretamente anotou Rui Medeiros, **verbis**:

"Mas, tanto numa linha subjectivista, como numa perspectiva eclética ou até, como demonstra a posição de Oliveira Ascensão ou de Volker Haak, objectivista moderada, aquilo que o legislador quis claramente e como querido, o declarou deve ser tomado como conteúdo da sua regulamentação. Por isso, pelo menos em princípio – ou, caso se perfilhe a posição de Robert Alexy, desde que não se apresentem motivos racionais capazes de anular as razões que determinam esses limites -, só quando a vontade do legislador não pode ser reconhecida em tais termos, está indicada uma interpretação conforme à Constituição. O apelo à Constituição em sede de interpretação em sentido estrito não pode neste sentido, contrariar a letra e a **intenção claramente reconhecida do legislador** ou, numa versão mais restritiva, a intenção que está subjacente à tendência geral da lei ou às opções fundamentais nela consagradas." (obra citada – pg. 312)

11. E contemplando o tema à luz das leis pré-constitucionais, **tal aqui acontece**, enfatiza Rui Medeiros, **verbis**:

"Em contrapartida, a reivindicação de um objectivismo actualista abre espaço para certas teorias que flexibilizam os limites da interpretação conforme à nova Constituição das leis pré-constitucionais. Não é por acaso que se fala neste tipo de leis. De facto, embora as leis pós-constitucionais com o decurso do tempo também se tornem leis antigas, as referidas teorias preocupam-se, sobretudo, em acentuar a possibilidade de a interpretação conforme à Constituição contrariar a intenção do legislador (histórico) nos casos em que a lei em causa haja sido editada sob um outro regime, tanto mais que o princípio da separação de poderes tem, aqui, um peso bastante menor. **Mas subsistem sempre limites**. Não é possível, por exemplo, uma interpretação conforme à Constituição de um regulamento proveniente do tempo do nacional-socialismo, portanto imbuído do pensamento próprio da Administração do Estado Totalitário, que em nenhum aspecto satisfazia as exigências de determinabilidade do Estado de Direito. Ou seja, e este é o aspecto que nos interessa sublinhar, mesmo que se perfilhe esta concepção, **deve ficar claro que está vedada aos juízes a 'feitura' de uma nova lei com conteúdo diferente da anterior: a interpretação conforme à Constituição não pode, em caso algum, converter-se em instrumento de revisão do Direito anterior à Constituição**. Só que, na perspectiva do objectivismo actualista agora referida, enquanto a vontade do legislador documentada através da história do preceito, pode eventualmente limitar a interpretação conforme à Constituição de leis pós-constitucionais (não podendo ser falsificada através da interpretação em conformidade com a Constituição), basta, em relação a leis anteriores à Constituição, que o novo entendimento seja admitido pela letra do preceito e não contrarie o sentido objectivo da lei." (obra citada – pg. 314, grifei)

12. Em síntese, releva Rui Medeiros, **verbis**:

"A correlação da lei significa apenas correcção da letra da lei, não podendo ser realizada quando os sentidos literais correspondem à intenção do legislador ou quando o resultado que se pretende alcançar não se harmonize com a teleologia imanente à lei. Para além disso, por mais desejável que se apresente uma alteração do sistema normativo, essa alteração pertence às fontes de direito, não ao intérprete (...). Razões extremamente ponderosas de segurança e de defesa contra o arbítrio alicerçam esta conclusão. Isto já para não falar do princípio da separação de poderes. A interpretação correctiva da lei em conformidade com a Constituição não se traduz, portanto, numa revisão da lei em conformidade com a Lei Fundamental." (obra citada – pgs. 316/7)

13. Para concluir – e agora já no campo que Rui Medeiros dedicou às **decisões modificativas** e à reflexão sobre a jurisdição constitucional em sua função negativa, ou positiva, - é de se ler, **verbis**:

"III - Pelo contrário, à semelhança de GOMES CANOTILHO, o nosso ponto de partida – que, como se verá, é confirmado por uma leitura global do sistema português de fiscalização da constitucionalidade – é o de que o **Tribunal Constitucional, entre nós, desempenha e não pode deixar de desempenhar fundamentalmente a função de jurisdictio: não é um legislador, ou, mesmo, superlegislador apócrifo. Sem dúvida que a função jurisdicional não é já hoje, nem se poderá mais compreender como a actividade de mera aplicação formal de um direito inteiramente dado. Mas à concreta realização do direito não compete a intencionalidade estratégica, reformadora e programática que corresponde aos poderes de direcção política e que no universo jurídico (melhor, político-jurídico) será própria do legislador. De facto, independentemente do significado que a tese do legislador negativo assume no modelo de justiça constitucional do Mestre de Viena e das objecções que podem ser dirigidas à visão Kelseniana da Constituição e do controlo da constitucionalidade, a contenção do controlo da constitucionalidade dentro dos limites do controlo negativo é justificada pelo princípio democrático e pelo princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania. O princípio da separação de poderes, embora não seja um princípio rígido, implica, no seu conteúdo essencial, a distinção entre legislação e jurisdição. O princípio democrático postula, por seu lado, que a decisão política seja tomada, directamente ou através de órgãos representativos politicamente responsáveis, pelo povo. A negação ou atenuação da separação entre legislação e jurisdição põe, inevitavelmente, em causa o próprio modelo democrático-representativo vigente. Como sublinha Vital Moreira, a jurisdição constitucional não está constitucionalmente habilitada para usurpar o papel do legislador ordinário, expressão da maioria de governo, substituindo-se àquele nas escolhas constitucionalmente admissíveis (...) A ideia fundamental é a de que ao juiz constitucional só compete averiguar se a lei é ou não contrária à Constituição, mas não lhe compete substituir-se ao legislador na formulação das soluções conformes à Constituição. Aqui continuam a ter plena validade as limitações decorrentes do princípio da maioria e da separação de**

poderes. É à maioria democraticamente legitimada para governar que compete fazer as leis e não aos juízes, mesmo ao juiz constitucional. A este só compete verificar se aquele legislou contra a Constituição. A introdução de um sistema de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis não retira, portanto, à lei a sua posição de centralidade no ordenamento jurídico-constitucional. (obra citada – pgs. 494/5, grifei)

14. Tudo assim posto, os textos normativos, apresentados pela autora, ensejam **a interpretação conforme?**

15. **Por certo que não!**

16. Os **artigos 124 e 126** tipificam, criminalmente, o aborto provocado pela gestante, ou com seu consentimento (**124**) e o aborto provocado por terceiro (**126**).

17. **Bastam-se no que enunciam, e como estritamente enunciam.**

18. **Aliás**, injurídico, data venia, manusear-se com a interpretação conforme a dizer-se que **na definição dos tipos penais incriminadores**, não seja criminalizada tal situação.

19. No caso em estudo, **há norma específica**, a propósito, a do **artigo 128** e é para ela que há de se voltar o tema da interpretação conforme. Reconheceu-o, aliás, a própria petição inicial, em seu **item 9**, a **fls. 8**, **verbis**:

“Note-se, a propósito, que a hipótese em exame **só não foi expressamente abrigada** no **art. 128** do Código Penal como excludente de punibilidade (ao lado das hipóteses de gestação que ofereça risco de vida à gestante ou resultante de estupro) porque em 1940, quando editada a Parte Especial daquele diploma a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompativas, com a vida. Não se pode permitir, todavia, que o anacronismo da legislação penal impeça o resguardo de direitos fundamentais consagrados pela Constituição, privilegiando-se o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma” (grifei)

20. Portanto, os artigos 124 e 126 **passam muito ao largo da interpretação conforme.**

21. **O artigo 128 não a alberga, outrossim.**

22. As situações extintivas da antijuridicidade, que enuncia, apresentam **“o sentido inequívoco que a lei enquanto tal apresenta”**, para que sejam rememoradas as palavras de Rui Medeiros (**item 9**, deste parecer), **sentido inequívoco e preciso, que se completa**, e legaliza o aborto:

a) para que **a mãe não morra (aborto terapêutico)**

b) se a mãe, vítima de estupro, consente no aborto (**aborto sentimental**)

23. A situação de anencefalia não se coaduna, por óbvio, nessas situações.

24. O feto anencéfalo não causa a morte da mãe. Afasta-o a própria petição inicial.

25. Se causasse tal situação, ter-se-ia diante o aborto terapêutico.

26. Quanto ao aborto sentimental não há discrepância na abalizada doutrina penal de que sua compreensão **é limitadíssima** à hipótese que enuncia: gravidez resultante de estupro. De se ler, Heleno Claudio Fragoso, **verbis**:

“O aborto sentimental (que se realiza em conseqüência de um crime) todavia não se confunde com o aborto eugênico (conveniência de evitar procriação indesejável) ou com o aborto por indicação social (miséria ou dificuldades econômicas dos pais), que são sempre criminosos perante nossa lei. A exclusão do crime depende aqui do **prévio consentimento** da ofendida ou de seu representante legal (se for incapaz), devendo o médico certificar-se da existência de estupro (e não de outro crime sexual). **Trata-se de norma excepcional, que não admite interpretação analógica. Não pode ser ampliada para legitimar o aborto** quando a mulher foi vítima de outro crime, como, por exemplo, o de sedução.” (in – Lições de Direito Penal – 7ª edição – pg. 123 – grifos do original e meu)

27. Por tais considerações, **lugar não há a que se cogite de interpretação conforme a Constituição** nos textos apresentados.

28. Para encerrar este tópico, ainda uma vez com Rui Medeiros, **verbis**: “Daí a importância da afirmação da regra de que “o Tribunal Constitucional só pode declarar (ou não declarar) a inconstitucionalidade (ou ilegalidade) da norma em causa, mas não pode substituí-la por outra norma por ele criada (...) A função do Tribunal Constitucional é uma função de controle, de carácter essencialmente negativo (...) **Ele é um contralegislador e não outro legislador.**” (obra citada – pg. 496 – grifei)

29. Passo a outra linha de argumentação, e sustento que a vingar a tese do autor, sacrificado está o direito à vida.

30. Com efeito, está no **caput**, do **artigo 5º**, da Constituição Federal, que abre o Título alusivo aos “Direitos e Garantias Fundamentais, **verbis**:

“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...**” (grifei)

31. Portanto o **direito à vida é posto como marco primeiro**, no espaço dos direitos fundamentais.

32. O autor desta ação tem por tema central do pleito o fato de que nos casos de anencefalia não há possibilidade de vida extra-uterina, então razão não há a que permaneça a gestação.

33. Mas se há normal processo de gestação **vida intra-uterina existe.**

34. E nos caos de anencefalia **há o normal desenvolvimento físico do feto**: formam-se

seus olhos; nariz; ouvidos; boca; mãos, enfim o que lhe permite sentir, e também braços; pernas; pés; pulmões; veias; sangue que corre, o coração.

35. Ora, o **artigo 2º** de nosso Código Civil, **justo por não obscurecer esta realidade da vida que se forma no ventre materno, é textual, verbis**:

“Artigo 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei **põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**”. (grifei)

36. O **artigo 4.1** da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é, igualmente textual, **verbis**:

“Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, no geral, **a partir do momento da concepção** (grifei)

37. A Convenção sobre os Direitos da Criança, no seu **artigo 1º**, reconhece **o direito intrínseco à vida** que tem todo ser humano concebido. O Preâmbulo desta Convenção **é claro, verbis**:

“a criança por falta da maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidado especiais, aí incluída a proteção legal, **tanto antes, como depois, do nascimento.**”

38. Portanto, **os diplomas legais**, tanto do direito interno, quanto internacional, **estabelecem que vida há, desde a concepção.**

39. Eis porque não se revela correta a afirmação do il. advogado da autora quando, a buscar fazer prevalecer o direito da gestante, registrou que

“... por fatalidade, não há viabilidade de uma outra vida, **sequer um nascituro**, cujo interesse se possa eficazmente proteger”. (item 26, da petição inicial a fls. 15)

40. Ora, o próprio dicionarista Aurélio Buarque de Holanda, trazido à colação pelo il. advogado em nota de pé de página sobre a transcrição retro é textual em definir o nascituro como **o ser humano já concebido, cujo nascimento** se espera como fato futuro certo.

41. O bebê anencéfalo, **por certo nascerá.**

42. **Pode viver segundos, minutos, horas, dias, e até meses. Isto é inquestionável!**

43. E aqui o ponto nodal da controvérsia: **a compreensão jurídica do direito à vida legitima a morte, dado o curto espaço de tempo da existência humana?**

44. **Por certo que não!**

45. Se o tratamento **normativo** do tema, como vimos (itens 34/37, deste parecer), **marcadamente protege a vida, desde a concepção, por certo é inferência lógica, inafastável, que o direito à vida não se pode medir pelo tempo, seja ele qual for, de uma sobrevida visível.**

46. Estabeleço, portanto, **e em construção estritamente jurídica, que o direito à vida é a temporal, vale dizer, não se avalia pelo tempo de duração da existência humana.**

47. É se assim o é, e o é afetivamente, dada a clareza dos textos normativos importa prosseguir, e indagar, então: a dor temporal da gestante é causa bastante a obscurecer, **e então relativizar**, a compreensão jurídica do direito à vida, como venho de assentar?

49. Estou em que não!

50. De pronto, não são todas as gestante que, por sua dor, almejam livrar-se do ser humano, que existe em seus ventres maternos.

51. Há, outras também, gestantes, que, se experimentam a dor, superam-na e, acolhendo a vida presente em seu ser, deixam-na viver, pelo tempo possível.

52. Digo isso para assentar que a dor da gestante **não é comum a todas as gestantes**, de sorte que, e atento ao **princípio jurídico da proporcionalidade**, a temporalidade do direito à vida, como desenvolvi nos **itens 42/45**, retro, **sobrepuja**, por essa perspectiva, o direito da gestante não sentir a dor, posto que a dor **não será partilhada por todas as gestantes**, ao passo que **todos os fetos anencefálos** terão suprimidas suas vidas.

53. É de se reconhecer, outrossim, **e mantido o raciocínio na ponderação de bens**, que por certo o sofrer uma dor, mesmo que intensa, não ultrapassa o por cobro a uma vida, que existe, intra-uterina, e que, seja sempre reiterado, goza de toda a proteção normativa, tanto sob a ótica do direito interno, quanto internacional.

54. **O feto no estado intra-uterino é ser humano, não é coisa!**

55. Noutro giro de argumentação, é de se ter presente que o **artigo 3º, inciso I** da Constituição de nossa República expressa como objetivo seu, perene, **verbis**:

“I – construir uma sociedade livre, justa e **solidária**.” (grifei)

56. Ora, o pleito da autora, titulado por órgão que representa profissionais da área da saúde, **impede possa acontecer a doação de órgãos do bebê anencéfalo a tantos outros bebês** que, se têm normal formação do cérebro, todavia têm **grave** deficiência nos olhos, nos pulmões, nos rins, no coração, **órgãos estes plenamente saudáveis no bebê anencéfalo**, cuja morte prematura frustrará a vida de outros bebês, assim também condenados a morrer, ou a não ver.

57. O pleito da autora, por certo, **vai na contra-mão da construção da sociedade solidária** a que tantos de nós, brasileiras e brasileiros, aspiramos, **e o ser solidário é modo eficaz de instituir a cultura da vida**.

58. Quer por ser injurídico, no caso apresentado, o recurso à interpretação conforme a Constituição, quer pela primazia **jurídica** do direito à vida, como aqui desenvolvida, o pleito é de ser **indeferido**”

DA EVOCAÇÃO DA LAICIDADE DO ESTADO

Causou estranheza a toda sociedade e a estes parlamentares o fato de que Ministros em seus votos evocaram, equivocadamente, a laicidade do Estado, em um julgamento cujo tema era de cunho científico, e que para a decisão comportava apenas a análise da questão sob os aspectos biológicos, psicológicos e terapêuticos. A decisão deveria ter se atido, tão somente, aos aspectos da possibilidade, da necessidade ou não da interrupção da gravidez em caso de feto de anencéfalos.

Os ilustres julgadores não acertaram ao evocar em seus votos a laicidade do Estado, além de terem se equivocado, mais uma vez, o que é de fato um Estado Laico.

Neste sentido entendemos que a laicidade do Estado deve consistir numa estratégica neutralidade com relação à religião, que permita a mais ampla liberdade religiosa e a pacífica convivência solidária de todos. Devemos pois distinguir a saudável laicidade de uma laicidade perniciosa a que chamaremos laicismo.

Amplitude da neutralidade do Estado laico

A neutralidade do Estado Laico deve ir além da neutralidade com relação à crença religiosa. De acordo com os fundamentos liberais da laicidade, estende-se também às concepções antropológicas sobre a natureza humana e às concepções éticas a respeito do bem moral. Postula que o Estado deve se abster de qualquer juízo a respeito da bondade ou da malícia dos comportamentos humanos, da sua adequação ou inadequação ao aperfeiçoamento do indivíduo, da sua maior ou menor capacidade de torná-lo feliz.

É lógico que seja assim, pois, segundo o ideal liberal mais genuíno, ao Estado caberia apenas garantir a liberdade e, mediante a equidade, assegurar a convivência pacífica de todos, de modo que cada um possa orientar a vida de acordo com as próprias concepções morais, na busca do próprio interesse.

Esta é, pois, a origem do ordenamento jurídico dos Estados Constitucionais Democráticos Laicos: um conjunto de normas que vedam ao indivíduo (e ao Estado) a obstrução das liberdades dos outros e estabelecem deveres de solidariedade. Ressalte-se que essas normas se impõem apenas em função do seu interesse social. Condutas humanas sem relevância social, condutas privadas, nunca serão estimuladas mediante concessão de vantagens, ou coibidas mediante aplicação de sanções.

Portanto o Estado laico não faz nenhum juízo sobre o comportamento privado. Não tem nenhuma intervenção na vida privada dos cidadãos. E as razões que legitimam qualquer dispositivo legal, ou qualquer ato dos poderes constituídos devem ser razões públicas que deixem de lado qualquer tipo de avaliação moral das condutas humanas sobre as quais versam.

A neutralidade estatal e os direitos da religião

O Estado, no referente à religião, deve respeitar os direitos fundamentais consubstanciados, por exemplo, nas convenções internacionais de que o país é signatário – pois é justamente para se garantir a todos o exercício desses direitos que existe a neutralidade estatal. E deve também o Estado tutelar os valores reconhecidos no ordenamento jurídico vigente, máxime na Constituição Federal.

A título de ilustração, observamos o art. 18 – sobre a **liberdade religiosa** – do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, adotado pela ONU em 1966 e firmado pelo Brasil adotado pela Resolução n. 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Decreto-Legislativo n. 226, de 12.12.1991. Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Em vigor no Brasil em 24.4.1992. Promulgado pelo Decreto n. 592, de 6.7.1992.

§ 1º Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

§ 2º Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha.

§ 3º A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

§ 4º - Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais – e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Aqui destacamos um fato inexplicável ocorrido durante todas as fases de tramitação da ADPF no Supremo Tribunal. Sob o argumento

da laicidade do Estado, de forma antidemocrática não se permitiu receber as manifestações da sociedade e as vozes contrárias a liberação do aborto de anencéfalos, por entender que eram elas apenas os religiosos. Interpretação equivocada.

Entendemos que mesmo que fossem essas vozes oriundas apenas dos movimentos religiosos elas deveriam ser ouvidas e as manifestações acolhidas. Onde está escrito que pessoas ou entidade estão descredenciadas e desqualificadas para manifestarem posições apenas por serem de origem religiosa?

Este fato nos soa mais como discriminação e preconceito e não prozlo a laicidade do Estado.

É lamentável que as entidades favoráveis à vida tenham sido proibidas de sustentar oralmente a defesa da criança gerada pelo Ministro Marco Aurélio, que não as admitiu como *amicus curiae* (amigos da Corte). Desta forma, em Plenário, só houve a defesa dos advogados favoráveis ao aborto, - o atual Procurador-Geral e o da instituição promotora da ADPF 54. Tudo em nome da suposta laicidade do Estado.

Desta forma, autorizar a antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, tendo como base a laicidade do Estado é erro insanável. É, portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54, eivada de erro devendo a mesma ser, de imediato, sustada.

Desta forma, em defesa da vida humana e para restauração da ordem jurídica, apresentamos o presente Projeto de Decreto Legislativo que esperamos seja acolhido por esta Casa de Leis.

Sala das Sessões, em de de 2012.

Deputado ROBERTO DE LUCENA

Deputado SALVADOR ZIMBALDI

Deputado JOÃO CAMPOS