

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

MALU MARIA DE LOURDES MENDES PEREIRA

JUÍZO DE PONDERAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA
ANÁLISE DA ADPF 54 – ABORTO DE ANENCÉFALOS

FDSM – MG

2014

MALU MARIA DE LOURDES MENDES PEREIRA

JUÍZO DE PONDERAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA
ANÁLISE DA ADPF 54 – ABORTO DE ANENCÉFALOS

Dissertação apresentada para obtenção de crédito no Mestrado em Direito, área de Concentração Constitucionalismo e Democracia, linha de pesquisa Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais, sob a orientação do prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

FDSM – MG

2014

MALU MARIA DE LOURDES MENDES PEREIRA

JUÍZO DE PONDERAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DA
ADPF 54 – ABORTO DE ANENCÉFALOS

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação 21/02/2014

Banca Examinadora

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães
Orientador
FDSM

Prof. Dr. Elias Kallas Filho
FDSM

Prof(a). Dr(a). Delze do Santos Laureano
Centro de Ensino Superior de São Gotardo (CESG)

Pouso Alegre – MG

2014

Dedico este trabalho a minha mãe, por me
mostrar que o estudo é o caminho do sucesso!
A meu pai e meus irmãos Lygia, Hélida e João,
por serem simplesmente o máximo!
Ao meu Raphaël por nos presentear com sua
chegada em pleno dia de aula do mestrado.
Ao meu amor Fábio, por aguentar minhas
ausências e minha impaciência.
A Fernando Fraga (*in memoriam*)
por me mostrar que os motivos errados
também levam a resultados mais
que corretos. Eu te perdoo.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, meu orientador, sem o qual esta dissertação não seria possível. Mesmo com a resistência inicial ao tema, o aprendizado, não somente para o trabalho, mas para minha vida docente futura, foram imensuráveis.

Ao Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães por ter me acolhido com tanto carinho após o desligamento do Professor Alexandre Bahia.

À Profa. Dra. Fábيا Fernandes Carvalho Veçoso pelos úteis conselhos dados na qualificação que só engrandeceram o trabalho.

Ao Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo por ter me indicado os primeiros caminhos e por ter me concedido o melhor orientador disponível.

Ao Prof. Dr. Renato Maia por ter plantado uma ideia em minha mente.

Aos meus colegas de mestrado, em especial às minhas queridas Grazi e Lidiane e ao bom amigo Rubens, por tornarem a caminhada menos dolorosa.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas pela maravilhosa troca de experiências e aos demais funcionários pelo carinho e atenção sempre dispensada a todos os mestrandos.

RESUMO:

PEREIRA, Malu M L M. Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional: Uma Análise Da ADPF 54 – Aborto de Anencéfalos. 2014. 118f. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, MG, 2014.

A presente dissertação trata da decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 contendo uma análise crítica da ponderação de direitos fundamentais. No início do trabalho foi abordada a teoria da decisão judicial, sua fundamentação e as mudanças ocorridas dentro do contexto dos paradigmas do constitucionalismo moderno: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito. Posteriormente foram estudadas a argumentação jurídica, a ponderação e temas específicos tais quais aborto, o conceito de anencefalia e a saúde física e mental da gestante além da análise descritiva do acórdão da ADPF 54, com um capítulo especialmente reservado à análise do uso da ponderação nesta decisão. O objetivo deste estudo foi verificar se a interrupção da gestação do feto anencéfalo é aborto ou é antecipação terapêutica do parto e se com a decisão na ADPF 54 criou-se uma nova excludente de ilicitude para o referido crime. Ainda se pretendeu verificar se a decisão na ADPF 54 foi ativista, ou seja, se ocorreu ativismo judicial e se tal decisão estaria de acordo com o papel contramajoritário do STF. Outro objetivo foi saber se a técnica da ponderação de princípios foi utilizada na decisão, quais os princípios sopesados, quais prevaleceram e por quais motivos. Ao final objetivou-se saber se a teoria de Alexy é a mais adequada para a resolução dos casos difíceis, e se haveria melhor caminho e qual seria.

Palavras chave: ADPF 54, antecipação terapêutica do parto, anencefalia, ponderação.

ABSTRACT

PEREIRA, Malu M L M Judgment in Constitutional Jurisdiction weighting: an analysis of the ADPF 54-abortion Anencéfalos. 2014.118f. Dissertation (master in constitutionalism and democracy) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Postgraduate program in law, Pouso Alegre, Minas Gerais, 2014.

The present dissertation deals with the Supreme Court's decision on Complaint of breach of Fundamental precept (ADPF) 54 containing a critical analysis of weighting of fundamental rights. At the beginning of the work was addressed to judicial decision theory, its rationale and the changes that have taken place within the context of the paradigms of the modern constitutionalism: the Liberal State, the welfare State and the democratic State of law. Subsequently studied the legal argument, the weighting and specific topics such as abortion, the concept of anencephaly and physical and mental health of the pregnant woman beyond the descriptive analysis of the judgment of the ADPF 54, with a chapter specially reserved to the analysis of the use of weighting in this decision. The objective of this study was to verify whether the interruption of gestation the fetal anencephaly is abortion or childbirth therapy and anticipation with the decision in the ADPF 54 created a new exclusionary of objections to such crime. Even if intended to check whether the decision on the ADPF 54 was activist, i.e. If judicial activism occurred and whether such a decision would agree with the contramajoritário role of the Supreme Court. Another objective was to see if the technique of weighting of principles was used in the decision, which weighed principles, which prevailed and for what reasons. The end objective of whether Alexy's theory is the most appropriate for the resolution of difficult cases, and if there was a better way and which would be.

Keywords: ADPF 54, anticipating childbirth therapy, anencephaly, weighting.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A DECISÃO JURÍDICA.....	12
1.1. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	25
2. PONDERAÇÃO.....	28
2.1. CRÍTICAS À PONDERAÇÃO.....	30
3. ABORTO – UMA QUESTÃO POLÊMICA	35
3.1. O CONCEITO DE ANENCEFALIA E A SAÚDE FÍSICA E MENTAL DA GESTANTE	50
4. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF 54 – ABORTO DE FETO ANENCÉFALO.....	54
4.1. ADPF 54 – AUDIÊNCIAS PÚBLICAS	56
4.2. ADPF 54 – VOTOS.....	62
5. A ADPF 54 E OS PRINCÍPIOS SOPESADOS NA DECISÃO:	87
6. ANÁLISE DA ADPF 54 – ASPECTOS GERAIS E PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS:	103
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	109
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111

INTRODUÇÃO

O aborto é questão controvertida no Brasil e no mundo. Não se trata apenas de uma questão jurídica e sim de uma questão religiosa, uma questão médica, uma questão psicológica e até mesmo uma questão de saúde pública.

No Brasil, no ano de 2012, importante decisão foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 que deu interpretação conforme a Constituição Federal (CF) de 1988 aos artigos 124, 126 e 128 incisos I e II do Código Penal, para permitir o aborto de fetos acometidos pela má formação fetal chamada anencefalia.

O assunto é de grande importância para o Brasil e para o mundo jurídico primeiro porque até 2005 os juízes e tribunais de justiça haviam formalizado cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina; segundo porque o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos¹.

À parte de todas as emoções envolvidas no tema, o que se pretende nesta dissertação é, inicialmente, verificar se na decisão da ADPF 54 o STF definiu se, ao interromper a gestação do feto anencefálico, ocorreria o aborto ou antecipação terapêutica do parto. Tal definição é importante porque levará ao segundo ponto a ser pesquisado: se o STF, com a decisão na ADPF 54, criou uma nova excludente de ilicitude para o referido crime.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal faz uso comumente da técnica da ponderação de princípios, o que se pretende é saber se foi feito uso da referida teoria no caso em estudo, quais os princípios sopesados, quais prevaleceram e por quais motivos. A partir disso, irá se discutir se tal teoria é a mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, particularmente para a resolução de “casos difíceis”.

Ainda se pretende verificar se a decisão na ADPF 54 foi ativista, ou seja, se ocorreu ativismo judicial e se ela está de acordo com o papel contramajoritário do STF. Ao final objetiva-se saber se haveria melhor caminho e qual seria.

No primeiro capítulo do estudo será abordada a temática da decisão jurídica que, como é sabido, além de ser a função maior do Poder Judiciário, envolve grande poder, uma vez que interfere na esfera particular dos jurisdicionados. Apresentar-se-ão as mudanças das decisões jurídicas ocorridas ao longo do tempo inseridas nos paradigmas do constitucionalismo: o

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Trecho do voto do Relator, p. 01. DJ: 24/04/2012.

Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito². Tratar-se-á também da importância e as funções da fundamentação nas decisões jurídicas, destacando-se a posição constitucional sobre o tema e comentar-se-á sobre como se encontra tratado o assunto no projeto do novo Código de Processo Civil (CPC), principalmente no tocante à valorização da fundamentação e a orientação para o uso da ponderação.

Ao final do primeiro capítulo será incluída a temática sobre a argumentação jurídica que pretende estipular algumas regras e formas para o discurso, especialmente o jurídico, com o objetivo de tornar o discurso racional e transformar o Direito em verdadeira ciência³. Abordagem especial será dada à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

O segundo capítulo tratará especificamente da ponderação: será apresentada a diferença entre regras e princípios e a diferença entre colisão de regras, em que pode ocorrer invalidação ou cláusula de exceção, e colisão de princípios, em que ocorrerá a ponderação. Não se esquecerá de aclarar a diferença entre o princípio da proporcionalidade e os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁴. Ainda sobre a ponderação serão apresentadas as críticas, em especial as tecidas por Jürgen Habermas.

O terceiro capítulo será dedicado ao tema polêmico do aborto. Apresentar-se-ão a definição, a classificação, as formas e as disputas ideológicas entre grupos pró-escolha e pró-vida, além de um estudo sobre o direito comparado e sobre o histórico das discussões legislativas no Brasil, incluindo a apresentação dos artigos sobre o assunto anteprojeto do Código Penal.

O conceito de anencefalia e a saúde física e mental da gestante serão abordados como subtópico do terceiro capítulo, que trará a definição do defeito congênito, as consequências médicas para a saúde física sem delegar para segundo plano a saúde psíquica da mulher que gesta um feto acometido pela doença.

O quarto e quinto capítulos são reservados à ADPF 54: ambos se dedicaram à descrição do acórdão, mas o quinto capítulo se concentrou na parte que tratou especificamente da ponderação de princípios nos votos dos ministros.

Por fim, no sexto capítulo será realizada a efetiva análise da ADPF 54, Procurar-se-á responder a certas questões como: tal interrupção da gestação é ou não aborto, e se for caso de

² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. P. 302.

³ TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23718/>> Acesso em: 28/04/2013.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op.Cit. P. 116-117.

aborto, se foi criada uma nova forma de excludente de ilicitude, se isso foi ativismo judicial e se está ou não de acordo com o papel contramajoritário do STF, entre outros questionamentos.

1. A DECISÃO JURÍDICA

Uma decisão jurídica sempre foi e sempre será objeto de muita discussão em todos os setores da sociedade. Com apenas um gesto, um juiz pode reconhecer um direito, cometer uma injustiça, dar alimentos a quem necessita, fornecer um medicamento a um doente praticamente condenado à morte, restringir liberdade, devolver este mesmo direito, enfim... Trata-se de um grande poder que, justificadamente, não pode ser ilimitado. Por isso sempre se procuraram formas de controlar e dar transparência às suas decisões.

Com o objetivo de conhecer melhor o poder do Judiciário e o peso das decisões jurídicas, ao longo do tempo, e tratando apenas dos movimentos modernos, podem-se mencionar os três paradigmas do constitucionalismo: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito⁵.

O Estado Liberal que correspondeu aos séculos XVIII-XIX baseou-se nos princípios da igualdade, liberdade e propriedade⁶. Foi uma época em que, ao reagir às regalias da nobreza que regiam a Idade Média, a burguesia ganhou grande força e importância. O centro da sociedade era o indivíduo e o Estado deveria se abster de outras funções que não as públicas essenciais. A liberdade era a maior possível e as leis eram em pequeno número e deveriam limitar o mínimo possível.

Como se pode concluir, a função do Poder Judiciário era bem reduzida, sem contar que ainda havia grande desconfiança sobre ele, pois durante muitos anos sua atuação foi de mera *longa manus* de reis e nobres. O método interpretativo da época tinha por objetivo prender o juiz à lei, e seu papel era, meramente, esclarecer algum ponto obscuro que surgisse no texto normativo⁷.

Neste contexto surge a Escola Exegética, inaugurada com o advento do Código Civil Francês de 1804, que propunha estudar os Códigos com o objetivo de aclarar o sentido da

⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. P. 302.

⁶ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 303.

⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 304-305.

norma. Na mesma época pode-se destacar a Escola Histórica que valorizava o costume como elemento a ser considerado na interpretação do Direito⁸.

O mais importante movimento desta época foi o positivismo jurídico que pretendeu traduzir o método das ciências naturais para as ciências humanas, no caso, o Direito. O pensamento era que ao aplicar o rigor metodológico das primeiras o resultado seria idêntico nas segundas⁹.

O referido movimento foi uma das tentativas de proporcionar certeza e transparência às decisões judiciais. Acreditava-se que, ao se positivar o direito natural, o juiz se transformaria em mero *bouche de la loi* (boca da lei) e a aplicaria de forma dura e fria por meio da subsunção, ou seja, o mero enquadramento do caso concreto à norma legal em abstrato¹⁰.

A subsunção é procedimento tradicional de aplicação do Direito, conforme a estrutura lógica do silogismo jurídico. Nela, o fato empírico é subsumido como “particular” – isto é, elevado conforme a estrutura triádica dialética (tese, antítese, síntese) – à lei (como “universal”), desse processo resultando o fato regido pela norma (momento da “singularidade” ou, em termos filosóficos, do “universal concreto”). Para tal subsunção, da qual decorre então o enquadramento legal do fato, que se torna jurídico, busca-se a identificação das propriedades “relevantes” do caso individual. Desse modo, obtém-se seu regramento legal, que tem, como uma de suas consequências, sua apresentação como parâmetro para a solução de todos os casos individuais daquele âmbito normativo com propriedades essencialmente semelhantes¹¹.

Mesmo quando surgiam dúvidas de interpretação foram criados métodos que, acreditava-se, eram fórmulas eficazes para a solução das obscuridades surgidas nos textos legais. Eram os conhecidos métodos gramatical-literal, lógico, sistemático, histórico, etc¹².

Avançando no tempo, chega-se ao fim da Primeira Guerra e ao fim do Estado Liberal e início do Estado de Bem-Estar Social. O extremo individualismo daquela época provocou

⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 304-305.

⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 305-306.

¹⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 305.

¹¹ TOLEDO, Cláudia. *Direitos Fundamentais Sociais: Entre a Ponderação e Subsunção*. In TOLEDO, Cláudia (Organização). *Direitos Sociais em Debate*. Rio de Janeiro. Elsevier, 2013. P. 85-86.

¹² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 306.

uma releitura dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade¹³. Falava-se muito nesses princípios, mas se fazia pouco pelos indivíduos. Portanto, procurou-se garantir legislativamente pelo menos o mínimo ao ser humano. O reflexo disso nos textos constitucionais foi claro, eles passaram a ser textos extensos, com mecanismos para proteger o próprio texto legal e programas para determinar que o Estado atuasse mais na esfera privada, o que era inadmissível no Estado Liberal¹⁴.

Já no trabalho do magistrado ocorre o surgimento de novas teorias de interpretação que não mais exigem do juiz o comportamento limitado *da aplicação mecânica da norma ao fato*¹⁵. Surgem as teorias que rejeitam o sentido subjetivo da vontade do legislador e passam a buscar o sentido objetivo da lei¹⁶.

Neste contexto ocorre o advento do estudo de Hans Kelsen: *A Teoria Pura do Direito* que foi editado inicialmente na década de 30, mas sofreu aperfeiçoamento nas duas edições posteriores (1953 e 1960). Seu objetivo primordial era construir uma ciência “pura” do direito, ou seja, uma ciência que não precisasse recorrer a nada mais do que a norma como seu objeto de estudo¹⁷.

Em uma época em que as Constituições e as leis passaram a tratar dos mais diferentes temas, Kelsen sente a necessidade de *purificar* do Direito de quaisquer elementos morais, econômicos e valorativos que não fossem “Direito” em sentido estrito. Ele encontra na estrutura do “dever-ser” da norma resposta para a construção de sua Teoria Pura do Direito¹⁸.

Kelsen argumenta que o Direito é um sistema de normas estruturadas hierarquicamente, neste ponto recorda-se da famosa pirâmide sobre a hierarquia das normas jurídicas defendida por ele, em que ocorre o escalonamento das normas jurídicas, já que a norma

¹³ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 307-308.

¹⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 308.

¹⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 308.

¹⁶ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 308.

¹⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 309.

¹⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 309.

hierarquicamente inferior não pode contrariar norma hierarquicamente superior, uma vez que recebe daquela sua validade. A pirâmide demonstra claramente que o fundamento de uma norma positiva (hierarquicamente inferior) só pode ser outra norma (hierarquicamente superior)¹⁹. E no topo estaria a norma fundamental que não seria posta, como a Constituição e demais leis, e sim seria uma norma pressuposta a todas elas.

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior²⁰.

O autor ainda defende que todo ato jurídico de aplicação de uma norma é somente em parte determinado por ela e afirma que tal indeterminação pode ser diretamente intentada ou não intencional²¹.

Quando a indeterminação é intencional o legislador hierarquicamente superior pretende deixar a cargo do legislador hierarquicamente inferior os pormenores da norma justificando que seria o sentido de escalonar as normas jurídicas uma vez que, assim, elas seriam mais bem executadas nos graus inferiores²².

Já quando é não intencional, existe uma ambiguidade de frase ou palavra ou até mesmo existem duas normas incompatíveis entre si que pretendem valer simultaneamente. Tais situações devem ser solucionadas pelo aplicador da norma antes de aplicar ao caso concreto²³.

Simplesmente, a indeterminação do ato jurídico pode também ser a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis. A mesma situação se apresenta quando o que executa a norma crê poder presumir que entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade legisladora, que se há de exprimir através daquela expressão verbal, existe uma discrepância, podendo em tal caso deixar por completo de lado a resposta à questão de saber por que modos aquela vontade pode ser determinada²⁴.

A essência da teoria de Kelsen consiste em afirmar que a norma já teria sentidos não revelados dentro de si que comporiam uma moldura, um quadro de interpretações. O ato de

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo. Martins Fontes. 1999. P. 245-246.

²⁰ KELSEN, Hans. Op.Cit. P. 245.

²¹ KELSEN, Hans. Op.Cit. P. 246.

²² KELSEN, Hans. Op.Cit. P. 246.

²³ KELSEN, Hans. Op.Cit. P. 246.

²⁴ KELSEN, Hans. Op.Cit. P. 246.

interpretar corresponderia ao ato de descobrir dentro da moldura uma possível leitura e aplicar ao caso concreto.

O problema é que, em algumas situações, não há como identificar dentro das possíveis leituras inseridas na moldura kelseniana qual seria a norma mais correta a ser aplicada. Para o mencionado autor, todos os métodos existentes levariam não a apenas um, mas a alguns possíveis resultados. Tal concepção era completamente inovadora para época uma vez que o pensamento dominante era o positivismo jurídico e o método da subsunção com poucas formas de resolução de obscuridades e pouca crença de que o juiz criava o direito no momento da aplicação da lei no caso concreto. Ele defendeu que o magistrado deveria ter certa independência para poder escolher a norma a ser aplicada no momento da decisão e que, por isso, estaria criando direito.

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever²⁵.

O exposto mostra que o referido estudioso não entendia o Direito como um sistema fixo, não acreditava que as normas poderiam ser criadas por mero ato de cognição e, principalmente, não se poderia conceber a certeza jurídica nos moldes do movimento anterior²⁶.

Com o desenvolvimento de seu pensamento, mais especificamente na edição de 1953 da *Teoria Pura do Direito*, Kelsen cria os conceitos de interpretação autêntica e não autêntica. A interpretação não autêntica é feita pela dogmática²⁷ e a autêntica designa a interpretação realizada pelos órgãos de aplicação do Direito, ao mesmo tempo distinguindo esta da realizada pela Ciência Jurídica²⁸.

²⁵ KELSEN, Hans. Op.Cit. P. 246.

²⁶ CATTONI, Marcelo, *Interpretação como Ato de Conhecimento e Interpretação como Ato de Vontade: a Tese Kelseniana da Interpretação Autêntica*. In CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 128.

²⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 309.

²⁸ KELSEN, Hans. Op.Cit. P. 245.

A interpretação autêntica ocorre quando o órgão aplicador da lei dá à norma superior uma interpretação que tem força de lei²⁹. Por isso se pode concluir que a interpretação autêntica é um ato de criação do Direito, mesmo que seja apenas em um caso concreto, neste caso o órgão aplicador do Direito cria uma norma individualizada.

Na edição de 1960 da Teoria Pura do Direito, Kelsen alarga o sentido da interpretação autêntica afirmando que ela também ocorre com a produção de norma fora da moldura em determinada situação.

Marcelo Cattoni afirma que, ao alargar o conceito de interpretação autêntica, Kelsen colocou em risco a coerência de sua teoria³⁰. Ao permitir que um órgão superior, ou até mesmo qualquer magistrado, que não pudesse ter sua decisão reformada, produzisse uma norma individual, fora da moldura, Kelsen estaria criando uma exceção perigosa para sua teoria e para todo o sistema jurídico, por permitir que um grupo de pessoas tenha o grande poder de não ver sua decisão reformada, nem ao menos reavaliada de nenhum modo.

Tal posição de 1960, como resta claro, corre o risco de admitir *uma total inversão da pirâmide normativa*, ao deixar, em última análise, a questão de o que seja o Direito nas mãos de um Tribunal superior ou do legislativo infraconstitucional. O que significaria que o Direito só determina a atividade de aplicação e produção normativa na medida em que os órgãos de cúpula assim o quisessem. Numa linguagem realista, “o Direito seria aquilo que em última instância a autoridade suprema, quer seja o próprio legislativo, quer seja uma Corte Constitucional ou um Tribunal superior, dissesse que ele é”³¹.

Outros aspectos levaram à superação da tese de Kelsen, que não parece atender adequadamente as necessidades atuais. Entre eles entende-se nas teorias mais atuais que para aplicar o Direito o magistrado tem que levar em consideração o caso concreto e isso Kelsen não defende³². Sua falha foi pretender *extrair, mediante um ato de conhecimento*³³, *resultados universais e atemporais*³⁴ ignorando as peculiaridades da lide em questão.

²⁹ Kelsen, Hans. Op.Cit. P. 249-250.

³⁰ Cattoni, Marcelo, *Interpretação como Ato de Conhecimento e Interpretação como Ato de Vontade: a Tese Kelseniana da Interpretação Autêntica*. In Cattoni, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 140.

³¹ Cattoni, Marcelo, *Interpretação como Ato de Conhecimento e Interpretação como Ato de Vontade: a Tese Kelseniana da Interpretação Autêntica*. In Cattoni, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 143.

³² Cattoni, Marcelo, *Interpretação como Ato de Conhecimento e Interpretação como Ato de Vontade: a Tese Kelseniana da Interpretação Autêntica*. In Cattoni, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 148.

³³ Apenas da norma e de suas possibilidades de aplicação.

³⁴ Chamon Júnior, Lúcio Antônio. *Tertium Non Datur: Pretensões de Coercibilidade e Validade em Face de uma Teoria da Argumentação Jurídica no Marco de uma Compreensão Procedimental do Estado Democrático de Direito*. In Cattoni, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 85.

No final da Segunda Guerra o positivismo jurídico entra em crise. Adolf Hitler provou que não é difícil adaptar a letra da lei a qualquer conteúdo, manipulando-a, para provocar grandes massacres de minorias desprotegidas.

O Estado de Bem-Estar Social começa a entrar em crise no final dos anos 60, mas é na década de 70 com a desaceleração econômica e crise do petróleo que ele chega ao fim dando espaço para o Estado Democrático de Direito³⁵.

O novo paradigma necessitou de uma redefinição dos conceitos de Estado, soberania popular, democracia, cidadania, público e privado com a tentativa de volta ao Estado Mínimo³⁶. Compreende-se que o mero reconhecimento formal do direito não é suficiente para garantir a autonomia privada e a materialização pura e simplesmente em direitos sociais não garante a autonomia pública plena³⁷.

Com a superação do movimento anterior e do pensamento de Kelsen, desenvolve-se uma nova forma de pensar o Direito denominada pós-positivismo, que defende que a Constituição ocupa um papel central no ordenamento jurídico, especialmente no que toca aos direitos fundamentais³⁸.

Ao reagir ao antigo movimento, o pós-positivismo se afasta de métodos que se identificavam com a lógica formal das ciências exatas aproximando-se da procura racional da melhor resposta para um caso difícil³⁹. Por isso, trata-se de um movimento que reconhece a carga normativa dos princípios e entende que o Direito deve se abrir para conteúdos morais, éticos, entre outros.

O fenômeno modificou as Constituições europeias que se transformaram em extensos documentos com descrições detalhadas dos direitos fundamentais. A redação do texto constitucional passou a apresentar princípios junto às regras e, por isso, o Poder Judiciário não conseguia mais aplicar somente a subsunção para decidir. Surgem conceitos como ponderação, o princípio da proporcionalidade, diversas teorias da argumentação e discussões de

³⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 312.

³⁶ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 314.

³⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 315.

³⁸ DUARTE, Hugo Garcez. *Pós-positivismo jurídico: o que pretende afinal?*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10050>. Acesso em 12/11/2013.

³⁹ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/2012/09/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/>> Acesso em: 18/04/2013.

natureza moral e ética em meio a decisões jurídicas. Adiante serão analisados alguns dos conceitos citados.

Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas – são, em grande parte, princípios e não regras - a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção. A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes – freqüente em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico – deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou freqüente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas⁴⁰.

O fato é que a maior abertura do texto constitucional colaborou para o fortalecimento do Poder Judiciário que foi obrigado a se manifestar em questões cada vez mais polêmicas. Por vezes um grupo vencido no Poder Legislativo passou a usar a via Judiciária para tentar reverter a decisão legislativa.

No Brasil o pós-positivismo tem início com a Constituição Federal de 1988, apelidada de *Constituição Cidadã*. Antes dela, as Constituições não possuíam força normativa tão forte como a atual, muitas vezes eram Constituições de fachada, e leis, por vezes, possuíam mais peso normativo do que ela.

Exemplos disso não faltam: a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar⁴¹.

As características comuns entre os pós-positivistas são basicamente: valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. Op.Cit.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. Op.Cit.

do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição⁴².

Entre os brasileiros que podem ser denominados pós-positivistas encontram-se: *Luis Roberto Barroso*⁴³, *Lenio Luiz Streck*⁴⁴, *Antonio Cavalcanti Maia*⁴⁵, *Ana Paula de Barcellos*⁴⁶, *Diogo de Figueiredo Moreira Neto*⁴⁷, *Paulo Ricardo Schier*⁴⁸, *Eduardo Moreira*⁴⁹, *Écio Otto Ramos Duarte*⁵⁰, *Thomas Rosa de Bustamante*⁵¹, entre outros⁵².

Nessa nova ordem constitucional, mais complexa, o que existe de certo é que não se pode mais ter certeza do Direito, pelo menos *a priori*. Trata-se de uma ordem que não pode ignorar a diversidade de situações e de sujeitos, por isso, a norma não pode ser completamente fechada, objetivando prever todas as situações possíveis. E quanto mais aberta, mais responsabilidade é dada ao aplicador do Direito e isso faz com que exista uma aparente sensação de insegurança.

Na Modernidade, aquele "mito da certeza" surge dentro do torvelinho do racionalismo, com a *positivação do Direito Natural* e a consagração (no sentido mais amplo da expressão) da "lei geral e abstrata". Acredita-se na lei, expressão da vontade geral e da razão. Como produto da vontade democrática, resolveria os problemas quanto aos privilégios então existentes (haja vista seu caráter geral e abstrato); como produto da razão, acabaria com quaisquer problemas de aplicação. Assim é que os exegetas do Código Civil Francês de 1804 propunham que aquela lei era completa, que qualquer dúvida em relação à aplicação derivaria de uma má leitura do juiz, devendo este recorrer ao legislador para sanar suas dúvidas. Em

⁴² SARMENTO, Daniel. Op.Cit.

⁴³ "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil". In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-250.

⁴⁴ "A Crise Paradigmática do Direito no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo". In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbajm (Coord). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 203-228.

⁴⁵ "Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: Do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo". In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbajm (Coord). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Op. cit., p. 117-168.

⁴⁶ "Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas". In: Daniel Sarmento e Flávio Galdino (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31-60.

⁴⁷ "Direitos Humanos, Legitimidade e Constitucionalismo". In: Daniel Sarmento e Flávio Galdino (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Op. cit.*, p.325-350.

⁴⁸ "Novos Desafios à Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo". In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *A Constitucionalização do Direito.... Op. cit.*, p. 251-270.

⁴⁹ *Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição*. São Paulo: Editora Método, 2008.

⁵⁰ *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo: Landy, 2006

⁵¹ *Teoria do Direito e Argumentação Racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141-240.

⁵² SARMENTO, Daniel. Op.Cit.

outras palavras, "a regra era clara" e, se assim era, não havia necessidade de interpretação (*in claris cessat interpretatio*)⁵³.

Ao se tentar escrever tudo na norma, como ocorria no positivismo, criava-se a falsa sensação de segurança uma vez que, ao ser humano, falível, restaria, apenas, o trabalho de aplicar a letra fria da lei. A ideia que se tinha na época era que a vagueza da norma, ou seja, quando havia necessidade de atuação no caso concreto, e esta atuação partiria de um ser humano, criar-se-ia um cenário de insegurança total. Pensar em deixar esse grande poder a cargo do Judiciário é concretizar o pensamento de que não existe mais certeza *a priori* do Direito.

Essa dor que a consciência da carência causa nada mais é do que a angústia presente na sociedade moderna, uma angústia por não poder realizar todos os desejos, uma angústia por saber que todas as decisões tomadas são arriscadas, as quais não possuem um único trajeto definido *a priori* e que, portanto, não há como prever o futuro e muito menos confiar, plenamente, em planejamentos. Esse sentimento de angústia é enorme porque o sujeito sabe, hoje, que a responsabilidade por suas decisões é somente sua, não aceitando mais, por exemplo, que as coisas acontecem porque Deus ou o transcendente assim o quis⁵⁴.

Como decidir juridicamente tornou-se uma missão cada vez mais difícil, ganha corpo a tese de que os juízes precisam fundamentar mais profundamente suas decisões para que as mesmas tenham validade. A fundamentação deve demonstrar as razões da decisão, ou seja, as razões que levaram o juiz a chegar àquela conclusão.

A referida atividade dos magistrados não é apenas um dever formal, ou seja, um procedimento que apresenta os motivos de decidir que pretendem demonstrar sua racionalidade, como também se trata de uma forma de garantir a maior correção possível da decisão.

Nota-se que, uma vez que os poderes do julgador são aumentados, impõe-se a este o dever de informar às partes as iniciativas que pretende exercer, de modo a permitir a elas um espaço de discussão em contraditório, devendo haver a expansão e a

⁵³ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A regra não é clara: a atualidade do quadro de interpretações possíveis de Hans Kelsen* Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/13467/a-regra-nao-e-clara>> Acesso em: 02/04/2013.

⁵⁴ PRATES, Francisco de Castilho. *Identidade Constitucional e Interpretação no Estado Democrático de Direito: a Assunção do Risco*. In CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 538.

institucionalização do *dever de esclarecimento judicial* a cada etapa do procedimento, inviabilizando julgamentos surpresa⁵⁵.

As principais funções da fundamentação seriam possibilitar o controle das decisões dos magistrados e garantir a transparência das decisões. Por possibilitar o controle das decisões judiciais, compreende-se o controle dos jurisdicionados em geral e dos diretamente interessados na causa que poderão impugnar pontos especificamente mencionados na decisão/sentença quando realizarem suas impugnações/recursos.

A fundamentação permite ao vencido entender os motivos de seu insucesso e, se for o caso, de interpor recurso, apresentar suas razões adequadamente demonstrando os equívocos da sentença. Além disso, a fundamentação também possibilita ao órgão de segundo grau entender os motivos que levaram o julgador de primeiro grau a dar, ou não, razão ao autor.

Em outros termos, não basta o juiz estar convencido. Deve ele demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer do povo, já que a sentença deve ser o resultado do raciocínio lógico que assenta no relatório, na fundamentação e no dispositivo⁵⁶.

A segunda função da fundamentação, garantir a transparência das decisões, é uma exigência do Estado de Democrático de Direito, e que possibilita, por exemplo, o controle da igualdade de tratamento. O Estado Moderno e Democrático não pode mais admitir que magistrados decidam sem base legal e sem dizer o porquê de seus atos, portanto, motivar é uma das formas do poder público prestar contas de seus atos.

Tal determinação normativa acaba permitindo uma blindagem contra arbitrariedades e garantem o respeito aos demais princípios constitucionais, notadamente o devido processo legal e seu contraditório⁵⁷.

No Brasil, ter uma decisão judicial fundamentada é direito expressamente garantido no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal (CF) o que representou uma reação democrática às práticas autoritárias do regime anterior. No Código de Processo Civil (CPC), a fundamentação é tratada como requisito essencial da sentença e está previsto no artigo 458, inciso II. No projeto do novo CPC o artigo que trata da sentença é o 499, principalmente

⁵⁵ BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. *Princípio do Contraditório: Tendências de Mudança da sua Aplicação*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 28: 177-206. Jan./Jun. 2009.

⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*; v.2. 7ª ed. rev. atual. 2ª tir. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008. P.413.

⁵⁷ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre G. M. F.; CAMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil - Fundamentação e Aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. P. 241.

parágrafos primeiro e segundo. Abaixo será apresentado um quadro comparativo de como se apresenta atualmente na legislação e como será caso a modificação legislativa se confirme.

Artigo 458 CPC atual	Artigo 499 do projeto do novo CPC
Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.	Art. 499. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Verifica-se que na pretensa mudança legislativa há preocupação em deixar claro no parágrafo primeiro as situações em que não se considera fundamentada a decisão judicial. Isso denota a importância dada pelo atual legislador para a fundamentação de qualquer decisão judicial.

Destaca-se ainda o parágrafo segundo em que o legislador infraconstitucional recomenda expressamente o uso da técnica da ponderação. Aparentemente o que o projeto pretende é a

implantação do chamado *processualismo constitucional democrático*⁵⁸ que, na prática, corresponderia a fazer com que o magistrado compreenda que o Direito Processual Civil deve ser interpretado à luz da CF. A sinalização do projeto é no sentido de que a preocupação do julgador não deve ser mais apenas a análise das legislações processuais e não se deve mais impor a vontade do Estado-juiz sem debate processual adequado. O novo modelo de direito processual que se pretende é aquele em que o processo é percebido em perspectiva democrática, garantindo o debate, e garantidora de direitos fundamentais⁵⁹.

É a partir desse pressuposto que se deve tematizar e entender o **processualismo constitucional democrático** como uma concepção teórica que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudo-socialização processual (neoliberalismo processual) e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, ao partir do necessário aspecto participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões⁶⁰.

Vale ressaltar que o projeto pretende implantar é o uso da ponderação como forma de garantir uma decisão democrática e baseada na Constituição. O problema, como será abordado ao final deste estudo, é que a ponderação, quando mal utilizada, pode gerar grande liberdade ao julgador o que tende a levar não a um processo melhor e sim a atitudes decisionistas de aplicação de concepções pessoais, importante para a fundamentação de discursos autocráticos como os militares, econômicos, neoliberais etc⁶¹.

Em seguida será estudada a Teoria da Argumentação Jurídica, que é a técnica usada na justificação da ponderação. Trata-se de uma das formas de fundamentação das decisões jurídicas elaboradas por teóricos como Robert Alexy e Donald Neil MacCormick e importante para a compreensão da importância da fundamentação das decisões jurídicas que se pretendem corretas e legítimas.

⁵⁸ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: Alguns Apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/118/114>> Acesso em: 23/11/2013. P. 92.

⁵⁹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: Alguns Apontamentos. Op. Cit. P. 84-85.

⁶⁰ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: Alguns Apontamentos. Op. Cit. P. 83.

⁶¹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: Alguns Apontamentos. Op. Cit. P. 88.

1.1. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A Teoria da Argumentação Jurídica⁶² pretende estipular algumas regras e formas para o discurso, especialmente o jurídico, com o objetivo de tornar o discurso racional e transformar o Direito em verdadeira ciência⁶³.

A possibilidade de justificação racional do discurso jurídico é questão de primacial relevância para a cientificidade do Direito, a qual é imprescindível para a solidez de um Estado Democrático de Direito. Apenas se caracterizam como consensos racionais (e, dentro deles, o jurídico), aqueles passíveis de uma justificação discursiva segundo regras de argumentação⁶⁴.

Segundo Manuel Atienza um argumento é um encadeamento de proposições postas de tal maneira que uma delas, a premissa, leva à outra, a conclusão. Para ele argumentar pode ser uma atividade muito complexa em que é necessário produzir razões em favor do que é decidido, mostrar que estas razões são pertinentes e rebater razões que justificam conclusão distinta⁶⁵.

A partir do ponto de vista da lógica, um argumento é um encadeamento de proposições, postas de tal maneira que de uma delas (as premissas) se chega a outra(s) (a conclusão). O exemplo tradicional e bem conhecido é o silogismo que tem Sócrates como protagonista. Todos os homens são mortais; Sócrates é um homem, logo, Sócrates é mortal. Quem aceita a verdade das primeiras proposições (a mortalidade dos homens e a humanidade de Sócrates) é obrigado a aceitar também a última, a conclusão de que Sócrates é mortal⁶⁶.

O estudioso menciona a diferença entre explicar e justificar uma decisão. *Explicar* relaciona-se com descobrir ou enunciar as teorias científicas. O que se pretende é mostrar como se gera e se desenvolve o conhecimento científico o que, segundo a opinião geral, nem sempre se pode relacionar com a análise lógica. Já *justificar*⁶⁷ uma decisão relaciona-se com

⁶² Neste estudo serão concentrados esforços no pensamento de Robert Alexy.

⁶³ TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23718/>> Acesso em: 28/04/2013.

⁶⁴ TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. Loc. cit.

⁶⁵ ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho Sobre la Justificación de las Decisiones Judiciales*. Disponível em: http://enj.org/porta/biblioteca/penal/argumentacion_jurica/33.pdf Acesso em: 02/04/2013. P. 57.

⁶⁶ Desde el punto de vista de la lógica, un argumento es un encadenamiento de proposiciones, puestas de tal manera que de unas de ellas (las premisas) se sigue(n) otra(s) (la conclusión). El ejemplo tradicional y bien conocido es el silogismo que tiene a Sócrates como protagonista: Todos los hombres son mortales; Sócrates es un hombre; luego, Sócrates es mortal. Quien acepta la verdad de las primeras proposiciones (la mortalidad de los hombres y la humanidad de Sócrates) viene obligado a aceptar también la última, la conclusión de que Sócrates es mortal (tradução livre). ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho Sobre la Justificación de las Decisiones Judiciales*. Loc. cit. P. 56.

⁶⁷ Apenas a título de esclarecimento, cumpre fazer referência à diferenciação feita por alguns autores entre justificação e fundamentação, no sentido desta ser a exposição ou a permissão do acesso interpessoal às razões

validação de uma teoria, por isso é necessário checar sua veracidade, o que requer análise do tipo lógico e obediência ao método científico.

Para esclarecer os dois primeiros conceitos, pode-se lançar mão de uma distinção que vem da filosofia e da ciência, entre o contexto de descobrimento e o contexto de justificação das teorias científicas. Assim, por um lado está a atividade consistente em descobrir ou enunciar uma teoria e que, segundo opinião geral, não é suscetível de uma análise de tipo lógico; o único que cabe aqui é mostrar como se gera e se desenvolve o conhecimento científico, o que constitui uma tarefa que compete ao sociólogo e ao historiador da ciência. Mas, por outro lado, está o procedimento que consiste em justificar ou validar a teoria, isto é, em confrontá-la com os feitos a fim de mostrar sua validade, esta última tarefa requer uma análise de tipo lógico (mesmo que não apenas lógico) e está regida pelas regras do método científico (que, portanto, não são de aplicação no contexto de descobrimento)⁶⁸.

Para Atienza os órgãos Jurisdicionais e Administrativos, em geral, devem explicar o motivo pelo qual tomaram uma decisão e não justificar, uma vez que não haveria como obedecer a todo rigor do método científico para justificar todos os atos administrativos e jurisdicionais.

Abordando o pensamento de Robert Alexy, mais especificamente a obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, destaca-se que o discurso jurídico seria um caso especial do discurso prático geral e tem a pretensão de correção, ou seja, os enunciados normativos são racionais, por isso, não se pode aceitar que eles não sejam racionalmente fundamentados; é dizer, tudo no Direito deve ser fundamentado justamente porque nenhuma decisão foi tomada baseada em critérios subjetivos⁶⁹.

O referido estudo ainda ressalta que na Teoria da Argumentação Jurídica existem regras baseadas nos conceitos de justificação interna e externa que, para o autor, determinam um

que levaram a determinada decisão e aquela ser a tentativa de convencimento – ou persuasão – de que aquela decisão tomada era a melhor para aquele caso – o que aqui convencionamos denominar justificação material. AMARAL, Jasson Hibner. *Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8248/consideracoes-acerca-do-dever-de-fundamentacao-das-decisoes#ixzz2SX6piF6b>> Acesso em: 06/05/2013.

⁶⁸ Para aclarar el primer par de conceptos, puede echarse mano de una distinción que procede de la filosofía de la ciencia, entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las teorías científicas. Así, por un lado está la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría y que, según opinión generalizada, no es susceptible de un análisis de tipo lógico; lo único que cabe aquí es mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico, lo que constituye una tarea que compete al sociólogo y al historiador de la ciencia. Pero, por otro lado, está el procedimiento consistente en justificar o validar la teoría, esto es, en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez; esta última tarea requiere un análisis de tipo lógico (aunque no sólo lógico) y está regida por las reglas del método científico (que, por tanto, no son de aplicación en el contexto de descubrimiento) (tradução livre). ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho Sobre la Justificación de las Decisiones Judiciales*. Loc. cit. P. 59.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 2013. P. 212.

caminho a ser seguido a fim de se construir um discurso racional e, com isso, fundamentar juridicamente a decisão.

A justificação interna consiste em verificar se, no discurso jurídico, as premissas apresentadas estão logicamente de acordo com a conclusão, ou seja, para quem aceitar as premissas, a conclusão da questão estará automaticamente justificada. Isto significa que a decisão tem que obedecer a uma lógica interna. Tal justificação seria suficiente para casos menos complexos.

Justificar aqui significa que a interferência em questão, isto é, o passar das premissas à conclusão é logicamente – dedutivamente – válido: quem aceitar as premissas deve aceitar também a conclusão; ou, dito de outra maneira, para quem aceitar as premissas, a conclusão está justificada. A este tipo de justificação, que obviamente não pode faltar nenhuma decisão jurídica, se costuma chamar *justificação interna*⁷⁰.

A justificação externa seria mais necessária para os chamados casos difíceis, casos que apresentam maior dificuldade para decidir por envolver questões mais problemáticas, complexas e/ou menos rotineiras. Em tal justificação são tratadas as fundamentações das premissas utilizadas na fundamentação interna, pode-se fazer uso de diversos argumentos para que o discurso seja bem fundamentado.

Verifica-se que Robert Alexy pretendeu criar um método fazendo uso de sua Teoria da Argumentação e da ponderação de princípios fundamentais que pretendiam fornecer a única resposta correta para o caso concreto. Falar em única resposta correta é sempre muito polêmico no mundo do Direito exatamente por não se tratar de uma ciência exata. Em seguida será tratado do tema da ponderação.

⁷⁰ Justificar aquí significa que la inferencia en cuestión, esto es, el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente -deductivamente- válido: quien acepte las premisas debe aceptar también la conclusión; o, dicho de otra manera, para quien acepte las premisas, la conclusión en cuestión está justificada. A este tipo de justificación, de la que obviamente no puede carecer ninguna decisión jurídica, se le suele llamar *justificación interna* (tradução livre). ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho Sobre la Justificación de las Decisiones Judiciales*. Loc. cit. P. 60.

2. PONDERAÇÃO

A ponderação não é técnica inédita no mundo jurídico. Já foram ponderados interesses, valores, bens e agora princípios fundamentais. Esta última, mais recente, foi introduzida por Robert Alexy por meio de sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*. A técnica, apesar de ser muito criticada, principalmente por Habermas⁷¹, é a mais utilizada pelo STF para resolução de conflitos envolvendo colisão de direitos fundamentais.

O estudo de Alexy, fundamentado na “jurisprudência de valores” da Corte Constitucional Federal Alemã⁷², começou diferenciando regras e princípios. As regras são determinações e os princípios são mandados de otimização. Enquanto as regras devem ser cumpridas em sua exata medida os princípios devem ser cumpridos na maior medida possível⁷³.

Quando as regras colidem, as formas de resolução do conflito são duas: invalidação ou cláusula de exceção. A primeira ocorre quando uma das regras é retirada completamente do mundo jurídico e a segunda ocorre quando a regra permanece no mundo jurídico, mas cria-se uma exceção em determinada situação que, se a regra fosse aplicada, causaria efeito indesejado⁷⁴.

Quando se colidem princípios a forma de solução será o sopesamento. Verificar-se-á, no caso concreto, qual dos princípios poderá ser aplicado, na maior medida possível, sem que o outro seja completamente anulado. Este último sobrevive, só terá sua eficácia diminuída naquele caso concreto⁷⁵.

A partir dessa concepção, a “ponderação de bens e interesses” é relacionada à questão, segundo expressão do próprio Alexy, do “fenômeno da colisão dos direitos fundamentais”, que, de acordo com a perspectiva divulgada por esse autor, seria inerente à aplicação normativa em uma construção principiológica. Robert Alexy declara, então, que tais “colisões somente podem ser superadas se se impõe a um dos lados ou aos dois lados envolvidos na questão restrições ou sacrifícios”, o que se dá por meio da ponderação⁷⁶.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*. Vol. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1997. P. 287-291.

⁷² COURA, Alexandre de Castro. *Limites e Possibilidades da Tutela Jurisdicional no Paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma Análise Crítica da “Jurisprudência de Valores”*. In CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 422.

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2008. P. 90-91.

⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op.Cit. P. 92.

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op.Cit. P. 93.

⁷⁶ COURA, Alexandre de Castro. *Limites e Possibilidades da Tutela Jurisdicional no Paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma Análise Crítica da “Jurisprudência de Valores”*. In CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 422.

A ponderação, para Alexy é uma atividade controlada racionalmente e poderia ser subdividida em três estágios:

1. Estabelecimento do grau de interferência do primeiro princípio.
2. Estabelecimento da importância de satisfação do princípio colidente.
3. Resposta à pergunta sobre se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a interferência do primeiro⁷⁷.

Tal ponderação não pode ser realizada sem elevada carga de argumentação que colaborará para a busca de uma decisão racional. Para assegurar tal racionalidade, os princípios são sopesados tendo como parâmetro do princípio (denominado por Alexy de máxima) da proporcionalidade que se divide nos subprincípios (ou máximas parciais) da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁷⁸.

O subprincípio da adequação determina que o intérprete deve analisar a compatibilidade entre o meio e o fim pretendidos⁷⁹, também é chamado de princípio da idoneidade ou da conformidade⁸⁰. Já a necessidade ou exigibilidade⁸¹ significa que se deve aplicar um princípio se não existir outro meio, menos gravoso, para atingir o fim almejado⁸². Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito trata-se da ponderação propriamente dita que ocorre quando direitos fundamentais em conflito no caso concreto deverão ser valorados para que um deles prevaleça sobre o outro sem que seja anulado totalmente⁸³.

Vale ressaltar que a ponderação em sentido amplo é uma técnica jurídica interpretativa para solução de conflitos normativos e a ponderação em sentido estrito é um dos subprincípios da proporcionalidade na restrição de direitos fundamentais⁸⁴.

A teoria de Robert Alexy surge no contexto do pós-positivismo em que se percebeu que a mera subsunção, a mera aplicação da lei seca ao caso concreto, não era mais suficiente para a resolução de conflitos.

As novas teorias fizeram com que se reconhecesse que a subsunção não era mais capaz de resolver, principalmente, os chamados casos difíceis ou *hard cases* e, com o advento da técnica da ponderação, criou-se o espaço necessário para a consolidação do poder político do

⁷⁷ TOLEDO, Cláudia. *Direitos Fundamentais Sociais: Entre a Ponderação e Subsunção*. In TOLEDO, Cláudia (Organização). Op.Cit. P. 84.

⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op.Cit. P. 116-117.

⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op.Cit. P. 116-117.

⁸⁰ MATIELO, Fernanda Demarchi. *O princípio (ou máxima) da proporcionalidade: Adequação, necessidade e ponderação – instrumentos da hermenêutica constitucional*. Disponível em: <http://clubejus.com.br/?artigos&ver=2.24031&hl=no#_ftn1> Acesso em: 06/05/2013.

⁸¹ MATIELO, Fernanda Demarchi. Op.Cit.

⁸² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op.Cit. P. 116-117.

⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op.Cit. P. 116-117.

⁸⁴ MATIELO, Fernanda Demarchi. Op.Cit.

Judiciário que se aproveitou da nova técnica para ampliar sua área de atuação, conseguindo cada vez mais poder para seus membros:

(...) a ponderação parece fornecer ao intérprete poderes extraordinários: ele é capaz de afastar a aplicação de dispositivos válidos em benefício da aplicação de outros, restringir o exercício de direitos fundamentais e até mesmo relativizar regras constitucionais⁸⁵.

2.1. CRÍTICAS À PONDERAÇÃO

Como mencionado anteriormente, o maior crítico da ponderação teorizada por Robert Alexy é Jürgen Habermas. Na crítica ele afirma que Alexy pretendeu, sem sucesso, deixar claro em sua teoria que valores e princípios não possuem o mesmo significado. A separação bem definida entre valor e princípio é importante porque o primeiro não tem conteúdo normativo, trata-se apenas de uma recomendação e o segundo tem caráter obrigatório, evidentemente normativo. Princípios estariam no campo deontológico e valores no campo axiológico.

O problema é que, ao afirmar que princípios seriam mandados de otimização, determinando sua aplicação na maior medida possível, o teórico acabou por adotar um procedimento axiológico para os princípios, ou seja, misturou os conceitos. A confusão gerou a grande falha da teoria de Robert Alexy.

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira⁸⁶.

Ou seja, valores podem ter negociada sua aplicação no caso concreto ao passo que princípios são de aplicação obrigatória e não podem ser negociados. Dois conceitos claramente diferentes acabam por se confundir e, com isso, cria-se a grande abertura para conteúdos não jurídicos nas decisões jurídicas, o que oportuniza maior legitimação ao Poder Judiciário e menor obrigatoriedade de vinculação das decisões às leis, uma vez que, os valores

⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. P. 06.

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. Op.Cit. P. 317.

da sociedade não precisam de justificativa (ou esta é extrajurídica: moral, ética, etc.), eles são de conhecimento e obediência geral⁸⁷.

Ao se definir quais princípios constitucionais devem prevalecer sobre outros, o que se está fazendo, na realidade, é determinar o que é melhor para a sociedade como um todo. Para confirmar esta afirmação apresenta-se o pensamento defendido por Ingeborg Maus que dissertou sobre o papel exercido pelo Poder Judiciário no que ela denominou “sociedade órfã”.

O fim do absolutismo e da figura do imperador na Alemanha, que era superior à lei, trouxe um vazio para a sociedade que tinha naquele a figura paternal que não se mostrava mais necessária em um Estado Moderno, já que a soberania e o poder vinham do povo. O conceito de liberdade e a ideia de que as leis agora deveriam ser elaboradas e cumpridas pelo próprio povo eram arrojados demais e invertiam as relações consideradas “naturais” até aquele momento, ou seja, o Estado (pai) deveria guiar e proteger seus súditos (filhos).

A "proteção o paternal do poder do Estado" de que fala Sieyès não mais detém prioridade, de modo que os direitos e liberdades dos "súditos" pudessem simplesmente ser ditados por ele; antes, este poder do Estado será originalmente derivado dos direitos de liberdade dos cidadãos e por eles limitado. A relação entre poder do Estado e cidadãos elabora-se assim com o extremo oposto da forma tradicional da família dominada pela figura paterna. A concepção democrática de Estado inverte as relações "naturais": nela os filhos aparecem em primeiro plano, sendo-lhes derivado o pai⁸⁸.

Este vácuo acabou sendo preenchido, após a Segunda Guerra, pelo Poder Judiciário no qual se reconheceram as características tradicionais da imagem do pai⁸⁹. E, ao ascender à condição de mais alta instância moral da sociedade, a forma de interpretar a Constituição passou a ser baseada em uma “ordem de valores” que nada mais é que um disfarce ao decisionismo.

“*Legibus solutus*”: assim como o monarca absoluto de outrora o tribunal que se disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo está previamente decidido na

⁸⁷ GUIMARÃES, Saulo Cunha; BONFIM, Vinícius Silva. *A regra da ponderação e sua (des)estruturação*. Revista do Mestrado em Direito. Brasília. V. 5, nº 2, p. 279-311, Jul-Dez, 2011. Disponível em: <portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/3123/1931> Acesso em: 23/11/2013. P. 300.

⁸⁸ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução de Martônio Lima e Paulo de Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf> Acesso em: 23/11/2013. P. 188.

⁸⁹ MAUS, Ingeborg. Op. Cit. P. 185.

Constituição “corretamente interpretada”, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição⁹⁰.

E como a correta interpretação somente pode ser realizada por um juiz de personalidade justa⁹¹, acaba surgindo uma prática judiciária quase religiosa e uma correspondente veneração popular da Justiça⁹².

O comportamento do Poder Judiciário de pretender determinar quais são os princípios constitucionais que devem prevalecer e, indiretamente, decidindo o que seria melhor para toda a sociedade, permite concluir que não haveria mais proteção ao indivíduo contra a sociedade e o Estado⁹³. Neste caso os valores da maioria provavelmente prevaleceriam e a pluralidade da sociedade estaria em risco⁹⁴.

É esta pluralidade que não permite a hierarquização de princípios constitucionais porque cada grupo elege um conjunto de valores como fundamentais e, nem sempre, eles se coadunam com o conjunto da maioria. Nem por isso esta minoria deve ter seus direitos desrespeitados. Baseado nisso, não se pode determinar que o Poder Judiciário seja o tutor da hierarquia de valores até mesmo porque não há como aplicar uma fórmula e descobrir quais seriam os valores que sempre deveriam prevalecer para toda a sociedade.

Pode-se afirmar que, ao invés de exercer seu papel contramajoritário, ao fazer uso da técnica da ponderação, o Poder Judiciário pode até mesmo confirmar a ditadura da maioria. Aclarando o comentário, em uma democracia, mesmo as mais consolidadas, há que se constatar que as minorias são sub-representadas. É de se notar que, até mesmo o Parlamento mais sensível às demandas dos pequenos grupos, ainda falha no que tange à sua proteção. Por isso, ao Poder Judiciário foi reservado o dever constitucional de proteção das referidas minorias. É o que se chama de papel contramajoritário, no caso em estudo, do STF.

O modelo brasileiro determinou que o Poder Legislativo alcançasse o poder por meio do voto da maioria, plenamente de acordo com o princípio democrático. Por outro lado, se sempre prevalecer a vontade da maioria, não haveria verdadeira democracia e sim a ditadura da maioria. E, mesmo sendo importantes, os direitos das minorias devem ser protegidos dentro dos parâmetros constitucionais. Não por outro motivo que o STF é chamado de *Guardião da Constituição*.

⁹⁰ MAUS, Ingeborg Op. Cit. P. 192.

⁹¹ MAUS, Ingeborg Op. Cit. P. 186.

⁹² MAUS, Ingeborg Op. Cit. P. 192.

⁹³ GUIMARÃES, Saulo Cunha; BONFIM, Vinícius Silva. Op. Cit. P. 303.

⁹⁴ GUIMARÃES, Saulo Cunha; BONFIM, Vinícius Silva. Op. Cit. P. 304.

A relação entre constitucionalismo e democracia não é mansa e pacífica, ao contrário, a relação é de tensão. Não se pode afirmar que existe equilíbrio entre estas duas forças, é a constante tensão entre elas que possibilita a limitação da liberdade da maioria garantindo que não ocorra o massacre da minoria.

Em um Estado Democrático de Direito percebe-se que “democracia” e “constitucionalismo” devem andar lado a lado, em relação de tensão, sob pena de que, a prevalência de um sem o outro acabe gerando ditadura. A Democracia trabalha com a ideia de maiorias: temas são apresentados e a maioria dos votantes elege a opção vencedora. A Constituição, por outro lado, funciona como repositório de direitos fundamentais de que minorias podem se valer para se defender contra pretensões da maioria⁹⁵.

Habermas não só aponta as falhas da teoria de Alexy como ressalta as consequências que sua aplicação traria quando do uso sistemático nas decisões jurídicas:

(i) a diluição do poder normativo dos direitos fundamentais (dos princípios jurídicos em geral), o que representaria um severo retrocesso histórico para a manutenção desses direitos e garantias. Os direitos fundamentais foram conquistados com processos revolucionários e construções que remontam o início da vida em sociedade. A elevação destes ao status de normas jurídicas representa significativa vitória, já que os tira da condição de ideia abstrata e lhes confere caráter deontológico. Vinculativo. Rebaixá-los, novamente, à condição de valores seria marchar para trás na história⁹⁶;

Como dito anteriormente, a falha da teoria de Alexy é conceituar de forma diferenciada valores e princípios, mas trata-los de forma igual no decorrer de seu estudo. Habermas lembra que muito custou ao Direito reconhecer a normatividade dos princípios e o retorno à sua equiparação a valores traria como consequência o retrocesso histórico.

(ii) a irracionalidade das decisões judiciais, quando se constata que o procedimento da ponderação de bens não garantiria uma justificação consistente das decisões judiciais por ele atingidos. A ausência de critérios que disciplinem a sua aplicação implicaria na assunção de que terminaria o controle feito pelo ordenamento jurídico no momento em que se inicia o ato da ponderação, abrindo espaço para o subjetivismo e decisionismo do julgador⁹⁷;

⁹⁵ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: Alguns Apontamentos. Op. Cit. P. 63.

⁹⁶ SALOMÃO, Saulo Salvador. A proporcionalidade em Alexy: superando o positivismo ou coroando o decisionismo. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 47-68, Ju./Dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume282/03.pdf>> Acesso em: 24/11/2013. P. 57.

⁹⁷ SALOMÃO, Saulo Salvador. Op. Cit. P. 57.

A falta de um procedimento que garanta a racionalidade das decisões impede o efetivo controle das decisões judiciais abrindo espaço para decisões arbitrárias, baseadas apenas em juízos de valor do magistrado.

(iii) o sacrifício da ideia de correção das decisões judiciais, algo essencial ao Direito e à democracia, juntamente com a justificação (não se teria critérios para separar a decisão correta da incorreta). Na ausência desses critérios, não se tem elementos para efetuar o necessário controle do Judiciário, o que gera incertezas e insegurança jurídica⁹⁸.

Como não há como fazer controle das decisões judiciais por conta do subjetivismo que tende a haver com o uso da técnica da ponderação, não se pode tentar prever o comportamento dos juízes, cada lide pode ter um resultado, mesmo que sejam casos e pedidos parecidos. Tal fator trás ao sistema insegurança jurídica, o que acaba por prejudicar a própria credibilidade do Poder e de seus membros.

A regra da ponderação criada por Alexy possui aspectos positivistas e entende a segurança jurídica como forma de prever comportamentos⁹⁹. Ela não só não alcança os objetivos pretendidos, como não considera as minorias da sociedade e também é falha ao prever, em seu procedimento, formas de participação efetiva da sociedade no processo decisório.

Por conclusão, afirma-se que a ponderação não apenas parte de fundamentos equivocados, ao tratar da mesma forma princípios e valores, como não atende adequadamente as necessidades do novo paradigma, o Estado Democrático de Direito.

⁹⁸ SALOMÃO, Saulo Salvador. Op. Cit. P. 57.

⁹⁹ GUIMARÃES, Saulo Cunha; BONFIM, Vinícius Silva. Op. Cit. P. 306.

3. ABORTO – UMA QUESTÃO POLÊMICA

A palavra aborto¹⁰⁰ vem do latim *ab-ortus*, ou seja, privação do nascimento¹⁰¹. Abortar significa matar deliberadamente um embrião humano em formação¹⁰². Trata-se de optar pela morte antes que a vida tenha início¹⁰³.

Guilherme de Souza Nucci¹⁰⁴ e Fernando Capez¹⁰⁵ classificam as formas de aborto em: aborto natural, aborto acidental, aborto criminoso, aborto permitido ou legal, aborto eugênico ou eugenésico e aborto econômico-social.

O aborto natural consiste na interrupção espontânea da gravidez, é decorrente de causas patológicas (não há crime)¹⁰⁶, correspondem a aproximadamente 15% das gestações e normalmente ocorrem nas primeiras doze semanas¹⁰⁷. No acidental a cessação da gravidez ocorre por conta de causas exteriores e traumáticas, como quedas e choques (não há crime)¹⁰⁸. Já no criminoso, a interrupção da gestação acontece de modo forçado e voluntário. No permitido ou legal há um permissivo na legislação autorizando a interrupção da gestação e se divide em duas formas: a) aborto terapêutico ou necessário que ocorre por recomendação médica. b) aborto sentimental ou humanitário, permitido quando a mulher foi vítima de estupro¹⁰⁹.

O aborto eugênico ou eugenésico é aquele que acontece para evitar que nasça uma criança com graves defeitos genéticos, sobre este, há sérias controvérsias sobre se há ou não crime¹¹⁰, o que será aprofundado quando for debatido o artigo 128 do nosso Código Penal.

Por fim ainda existe o aborto econômico-social, em que a morte do feto é ocasionada porque a mãe não possui condições financeiras para cuidar de seu filho, seja porque o Estado

¹⁰⁰ A terminologia “aborto” não seria tecnicamente a mais correta. Na verdade, o termo mais correto teria abortamento que significa *ato ou efeito de abortar*. Entretanto neste estudo será utilizada a terminologia mais usada comumente.

¹⁰¹ MIRANDA, Pedro. *A legalidade do aborto eugênico*. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAjVkaa/a-legalidade-aborto-eugenico>>. Acesso em 28/10/2012.

¹⁰² DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução: Silvana Vieira. 2ª Edição. WMF Martins Fontes. 2009. P. 01.

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. Op.Cit. P. 01.

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 4ª ed. Ver., atual., e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 615.

¹⁰⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume 2: Parte Especial: Dos Crimes Contra a Pessoa a dos Crimes Contra o Sentimento Religioso e Contra o Respeito aos Mortos (arts. 121 a 212)*. 5ª ed. rev. atual. São Paulo. Saraiva. 2005. P. 118-128.

¹⁰⁶ CAPEZ, Fernando. Op.Cit. P. 127.

¹⁰⁷ SOUZA, Valdomiro José de. *O aborto no Brasil: Um Resgate das Concepções Morais Católicas em Contraposição aos Grupos Pró-Aborto*. Revista Brasileira de História das Religiões – ANPUH. Maringá, v. 1, n. 3, 2009. Disponível em: <http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/pub.html> Acesso em 25/04/2013.

¹⁰⁸ CAPEZ, Fernando. Op.Cit.P. 127.

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op.Cit. P. 615.

¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op.Cit. P. 615.

não dá assistência, seja porque sua família já é numerosa ou por política estatal¹¹¹. Não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro¹¹².

Os abortos que ocorrem com autorização da Justiça podem ser levados a cabo por curetagem, injeção de solução salina, microcesariana, etc. Já os ilegais podem fazer uso de medicamentos ou de intervenção mecânica¹¹³.

Há no imaginário popular uma série de práticas e métodos, com o fim de se provocar a perda do embrião ou do feto. Destacam-se: introdução de sondas através do colo do útero, objetivando produzir contrações; injeção uterina de substâncias químicas como água sanitária e sabão; introdução de objetos em formato de bastão fino, como o talo da mamona e agulhas de tricô; instrumentos não apropriados com o intuito de se conseguir o efeito da curetagem; choques elétricos premeditados; bolsas de água quente; quedas e levantamento de pesos propositais¹¹⁴.

A questão do aborto não envolve apenas o procedimento médico de expulsão do feto do útero ou da opção da gestante de não gerar um filho indesejado. O problema inclui um elemento religioso relevante. A maioria das religiões não aceita tal escolha por parte das mulheres, ou por defesa do direito à vida do feto, ou porque defendem que o sexo deve ter como única finalidade a reprodução, por isso, qualquer outro objetivo da prática sexual seria pecado e, portanto, o aborto não poderia ser levado a cabo porque os filhos seriam o único motivo do sexo legítimo.

Com isso, surgem grupos antagônicos que irão defender a liberdade sexual/de escolha feminina ou a proteção do feto e que vão defender ardentemente suas opiniões. A emoção com que grupos pró-escolha e pró-vida defendem seus respectivos pontos de vista é muito forte e não há pontos de consenso entre eles. De um lado há a defesa ferrenha do direito da gestante em escolher o momento de ser mãe e de não dar à luz a um filho absolutamente indesejado, muitas vezes produto de uma relação amorosa instável, e do outro lado há a defesa da vida do feto que, para este grupo, já é pessoa completa com pleno direito à vida.

Enquanto o debate for colocado nesses termos polarizados, os dois lados não poderão raciocinar em conjunto, pois nada terão sobre o que raciocinar ou ser razoáveis. Um dos lados acredita que o feto humano já é um sujeito moral, uma criança não nascida, a partir do momento da concepção. O outro acredita que um feto recém-concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas de um código genético, e que, nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém-fertilizado é um frango. Nenhum dos lados é capaz de oferecer um argumento que o outro possa aceitar – não há nenhum fato biológico à

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op.Cit. P. 615.

¹¹² CAPEZ, Fernando. Op.Cit. P. 128.

¹¹³ SOUZA, Valdomiro José de. Op.Cit.

¹¹⁴ SOUZA, Valdomiro José de. Op.Cit.

espera de ser descoberto, nenhuma analogia moral esmagadora à espera de ser inventada que possa resolver o problema. Trata-se de uma questão de convicções inatas, e o máximo que podemos pedir a cada lado não é que compreenda o outro, ou mesmo que o respeite, mas apenas uma pálida civilidade, o tipo de civilidade que se poderia esperar de um incompreensível, mas perigoso marciano¹¹⁵.

Provavelmente o aborto é uma das questões mais polêmicas que o Direito pretende regulamentar. Abaixo será apresentado um breve cenário sobre a permissão ou não do aborto em alguns países.

Iniciando pela Europa, em 31 países a gestante tem o direito de interromper a gravidez no primeiro trimestre simplesmente porque não quer ter um filho. Dos 47 Estados europeus que fazem parte do Conselho da Europa, 32 permitem que a mulher interrompa a gravidez sempre que for diagnosticada alguma anomalia fetal, como, por exemplo, a anencefalia.¹¹⁶

A Alemanha possuía em seu Código Penal artigo 218, *a*, com redação dada pela reforma de 1974, a chamada *solução por prazo* “Fristenlösung” que determinava que o aborto não seria punido nas doze primeiras semanas de gestação desde que realizado por médico e com o conhecimento da gestante. Entre a 12ª e a 22ª semanas o aborto não seria punido desde que indicado para evitar perigo à vida ou à saúde da mãe ou quando houvesse razões para se acreditar que o filho sofreria de deficiências insanáveis, hipótese na qual estaria inserida a anencefalia. Tais dispositivos foram levados ao Tribunal Constitucional Federal para verificação de sua constitucionalidade, no caso que ficou conhecido como Aborto I (*Schwangerschaftsabbruch I*), que os julgou inconstitucionais por acreditar que os direitos do nascituro deveriam ter precedência sobre os direitos da gestante¹¹⁷.

Com a queda do muro de Berlim a Alemanha adotou uma lei única para todo o país em 27 de Julho de 1992 (*Gesetz über Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung*) que permitia que a mulher decidisse pelo aborto nos três primeiros meses de gestação desde que fosse submetida a um serviço de aconselhamento. Novamente o caso foi levado ao Tribunal Constitucional Federal para verificação de sua constitucionalidade. No julgamento do denominado Aborto II (*Schwangerschaftsabbruch II*) ficou esclarecido que a legislação não estaria adequada e em 1995 foi produzido um documento legal para adequar-se ao decidido

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. Op.Cit. P. 11-12.

¹¹⁶ PINHEIRO, Aline. Maioria de países na Europa permite aborto de anencéfalo. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo. Abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-12/maioria-paises-europeus-permite-aborto-feto-anencefalo#autores>> Acesso em: 16/05/2013.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Relator Ministro Marco Aurélio. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 08. DJ: 24/04/2012.

pela Corte. As interrupções das gestações até doze semanas foram descriminalizadas, mas foram estabelecidas diversas medidas, inclusive o serviço de aconselhamento¹¹⁸.

Na Polônia, em 1993, foi produzida uma lei bem restritiva, ou seja, não se pune o aborto até a 12ª semana de gestação em apenas três casos: feto com graves malformações, mãe vítima de estupro ou incesto e risco de vida para a mãe¹¹⁹. Fato interessante a lei ser restritiva, pois se trata de um país de histórico comunista¹²⁰. Além disso, atualmente o país enfrenta um movimento católico que pretende aprovar lei proibindo todo e qualquer tipo de aborto.

Em Portugal, país em que o aborto foi descriminalizado em 2007, permite-se a interrupção da gestação até a décima semana por opção da mulher. Pesquisa realizada pela Direção-Geral da Saúde (DGS), uma espécie de Agência Nacional de Saúde do país, aponta que em 2011 ocorreram 19.400 abortos e em 2012, 18.408¹²¹.

Na Itália, país com forte influência da Igreja Católica, a discussão sobre o aborto vem desde 1975, oportunidade em que foi declarada a inconstitucionalidade parcial do artigo 546 do Código Penal que tratava da punição para o aborto. Em 1978 foi promulgada a lei 194 que regulamentou as hipóteses de aborto nos primeiros 90 dias de gestação as quais compreenderiam: nos casos de risco à saúde física ou psíquica da gestante; de comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; de circunstâncias em que ocorreu a concepção, como estupro; ou em casos de má-formação fetal. A legislação ainda previu que a gestante deveria conversar sobre sua vontade com autoridades sanitárias e sociais e deveria haver um intervalo mínimo de sete dias entre o pedido e a realização do procedimento, salvo em casos de urgência¹²².

Em 1997 houve referendo na Itália para tentar modificar a lei 194 proposto tanto por radicais, que pretendiam ampliar as possibilidades de aborto, como pelo Movimento pela Vida, que pretendia restringi-las. As duas propostas foram rejeitadas: a radical obteve 11,6% 'sim' e 88,4% 'não', enquanto a do Movimento pela Vida conseguiu a aprovação de 32% e a negação de 68%. Optou-se, portanto, pela manutenção da versão original da lei¹²³.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 09-11.

¹¹⁹ MAEYER, Paul de. *Polônia não muda lei do aborto. Projeto para proibir totalmente a prática é rejeitado*. Roma. 2011. Disponível em: <<http://www.zenit.org/pt/articles/polonia-nao-muda-lei-do-aborto>> Acesso em: 12/11/2013.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. Op.Cit. P. 03-04.

¹²¹ *Relatório dos Registos das Interrupções da Gravidez Ao Abrigo De Lei 16/2007 de 17 de Abril*. Lisboa. 2013. Disponível em: <<http://backoffice.masterlink.pt/dgsaude/upload/pnsr/ficheiros/i010218.pdf>> Acesso em: 21/05/2013.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 07.

¹²³ ABORTO: Há 30 anos de referendo polêmico, debate continua em aberto na Itália. *Rádio Italiana*. Disponível em: <<http://www.radioitaliana.com.br/content/view/6480/26/>> Acesso em: 23/09/2013.

Na Espanha, entre 1985 e 2010 havia apenas três casos de aborto permitidos em lei, a saber: grave perigo à vida, saúde física ou psíquica da gestante; estupro ou quando fosse possível presumir que o feto nasceria com graves danos físicos ou psíquicos¹²⁴.

A partir de 2010 foi realizada uma modificação na lei para ampliar as possibilidades de realização do procedimento: a) o aborto é completamente liberado até a 14ª semana de gestação; b) entre a 15ª e a 22ª semana, é permitido para casos de grave risco à vida ou à saúde da gestante, atestado por um médico especialista, ou caso o feto padeça de graves anomalias, atestado por dois médicos especialistas; e, finalmente, c) sem submissão a prazo específico, para casos de má-formação do feto incompatível com a vida, comprovada por um médico especialista, ou se o feto padecer de doença extremamente grave e incurável, desde que tenha sido submetido à apreciação por comitê clínico de três médicos especialistas¹²⁵.

Na Grã-Bretanha o aborto é liberado desde 1967¹²⁶ até a 24ª semana, entretanto muitas discussões sobre este prazo ainda ocorrem objetivando diminuí-lo¹²⁷. Por fim, na Irlanda o aborto é proibido, mas as gestantes que tiverem recursos e quiserem podem viajar para outros países e abortarem sem praticar nenhuma espécie de crime¹²⁸.

Em apenas três países europeus — Andorra, Malta e San Marino —, o aborto não é permitido em nenhuma hipótese¹²⁹.

Em dezembro de 2010 a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que o aborto não é um direito fundamental da mulher previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos. A maioria dos juízes concordou que proibir o aborto não agride o direito à dignidade da mulher e nem seu direito à vida pessoal e familiar. Os julgadores afirmaram que não há consenso sobre o assunto e, por isso, não caberia ao Conselho da Europa legislar¹³⁰.

Ainda é importante ressaltar que 194 dos países integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU), 94 permitem o aborto quando verificada a ausência parcial ou total do cérebro fetal¹³¹.

Nos Estados Unidos o problema é mais complicado e mais interessante de ser analisado. O direito ao aborto não foi adquirido por meio de uma legislação, resultado de discussões com

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 11.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 11-12.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. Op.Cit. P. 04.

¹²⁷ Grã-Bretanha: secretário apoia aborto até 12 semanas. *Jornal A Tarde*. Salvador. Out. 2012. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/mundo/materias/1458372-gra-bretanha:-secretario-apoia-aborto-ate-12-semanas>> Acesso em: 21/05/2013.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. Op.Cit. P. 04-05.

¹²⁹ PINHEIRO, Aline. Op.Cit.

¹³⁰ PINHEIRO, Aline. Op.Cit.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 07.

toda a sociedade, com os agentes políticos e com a classe jurídica. Diferentemente do que ocorreu em outros países, o direito chegou às mulheres por meio de uma decisão da Suprema Corte americana, em 1973, no caso *Roe contra Wade*. O julgado afirmou que a legislação do estado do Texas que criminalizava o aborto, a não ser quando praticado para salvar a vida da mãe, era inconstitucional; e foi além afirmando que qualquer lei estadual que proibisse o aborto para proteger o feto nos dois primeiros trimestres de gravidez, ou seja, antes do sétimo mês, seria inconstitucional. A decisão ainda declarou que os estados só poderiam proibir o aborto para proteger a vida do feto no terceiro trimestre. Vale ressaltar que a decisão foi proferida por nove juízes não eleitos e o placar da votação foi de sete a dois¹³².

O fato de se tratar de uma decisão sem participação direta da sociedade e dada por sete juízes que modificaram a legislação de cinquenta estados americanos provocou uma reação intensa dos grupos pró-vida que foi desde publicidade, com distribuição de vídeos de fetos em avançado estado de desenvolvimento que, ao passarem por procedimento de expulsão do útero, pareciam sentir dor¹³³, até atuação de grupos radicais que atacaram diretamente e com violência clínicas de aborto legalizadas.

Mais recentemente, a própria Suprema Corte americana vem relativizando o precedente firmado em *Roe v. Wade*. Citem-se as decisões tomadas em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania contra Casey* (1992) e *Gonzáles contra Carhart* (2007).

O primeiro precedente, *Planned Parenthood v. Casey*¹³⁴, foi um marco a respeito do direito ao aborto nos Estados Unidos porque manteve a decisão de *Roe v. Wade*, porém redefiniu a base legal para o exercício de tal direito, que era o direito à privacidade da mulher e passou a ser o direito de liberdade de fazer ou não o aborto.

Em resumo o caso foi o seguinte: uma lei estadual do estado da Pensilvânia (*Pennsylvania Abortion Control Act of 1982*) estabelecia uma série de requisitos para a prática de aborto, entre eles a necessidade de transmissão, por parte do médico, de informações para a paciente sobre o procedimento e as consequências de um aborto, espera de 24 horas após a mulher receber tais informações, consentimento de um dos pais para a realização de abortos em gestantes menores de idade e a notificação do marido no caso de mulheres casadas. A Suprema Corte, em uma decisão por 05 votos a 04, reafirmou o direito da mulher em realizar o aborto. Entretanto, o direito garantido pela decisão não pareceu estar tão seguro como antes, uma vez que a composição da Corte se modificara desde *Roe v. Wade*, e com a decisão em

¹³² DWORKIN, Ronald. Op.Cit. P. 06-07.

¹³³ DWORKIN, Ronald. Op.Cit. P. 07-08.

¹³⁴ *Planned Parenthood Of Southeastern Pennsylvania, et al. v. Robert P. Casey, et al.* Disponível em: <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/alito/ppcasey1021910pn.html>> Acesso em: 21/05/2013.

Planned Parenthood v. Casey setores conservadores da sociedade americana pressionam para que a primeira fosse revisitada totalmente¹³⁵.

Já no caso *Gonzáles v. Carhart* o que se discutiu foi a proibição do aborto de feto parcialmente nascido¹³⁶. Leroy Carhart foi um médico que não se conformou com a lei federal "*Partial-Birth Abortion Ban Act*" e ingressou com uma demanda pelo direito de abortar o feto parcialmente nascido. A Suprema Corte entendeu que a Lei federal era constitucional e não causava lesão ao direito ao aborto, pois a lei apenas limitava a utilização de uma técnica cirúrgica de aborto que induzia à morte fetos parcialmente nascidos¹³⁷. O importante nesta decisão foi a utilização da ponderação entre princípios: o princípio da liberdade de escolha da mãe (*pro-choice*) e o princípio da dignidade da vida humana do filho (*pro-life*), preponderando o direito à vida do feto.

Diante destes ensinamentos, observa-se que a Corte norte-americana, embora de formação essencialmente conservadora, vem tentando estabelecer ponderações entre princípios constitucionais de caráter fundamental no seio da sociedade americana. *Gonzáles v. Carhart* é um claro exemplo disto, já que não revogou o precedente vigente deste 1973, mas, aplicando a proporcionalidade entre os valores em jogo, estabeleceu limites à liberdade de escolha da mulher e ao direito à privacidade, privilegiando o direito à vida, dependendo das circunstâncias do caso concreto¹³⁸.

Mesmo com decisões apertadas, pode-se considerar que as decisões em *Planned Parenthood v. Casey* e *Gonzáles v. Carhart*¹³⁹ foram grandes avanços no pensamento da Corte Americana. Quanto mais se pensa e mais de debate sobre o assunto, mais maduras e elaboradas se tornam as decisões.

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. Op.Cit. P. 240-241.

¹³⁶ Neste caso a morte do feto ocorre após sua cabeça ou seu tronco sair do corpo materno. Trata-se de um gesto rápido, podendo ser praticado sem hospitalização, com anestesia local. A intervenção é precedida de uma preparação de três dias, com dilatação mecânica do cólon uterino. A operação desenvolve-se em cinco fases: num primeiro tempo, quem opera, guiado por ultra-sons, depois da eventual inversão, se necessário for, da posição do feto no útero, prende os seus pés com uma pinça. Em seguida, com uma tração tira o feto para fora do útero e provoca o parto, extraindo todo o corpo da criança, exceto a cabeça. Quem pratica o aborto executa então um corte na base do crânio do nascituro, através do qual faz passar a ponta de umas tesouras para furar a caixa craniana. Depois, introduz no orifício assim predisposto a extremidade de um tubo fino evacuativo, através do qual é aspirado o cérebro e o conteúdo da caixa craniana do menino. A este ponto, para concluir o aborto, só falta extrair a cabeça reduzida de volume. TRUJILLO, Alfonso L *apud* BERTAGNOLLI, Ilana. *Roe v. Wade, Planned Parenthood v. Casey e Gonzales v. Carhart: Uma Análise Da Evolução Dos Precedentes Norte-Americanos Sobre A Questão Do Aborto. ORBIS: Revista Científica* V. 2, n. 3. 2011. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/111>>. Acesso em: 21/05/2013.

¹³⁷ BERTAGNOLLI, Ilana. *Roe v. Wade, Planned Parenthood v. Casey e Gonzales v. Carhart: Uma Análise Da Evolução Dos Precedentes Norte-Americanos Sobre A Questão Do Aborto. ORBIS: Revista Científica* V. 2, n. 3. 2011. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/111>>. Acesso em: 21/05/2013.

¹³⁸ BERTAGNOLLI, Ilana. Op.Cit.

¹³⁹ Cinco votos a quatro.

Muito mais do que representar a disputa entre conservadores X liberais, “*pro-choice*” X “*pro-life*”, a evolução nos julgados norte-americanos sobre o aborto demonstra o amadurecimento da Corte, no que se refere ao estudo da primazia dos direitos fundamentais. A ponderação entre o direito à privacidade, entre a liberdade de escolha e a dignidade da vida humana, levada a efeito em *Gonzáles v. Carhart*, traduz a consonância do direito estadunidense com o direito constitucional moderno, que vê na dignidade da pessoa humana um meta-valor a orientar a interpretação dos demais direitos fundamentais¹⁴⁰.

Passando agora para a América Latina, local em que as leis sobre aborto tendem a ser mais restritivas, pode-se destacar, como exceção, o Uruguai que em 2012 aprovou a descriminalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação. A lei determinou que mulheres (apenas cidadãs uruguaias) que queiram pôr fim à gravidez nesse período sejam submetidas a um comitê formado por ginecologistas, psicólogos e assistentes sociais, que lhe informarão sobre riscos e alternativas ao aborto. Também foi permitido o aborto em casos de riscos à saúde da mulher, de estupros ou de má-formação fetal que seja incompatível com a vida extrauterina, até 14 semanas de gestação¹⁴¹.

O referido país é o primeiro da América do Sul e o terceiro na América Latina a permitir o aborto, depois de Cuba e da Guiana. Nos demais países da região, a interrupção da gestação só é permitida em caso de risco de vida para a mãe, má-formação do feto ou quando a gravidez é consequência de um estupro com variações de país para país¹⁴².

O tratamento jurídico do ordenamento brasileiro para o crime de aborto variou ao longo do tempo. No Código Criminal do Império de 1830 o aborto praticado pela própria gestante não era considerado crime, a punição era prevista apenas para terceiros que colaborassem para o abortamento agravado se o sujeito ativo fosse médico, cirurgião ou similar. O fornecimento de meios abortivos era punido como ato preparatório¹⁴³.

Já no Código Penal de 1890 previa o crime para o autoaborto, mas se ele ocorresse para ocultar desonra própria a pena era atenuada. Havia penas diferenciadas para o caso de haver ou não expulsão do feto e agravamento para o caso de morte da gestante. Por fim, este

¹⁴⁰ BERTAGNOLLI, Ilana. Op.Cit.

¹⁴¹ Legalização do aborto no Uruguai. *IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo. Nov. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/novo/noticia/14096-Legalizacao-do-aborto-no-Uruguai>> Acesso em: 16/05/2013.

¹⁴² GUIMARÃES, Marina. Uruguai é o primeiro país da América do Sul a descriminalizar o aborto. *O Estado de São Paulo*. São Paulo. Out. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,uruguai-e-o-primeiro-pais-da-america-do-sul-a-descriminalizar-o-aborto-,947164,0.htm>> Acesso em 16/05/2013.

¹⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 2: parte especial: Dos Crimes Contra a Pessoa*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva. 2008. P. 132-133.

instrumento legal já previa o aborto para salvar a vida da gestante, mas também previa penalidade para o caso de médico ou parteira causar, culposamente, a morte da parturiente¹⁴⁴.

No atual ordenamento, o crime está previsto nos artigos 124 a 128 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40). Como a ADPF 54, objeto de análise deste estudo que será abordada mais profundamente adiante, questionou apenas os artigos 124, 126 e 128 I e II, somente estes serão objeto de análise mais detalhada.

O que se pretendeu punir com o artigo 124 foi a conduta do autoaborto (aborto provocado pela própria gestante) e a morte do feto com o consentimento dela, inclusive a gestante é o sujeito ativo do crime e o passivo para uns seria o embrião e para outros seria a sociedade uma vez que o primeiro não poderia ser considerado pessoa¹⁴⁵.

No artigo 126 a pena é maior porque o crime é duplo (provocar e consentir), ou seja, quem executa os atos materiais do aborto é um terceiro que não a gestante. Este artigo é uma exceção à teoria monística (todos os coautores e partícipes respondem pelo mesmo crime quando contribuírem para o mesmo resultado típico) isso porque a conduta típica *provocar* significa dar causa ou determinar e *consentir* significa dar aprovação, admitir, tolerar. A conduta dos coautores é diferente, mas o crime é o mesmo¹⁴⁶.

Pelo artigo 128, incisos I e II, o legislador isentou de pena o médico que pratica o aborto necessário ou terapêutico (se não há outro meio de salvar a vida da gestante, o procedimento independe do consentimento dela¹⁴⁷) e o aborto em casos de estupro¹⁴⁸, também chamado de aborto humanitário ou piedoso¹⁴⁹, neste caso é necessário o consentimento da gestante, mas não é necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, basta o boletim de ocorrência, não é necessário nem mesmo autorização judicial¹⁵⁰.

Guilherme de Souza Nucci ressalta que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida, e defende que o aborto é perfeitamente admissível em circunstâncias excepcionais para preservar a vida digna da mãe¹⁵¹.

Uma observação importante é que, em momento algum, o aborto necessário ou terapêutico compara-se ao aborto eugênico que é aquele que ocorre quando há comprovação de que o feto nascerá com má-formação congênita¹⁵². Não se trata de fetos com anencefalia,

¹⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.Cit. P. 133.

¹⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Op.Cit. P. 614.

¹⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op.Cit. P. 617.

¹⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op.Cit. P. 620.

¹⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op.Cit. P. 619.

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op.Cit. P. 620.

¹⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op.Cit. P. 620.

¹⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op.Cit. P. 619.

¹⁵² MIRANDA, Pedro. Op.Cit.

porque estes, como será visto mais adiante, por não possuírem viabilidade cerebral, não são considerados portadores de vida e sim são destinados à morte certa. No caso de aborto eugênico, lida-se com fetos portadores de anomalias e deformidades graves e estes casos de aborto para melhorar a raça e evitar a produção de seres defeituosos não são protegidos pela legislação pátria¹⁵³.

Cumprе ressaltar que a palavra eugenia tornou-se palavra tabu¹⁵⁴ depois do que Adolf Hitler fez com os judeus na Alemanha durante a Segunda Guerra. A *Lei para a purificação da raça (Erbgesundheitsgesetz)* permitiu que milhares de abortos, esterilizações e extirpações de glândulas sexuais fossem realizados em nome da purificação da raça ariana. Também por conta disso, o aborto de anencéfalos é assunto tão polêmico. Muitos defendem que a antecipação do parto do anencéfalo é uma espécie de aborto eugênico, o que representaria o retorno aos tempos de horror da eliminação de todo um povo, por uma raça que se considerava superior.

Assim, as locuções *indicação eugênica* ou *aborto eugênico* devem ser analisadas racionalmente, sem a indesejável e prejudicial carga de *rejeição emocional* que pode até inviabilizar um exame mais aprofundado e que leve a alguma conclusão mais racional. Deve-se, de plano, afastar-se aquela concepção que lhe concedeu o *nacional-socialismo alemão*: não se pode mais falar em *aborto eugênico* com a finalidade de obter-se uma raça de “super-homens” e tampouco para a conservação da “pureza” de uma *raça superior*. Esse período, o mais negro de todos os tempos da civilização humana, está morto e enterrado, e somente deve ser lembrado para impedir o seu ressurgimento, em qualquer circunstância¹⁵⁵.

Vale anotar que a legislação sobre o aborto no Brasil foi elaborada em 1940 e nesta época não existiam métodos científicos seguros para diagnosticar doenças e anomalias intrauterinas e o legislador posterior optou por não modificar a lei sobre o assunto, a despeito das diversas tentativas que serão descritas adiante.

Entretanto, autores como César Roberto Bitencourt afirmam que não seria necessária a referida mudança legislativa no tocante ao aborto de fetos anencefálicos, uma vez que já existe a previsão das figuras do aborto necessário e do aborto sentimental no artigo 128 do Código Penal. Por conta destes dispositivos legais, o aborto de fetos portadores de anencefalia já estaria permitido em nosso ordenamento jurídico.

¹⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op.Cit. P. 622-623.

¹⁵⁴ FRANCO, Alberto Silva *apud* BITENCOURT, Cesar Roberto. Op.Cit. P. 148.

¹⁵⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. Op.Cit. P. 148-149.

É nessas condições, pois, que se deve enfrentar a questão atualíssima do *aborto anencefálico*, a começar pelo exame da adequação ou inadequação da denominação *aborto*, na medida em que se trata de *feto sem vida*, ou, na linguagem médica moderna, trata-se de um feto *com morte cerebral*. Examinando-se nosso Código Penal de 1940, constata-se que o legislador de então, ao criminalizar o aborto, não foi radical, pois admitiu como lícito, ainda que excepcionalmente, o *aborto necessário* e o *aborto sentimental* (art. 128). Isso permite concluir que, se na época, houvesse o arsenal de conhecimento e tecnologia de hoje, provavelmente também seria admitido o denominado *aborto anencefálico*, diante da *absoluta certeza da inexistência de vida*, como ocorre na atualidade¹⁵⁶.

Por vezes tentou-se legalizar a prática do aborto no Brasil. A tentativa mais famosa foi o PL 1135/91 que foi proposto em 28 de maio de 1991 pelos deputados federais Eduardo Jorge (PT) e Sandra Starling (PT). Na justificativa do projeto os deputados afirmam que a modificação legislativa é necessária para atualizar o Código Penal brasileiro que não acompanhou as mudanças da sociedade, particularmente no reconhecimento dos direitos da mulher enquanto pessoa humana. É ressaltada principalmente a sobrecarga de trabalho em que são acumuladas as funções domésticas e as do trabalho assalariado¹⁵⁷, principalmente com mulheres das classes menos favorecidas economicamente.

São essas mulheres, em sua maioria de classe social baixa, obrigadas a submeter-se a prática do aborto, que vão compor a triste estatística de cerca de 4.000.000 (quatro milhões) de casos em todo Brasil. Essa prática realizada sem as condições técnicas necessárias tem provocado um alto índice de mortalidade, contribuindo fortemente para levar o País a uma taxa de mortalidade materna várias vezes superior às dos países da Europa¹⁵⁸.

Os congressistas citados afirmam que a mulher que aborta é duplamente penalizada, uma por se agredir provocando o aborto em si mesma, já que se trata de uma providência extrema e de grande violência física, mental e, por vezes, moral¹⁵⁹ e outra por ser punida pela legislação penal.

O projeto previa a extinção do artigo 124 do Código Penal que criminaliza o aborto praticado com consentimento da gestante. Ele foi arquivado quatro vezes antes de ser votado (1995, 1999, 2003 e 2007)¹⁶⁰ e só foi votado em 7 de maio de 2008, após um período de discussões que durou 17 anos. Foi rejeitado por unanimidade na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados. O projeto recebeu 33 votos de deputados

¹⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.Cit. P. 147.

¹⁵⁷ BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília. Ano XLVI – nº 77. Seção 1. 18 de Junho. 1991. P. 9771.

¹⁵⁸ BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília. Op.Cit.

¹⁵⁹ BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília. Op.Cit.

¹⁶⁰ Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>> Acesso em: 09/05/2013.

contrários, e então seguiu para a Comissão de Cidadania e Justiça, onde também foi rejeitado em 9 de julho de 2008, desta vez por 57 votos a 4. O projeto foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados¹⁶¹. Vale ressaltar que o projeto esteve apensado a projetos similares e todos foram igualmente rejeitados.

O fato é que se durante a tramitação daquele Projeto, via-se a dificuldade do Legislativo em querer discutir o tema, após aquela rejeição, o tema se tornou tabu no órgão. Tal afirmação é comprovada pelas palavras do antigo presidente da Câmara dos Deputados Marco Aurélio Spall Maia que admitiu que *não há ainda espaço político no Legislativo para a retomada do debate sobre a legalização do aborto no País*¹⁶².

Tentativas que trataram especificamente do aborto de fetos anencefálicos foram os PL nº 4403/2004, de autoria da Deputada Jandira Feghali e do PL nº 50/2011, de iniciativa do Senador Mozarildo Cavalcanti. O primeiro foi arquivado em 2007 e 2011 e atualmente encontra-se parado na Câmara. O segundo foi encaminhado ao relator do anteprojeto do Código Penal para ser incluído ao seu texto, caso aprovado.

Apesar da dificuldade de abertura ao debate no Poder Legislativo para o debate sobre o aborto, o anteprojeto do novo Código Penal chegou a apresentar em seu texto novas formas de aborto que seriam permitidas, caso fossem aprovadas. Abaixo se reproduz o texto legal sobre o assunto, que previa a modificação do artigo 128 daquele diploma legal:

Não há crime de aborto se:

I – houver risco à vida ou à saúde da gestante.

II – a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos.

IV – por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições de arcar com a maternidade¹⁶³.

Pelo texto o aborto continuaria a ser crime, entretanto, a legislação se tornaria mais flexível passando a admitir mais formas de aborto permitido. A previsão mais importante e ao mesmo tempo mais polêmica seria a do inciso IV em que se admitiria o procedimento até a

¹⁶¹ SOUZA, Valdomiro José de. Op.Cit.

¹⁶² SANTANA, Keila. Não há espaço para a legalização do aborto, diz presidente da Câmara. *Agência Câmara de Notícias*. Fev. 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/274847-NAO-HA-ESPACO-PARA-A-LEGALIZACAO-DO-ABORTO,-DIZ-PRESIDENTE-DA-CAMARA.html>>. Acesso em: 06/06/2013.

¹⁶³ LEMOS, Iara. Anteprojeto de novo Código Penal vai prever possibilidade de aborto. *G1*. Mar. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/anteprojeto-de-novo-codigo-penal-vai-prever-possibilidade-de-aborto.html>>. Acesso em: 06/06/2013.

12ª semana de gestação quando o médico ou psicólogo poderia atestar que a mulher não apresentaria condições de arcar com a maternidade. Com esta redação previa-se grande abertura para a interpretação do dispositivo. Segundo o antigo Relator do anteprojeto, o procurador regional da República da 3ª Região Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, o que se pensou foi nas gestantes sofrem com a dependência química e nas mães que abandonam os filhos em terrenos baldios¹⁶⁴.

Entretanto, em Agosto de 2013 o referido inciso IV foi retirado do anteprojeto, acabando com possível abertura para interpretação do dispositivo e com a possibilidade de aumento das hipóteses de aborto permitido no Brasil. A justificativa para tanto foi que tal permissão seria inconstitucional por ferir o direito à vida e sua proteção integral na Constituição¹⁶⁵.

O atual Relator do anteprojeto do Código Penal, Senador Pedro Taques, ao defender a retirada do inciso IV do texto fez uso da técnica da ponderação de princípios entre o direito à vida do nascituro e a ausência de condições psicológicas da mãe para a manutenção da gestação. Ao fundamentar os motivos pelos quais o primeiro deve prevalecer sobre o segundo foram utilizados apenas dois argumentos jurídicos: o fato de que a laicidade estatal não pode ferir o direito constitucional à vida e o fato de que a Constituição não contém o conceito de proteção gradual à vida e por isso ela deve ser protegida integralmente¹⁶⁶.

Por último, em um juízo de ponderação, verifica-se, na forma prevista pelo dispositivo impugnado, a completa desproporcionalidade entre o direito fundamental à vida do nascituro – ou seja, na salvaguarda de seu elemento vital como um bem constitucionalmente protegido – e a circunstância da ausência de condições psicológicas da mãe, haja vista que:

i) os critérios de aferição dessas circunstâncias são falhos, sem parâmetros científicos;

ii) a laicidade do Estado brasileiro não significa que se pode violar o direito fundamental à vida – na sua mais pura essência de elemento vital;

iii) diferentes classificações sobre o conceito de “vida” refletem valores de grupos, sem compreender a dimensão constitucional da proteção à vida;

iv) a doutrina da proteção gradual da vida não pode se sobrepor ao fato de que a **Constituição não oferece essa distinção;**

v) a autonomia da mulher perante seu corpo deve ser pensada a partir de uma ética da alteridade, de modo que a ponderação entre gerar uma vida e manter sua autonomia deve ser anterior à concepção, especialmente quando o nível de informação sobre os métodos contraceptivos já é suficientemente amplo;

vi) a gravidez não é doença, ela acontece com o concurso da vontade humana – e, nesse caso, liberdade sexual rima com responsabilidade; e

¹⁶⁴ LEMOS, Iara. Op.Cit.

¹⁶⁵ Relatório do novo Código Penal mantém aborto e eutanásia como crimes e dificulta progressão de regime. Agência Senado. Ago. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/08/20/relatorio-do-novo-codigo-penal-mantem-aborto-e-eutanasia-como-crimes-e-dificulta-progressao-de-regime>> Acesso em: 16/11/2013.

¹⁶⁶ Íntegra do relatório do novo Código Penal. Agência Senado. Ago. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/08/veja-a-integra-do-relatorio>> Acesso em: 16/11/2013. P. 158-159.

vii) questões de saúde pública não podem ser enfrentadas com a simples omissão estatal em permitir a realização de abortos¹⁶⁷. (grifo nosso)

Interessante ressaltar que o inciso III permanece no anteprojeto sinalizando que o Congresso poderá acompanhar o STF na decisão tomada na ADPF 54, criando mais uma figura de aborto permitido.

Por causa da omissão legislativa sobre o específico caso de aborto de fetos anencéfalos, o Poder Judiciário é demandado constantemente. Até o julgamento da ADPF 54 em 2012 haviam sido concedidas, em 23 anos, 10 mil autorizações excepcionais para o aborto de fetos com a anomalia¹⁶⁸.

Mesmo com a proibição legal existente no país e com a pressão religiosa e social sobre o assunto, há que se mencionar que os números de abortos realizados no Brasil não são pequenos. O Ministério da Saúde estima que ocorram 1 milhão de abortos por ano, causando a morte de 180 mulheres¹⁶⁹, entretanto estes números são apenas dos abortos legais, entre eles os espontâneos e os autorizados pelos médicos ou pela justiça.

Não há dados oficiais produzidos para abortos praticados ilegalmente, mas em 2010 a Universidade de Brasília realizou pesquisa para traçar o perfil da mulher que aborta no Brasil. Segundo dados essa mulher é casada, tem filhos, religião, pertence a todas as classes sociais e costuma carregar sozinha o peso de sua decisão. De acordo com a pesquisa, uma em cada sete brasileiras entre 18 e 39 anos já realizou ao menos um aborto na vida, o equivalente a 5 milhões de mulheres¹⁷⁰.

Permite-se inferir que leis muito restritivas, como as da América Latina, não inibem o número de abortos e sim desfavorecem mulheres de menor poder aquisitivo que não podem ter acesso a técnicas corretas de abortamento e acabam vindo a óbito. Tudo isso possibilita afirmar que a questão do aborto também é uma questão de saúde pública.

¹⁶⁷ Íntegra do relatório do novo Código Penal. Op.Cit.

¹⁶⁸ LOPES, Adriana Dias. Avanço Fundamental. *Revista Veja*. 18 de Abril de 2012. P. 106.

¹⁶⁹ COLLUCCI, Cláudia. As mais altas taxas estão justamente em regiões com leis restritivas. *Folha de São Paulo*. Mar. 2013. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/noticias2013/aborto/folhasp21032013_as_mais_altas_taxas_leis_restritivas.pdf> Acesso em: 16/05/2013.

¹⁷⁰ De acordo com este estudo, das mulheres que declararam já ter praticado um aborto, 81% têm filhos, 88% têm religião, 64% são casadas. No quesito religião, 65% são católicas, 25% são protestantes e 5% pertencem a outras religiões. No tocante à renda, 23% recebem até 1 salário mínimo, 31% entre 1 e 2 salários mínimos, 35% entre 2 e 5 salários mínimos e 11% acima de 5 salários mínimos. CARDOSO, Bia. Quem é a mulher brasileira que aborta? *Pragmatismo Político*. Ago. 2013. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/08/quem-e-a-mulher-brasileira-que-aborta.html>> Acesso em: 16/11/2013.

Em 2008, uma média de 32 entre 1.000 mulheres latino-americanas (entre 15 e 44 anos) abortaram. No mesmo ano, a taxa na África foi de 29. Na Europa Ocidental, onde a lei é mais permissiva, o número é de 12 a cada 1.000¹⁷¹.

Vale mencionar que em março de 2013 o Conselho Federal de Medicina defendeu a liberação do aborto até a 12ª semana de gestação, inclusive, sem a necessidade do atestado médico previsto no anteprojeto do Código Penal¹⁷².

No dia 01/08/2013 a Presidente Dilma Rousseff sancionou o PLC 03/2013 transformando-o na lei 12.845. Tal instrumento normativo determina que as vítimas de violência sexual devem receber tratamento médico no SUS para profilaxia da gravidez, ou seja, devem receber a pílula do dia seguinte o que, para alguns, trata-se de medicamento abortivo¹⁷³. É interessante destacar que o fornecimento desta droga anteriormente era apenas orientação para o médico descrita em norma técnica. Esta lei é uma importante conquista para a mulher por conta da dificuldade de acesso ao aborto que as vítimas de estupro têm. Principalmente as vítimas com menor poder aquisitivo.

O trabalho com a população feminina não deveria ser impedir o aborto a todo custo, seria preferível trabalhar com a informação que chega a este público. Primeiro é necessário que a educação sexual recebida na escola seja parte do currículo, que o tema da prática sexual e que as formas de contracepção não continuem a ser um tabu social. Posteriormente, com a concretização da gravidez indesejada, é fundamental que a mulher seja instruída de todas as suas opções, de todas as consequências do procedimento abortivo, que não deixa de ser muito arriscado, de todos os direitos da criança como alimentanda, dos seus direitos como trabalhadora, se for o caso, além de uma profunda análise do contexto familiar em que ela se

¹⁷¹ COLLUCCI, Cláudia. Op.Cit.

¹⁷² FORMENTI, Lígia. CFM vai apoiar o direito de a mulher abortar até a 12ª semana de gestação. *Estadão.com.br*. Mar. 2013. Disponível em: < <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,cfm-vai-apoiar-o-direito-de-a-mulher-abortar-ate-a-12-semana-de-gestacao-,1011266,0.htm>>. Acesso em: 06/06/2013.

¹⁷³ A pílula do dia seguinte provoca intensas discussões entre especialistas. Há duas correntes que afirmam que o medicamento tem os seguintes efeitos: impedir o encontro do óvulo com o espermatozoide e/ou, após tal encontro, impedir a adesão do embrião ao útero. Os periódicos médicos americanos *Contraception e Clinical Obstetrics and Gynecology*, afirmam que não há provas de que o referido medicamento interfira na adesão do embrião ao útero e que sua principal função seria evitar a ovulação e dificultar a mobilidade dos espermatozoides, deixando o muco cervical mais espesso, com isso evitando a formação do embrião. Entretanto, há embriologistas, alguns ligados a movimentos religiosos, que afirmam que o encontro do óvulo com o espermatozoide pode ocorrer de um a cinco dias após a relação sexual e como a pílula pode ser usada até cinco dias após a relação, seu verdadeiro efeito seria impedir a adesão do embrião ao útero e isso nada mais seria do que uma espécie de aborto químico, uma vez que o embrião humano já seria vida por conter o código genético completo do indivíduo. *Como funciona a pílula do dia seguinte*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/como-funciona-a-pilula-do-dia-seguinte>> Acesso em: 23/11/2013. *Pílula do Dia Seguinte é abortiva, afirmam especialistas*. Disponível em: <<http://noticias.cancaonova.com/noticia.php?id=289199>> Acesso em: 23/11/2013.

insere. Se realmente a decisão dela for de prosseguir com o procedimento a legislação não pode deixá-la abandonada à própria sorte.

3.1. O CONCEITO DE ANENCEFALIA E A SAÚDE FÍSICA E MENTAL DA GESTANTE

A anencefalia é um defeito congênito decorrente do mau fechamento do tubo neural que ocorre entre o 23 e 28 dias de gestação. Trata-se de um problema da embriogênese que ocorre muito precocemente na gestação, causado por interações complexas entre fatores genéticos e ambientais¹⁷⁴. Ao contrário do que se pensa, o anencéfalo não é apenas aquele feto que nasce totalmente sem o cérebro. Normalmente, tais fetos são aqueles que apresentam ausência parcial do encéfalo por defeito no fechamento do tubo neural. Tal defeito pode ser no cérebro, na calota craniana, no cerebelo ou nas meninges. Por conta disso, o feto, quando chega a nascer, muitas das vezes não poderá enxergar, ouvir, não terá consciência e será incapaz de sentir dor.

Defendemos a tese de que o feto anencefálico é um feto morto, segundo o conceito de morte neurológica. Esse feto, mesmo que levado a termo, não terá nem um segundo de consciência, não poderá sentir dor, ver, ouvir – em resumo, não poderá experimentar sensações. É, portanto, um feto morto porque não há potencialidade de se tornar uma pessoa, não há possibilidade de consciência devido à ausência de córtex cerebral¹⁷⁵.

O termo é geralmente utilizado para definir a má formação do cérebro fetal. O grande problema é que existem diversos graus da má formação e identificá-la é a grande questão médica.

Para Thomaz Rafael Gallop¹⁷⁶: *isto é a morte cerebral, rigorosamente igual. O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração*¹⁷⁷. Em muitos casos o

¹⁷⁴ PENNA, Maria Lúcia Fernandes. *Anencefalia e morte cerebral (neurológica)*. Physis, Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, jun. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312005000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 06/05/2013.

¹⁷⁵ PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Op.Cit.

¹⁷⁶ Representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Professor Livre Docente em Genética Médica da Universidade de São Paulo e Professor de Ginecologia da Faculdade de Medicina de Jundiaí ouvido como *amicus curiae* na ADPF 54 na audiência pública realizada em 28 de Agosto de 2008 como representante das entidades científicas. A ADPF 54 e as audiências públicas serão detalhadamente descritas no próximo capítulo.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 17.

indivíduo acometido por esta anomalia não sobrevive ao parto, no restante dos pacientes geralmente o óbito ocorre em horas ou dias após o parto.

Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intrauterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivência é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivência, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina¹⁷⁸.

Entretanto, há casos de maior sobrevivência e o mais famoso caso no Brasil é o da menina Marcela de Jesus Galante Ferreira, que não possuía o córtex cerebral e sobreviveu por quase dois anos. Discute-se se esse foi um caso de anencefalia ou microcefalia, o fato foi que isso aumentou ainda mais as discussões médicas sobre o diagnóstico¹⁷⁹.

Aspecto muito importante levado em consideração pelos médicos quando ocorre a gestação de um feto anencéfalo é que o risco à saúde da mãe eleva-se em grande escala. Existe grande probabilidade de o feto perecer dentro do útero, o que pode levar ao óbito da genitora. Há também o risco de prolapso de cordão¹⁸⁰, doença hipertensiva específica de gravidez (DHEG), a diabetes, aumenta em de cerca de 58% o risco de partos prematuros, e também eleva em 22% do número de casos de gravidez prolongada e sangramento de grande monta no puerpério¹⁸¹.

Os perigos para a saúde física da mulher são elevados em uma gravidez de feto acometidos pela anencefalia, havendo, inclusive, risco para a sua vida, razão pela qual, se esse for desejo, deve-se conferir possibilidade de interrupção da gestação, à luz do princípio da proporcionalidade¹⁸².

Quanto à saúde psíquica, não há como mensurar o sofrimento de uma mulher que aguarda, ansiosa, nove meses pelo nascimento de seu bem mais precioso. A elevada taxa de hormônios faz a sensibilidade aumentar e a preparação para a chegada do novo membro da família começa bem cedo, para alguns, já com a notícia da gestação. Com a constatação de um feto

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 13.

¹⁷⁹ HENRIQUE, Brás. Bebê "anencéfalo" morre após 1 ano e 8 meses. *Estado de São Paulo*. São Paulo. Ago. 2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,bebe-anencefalo-morre-apos-1-ano-e-8-meses,216662,0.htm>> Acesso em: 25/04/2013.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 39.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 40.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 10.

que não terá vida em potencial, mas sim morte certa, os sentimentos mórbidos surgem e continuar carregando o produto da dor pode gerar mais sofrimento.

O depoimento de mulheres que gestaram ou abortaram fetos portadores da anomalia fatal não deixa dúvidas de que o Estado, ao obrigar a manutenção de tal gravidez, está condenando a mulher a uma tortura psicológica sem precedentes. Abaixo se reproduz o depoimento de Gabriela Oliveira Cordeiro, paciente do HC 84.025/RJ, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, a ser detalhadamente descrito no próximo capítulo, que descreve seu sentimento em relação a sua experiência:

(...) um dia eu não aguentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. O meu marido me pedia para parar, mas eu não conseguia. Eu saí na rua correndo, chorando, e ele atrás de mim. Estava chovendo, era meia-noite. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela [referindo-se à filha que gerava] no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. O meu marido tinha outro sonho. Ele sonhava que o bebê ia nascer com cabeça de monstro. Ele havia lido sobre anencefalia na internet. Se você vai buscar informações é aterrorizante. Ele sonhava que ela [novamente, referindo-se à filha] tinha cabeça de dinossauro. Quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram. Eu queria ter tirado uma foto dela [da filha] ao nascer, mas os médicos não deixaram. Eu não quis velório. Deixei o bebê na funerária a noite inteira e no outro dia enterramos. Como não fizeram o teste do pezinho na maternidade, foi difícil conseguir o atestado de óbito para enterrar¹⁸³.

Vale destacar a pesquisa realizada pelo no hospital da Universidade de São Paulo, no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2003, com pacientes grávidas de fetos portadores de anomalia incompatível com a vida extrauterina, que dá conta de que 60% das entrevistadas não só experimentaram sentimento negativo – choque, angústia, tristeza, resignação, destruição de planos, revolta, medo, vergonha, inutilidade, incapacidade de ser mãe, indignação e insegurança – como também diriam a outra mulher, em idêntica situação, para interromper a gestação¹⁸⁴.

É interessante lembrar que saúde não é apenas um conceito físico. A saúde no aspecto geral engloba também o aspecto mental e o social. Enxergado sob este aspecto a manutenção da gravidez nesses casos significa, na prática, que a saúde da gestante fica em segundo plano em detrimento de um feto que não alcançará a vida em seu sentido completo.

Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 40-41.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 42.

liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social¹⁸⁵.

Aliado a tudo isso há que se ressaltar que a medicina atua com elevado grau de certeza, além disso, o diagnóstico pode ser facilmente obtido na rede pública de saúde. O exame para detectar a má-formação fetal chama-se ecografia, pode ser realizado a partir do segundo trimestre de gestação e o índice de falibilidade é praticamente nulo¹⁸⁶. Exatamente por isso a ADPF 54 procurou analisar os direitos fundamentais da gestante (saúde, dignidade humana, liberdade de procriação) em relação ao direito à vida do feto anencéfalo. Tudo isso será analisado adiante.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 13-14.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho da petição inicial, p. 07.

4. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF 54 – ABORTO DE FETO ANENCÉFALO.

A ADPF 54 foi formalizada em 17 de Junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS). Como fundamentação constitucional, a CNTS apontou como envolvidos os preceitos dos artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana –, 5º, II – princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –, 6º, *caput*, e 196 – direito à saúde –, todos da Constituição e, como ato do Poder Público, causador da lesão, o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940¹⁸⁷. Em 1º de Julho de 2004, o Ministro Relator Marco Aurélio concedeu liminar permitindo a interrupção da gestação de fetos anencefálicos a qual foi cassada em 20 de Outubro do mesmo ano.

Um dos principais argumentos da requerente, inclusive frisado em nota prévia na petição inicial da ADPF 54, é que o pedido formulado não tratava de aborto e sim de antecipação terapêutica do parto. Aborto envolveria a possibilidade de vida extrauterina, ao menos em potencial, e na anencefalia, como será visto adiante, não há a menor possibilidade de vida, há sim a morte certa, antes ou após o nascimento do feto.

Na inicial a requerente ainda assevera que *interpretado o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as agruras decorrentes do enquadramento no Código Penal*¹⁸⁸, ou seja, se a lei for interpretada por sua literalidade, os profissionais de saúde, por vezes, encontrar-se-ão em situação de dificuldade de atuação em sua atividade laboral.

Reafirmou também que a manutenção da gestação de um feto anencéfalo aumenta o risco de morte para a gestante sem contar o sofrimento intenso para uma mãe saber que seu filho virá a falecer ao nascer.

Ainda no decorrer da inicial citou-se o Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, mas que foi declarado prejudicado pelo Plenário. Em resumo ocorreu o seguinte: na primeira instância a impetrante não logrou êxito em obter autorização judicial para a prática do aborto, ingressou, então no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 02.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 05.

A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero¹⁸⁹.

O Superior Tribunal de Justiça suspendeu a liminar impedindo o aborto e considerou prejudicada a apelação interposta, baseando sua decisão no direito à vida como bem maior a ser preservado e afirmando que as hipóteses em que se admite atentar contra ela estão expressamente elencadas em lei não se admitindo analogia *in malam partem*¹⁹⁰.

4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador¹⁹¹.

Com isso o caso chegou ao STF que não teve tempo de analisar o mérito porque ocorreu o nascimento do feto com sobrevivência extrauterina de apenas sete minutos. Todo o processo durou mais de nove meses, tempo superior ao necessário para uma gestação¹⁹².

Tal descrição do Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ foi realizada com o objetivo de destacar a variedade de posturas e a falta de posicionamento homogêneo entre os diversos magistrados e Tribunais do país, fornecendo mais argumentos para a requerente de que seria importante alertar o STF para a necessidade de uniformizar o comportamento do Poder Judiciário a fim de que suas decisões sejam efetivamente respeitadas e, com isso, haja realmente segurança jurídica em nosso ordenamento jurídico.

Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional¹⁹³.

¹⁸⁹ Teixeira, Giselda Leitão *apud* Marco Aurélio in BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do acórdão, p. 09.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 10-11.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 11.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 11.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 12.

O pedido final elaborado na petição inicial da ADPF 54 buscava a declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteava a arguente, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, que fosse a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclareceu que, sob esse prisma, buscava a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não caberia o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente¹⁹⁴.

4.1. ADPF 54 – AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Para a tomada de decisão, foram realizadas quatro audiências públicas realizadas nos dias 26 e 28 de agosto e 4 e 16 de setembro de 2008. Foram ouvidos como *amici curiae* as seguintes instituições: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal do Reino de Deus, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP¹⁹⁵.

O primeiro dia de audiências públicas, dia 26 de Agosto de 2008, foi destinado às entidades religiosas e sociológicas. Foram ouvidos Luiz Antônio Bento e Paulo Silveira Martins Leão Júnior, representantes da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, os quais defenderam *a humanidade do feto em gestação, independentemente de má-formação, bem como o fato de a reduzida expectativa de vida não ter o condão de lhe negar direitos e*

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 06-07.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 17-18.

*identidade*¹⁹⁶. Ainda pelas entidades religiosas foi ouvido Carlos Macedo de Oliveira, representante da Igreja Universal do Reino de Deus, que defendeu que, neste caso deveria prevalecer o desejo da mulher¹⁹⁷.

Ainda no primeiro dia, mas agora discursando como representante das entidades sociológicas, foi ouvido Rodolfo Acatauassú Nunes, professor adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e livre docente pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Ele ressaltou que a Associação Médica Americana define a anencefalia como morte encefálica e que lá foi proibida a possibilidade de retirada dos órgãos de tais fetos para a realização de transplantes. Falou ainda sobre a Portaria nº 487, do Ministério da Saúde, em que o artigo 1º prevê que a retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato encefálico para fins de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível¹⁹⁸.

Na sequência falou Maria José Fontelas Rosado Nunes, professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq e diretora da Organização Não-Governamental Católicas pelo Direito de Decidir. Ela destacou que a mulher deve ter liberdade de escolha e tratou do fato de o Estado Brasileiro caracterizar-se constitucionalmente como laico, mas leis reguladoras da sociedade brasileira ainda não refletem essa desvinculação. Por fim, alegou já haver consenso ético da sociedade brasileira acerca do tema no sentido favorável de caber à mulher a decisão quanto ao processo gestacional e ao próprio corpo¹⁹⁹.

Foram ouvidas, a seguir, Irvênia Luíza de Santis Prada, médica ginecologista, e Marlene Rossi Severino Nobre, médica ginecologista, Chefe dos Serviços de Clínicas e de Patologia Clínica do Posto de Assistência Médica de Várzea do Carmo, São Paulo, à época no exercício da Presidência da Associação Médico-Espírita Internacional e da Associação Médico-Espírita do Brasil. Para a primeira, a neurociência demonstra que o anencéfalo tem substrato neural para desempenho de funções vitais e consciência, o que contraindica a interrupção da gravidez, possibilitando a disponibilização dos órgãos do recém-nascido para transplante. A segunda defendeu que a vida do anencéfalo se sobrepõe a todos os outros direitos e que é um bem fundamental que lhe pertence. Afirmou não estar em discussão o direito da mulher, mas o direito à vida.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 19.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 19-20.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 20.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 20.

O segundo dia de audiências públicas, 28 de Agosto de 2008, foi dedicado à audiência das entidades científicas. Foram ouvidos, primeiramente, Roberto Luiz D'Ávila, representante do Conselho Federal de Medicina, Jorge Andalaft Neto, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia e Dr. Heverton Neves Petterson, representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal.

O primeiro tratou do que ele chamou de judicialização da medicina – não é mais o médico e o paciente que resolvem os respectivos problemas ou questões, mas um magistrado, cuja opinião só será conhecida ao final de determinado período. Jorge Andalaft Neto falou sobre os riscos à saúde da gestante por conta de uma gravidez de feto anencefálico, a saber: maiores variações do líquido amniótico, hipertensão e diabetes, durante a gestação, bem como aumento das complicações no parto e no pós-parto e consequências psicológicas severas, com oito vezes mais risco de depressão. E Heverton Neves Petterson informou que o diagnóstico da patologia fetal em estudo pode ser realizado a partir da oitava semana gestacional desde que o médico possua razoável conhecimento de embriologia e exista à disposição um bom aparelho de ultrassonografia²⁰⁰.

Na continuação falou o então Deputado Federal Luiz Bassuma, Presidente da Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto que, além de se manifestar em favor do direito à vida, afirmou que o feto anencéfalo é um portador de necessidades especiais e que o Brasil, por ser signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, deveria proteger seus direitos²⁰¹.

A seguir apresentou seus argumentos Salmo Raskin pela Sociedade Brasileira de Genética Clínica. Ele incluiu um dado importante até agora não mencionado: a cada três horas, nasce, no Brasil, uma criança anencéfala. Informou como ocorre o processo da anencefalia e suas causas e ressaltou a impossibilidade de doação dos órgãos de feto anencéfalo²⁰².

O Deputado Federal José Aristodemo Pinotti, professor titular por concurso emérito da Universidade de São Paulo e da Universidade Estadual de Campinas foi ouvido na sequência dos trabalhos e expôs que existe elevado grau de certeza para o diagnóstico da anencefalia com o exame chamado ecografia obstétrica, analisou os riscos para a mãe de uma gravidez de anencéfalo e defendeu a medicina fetal informando que não existe *viés eugênico*, pelo

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 20-21.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 22.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 22.

*contrário, busca efetuar sempre procedimentos cirúrgicos dentro do útero a fim de tratar e proporcionar melhor condição de vida aos fetos*²⁰³.

Lenise Aparecida Martins Garcia, titular do Departamento de Biologia Molecular da Universidade de Brasília, representando o Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem aborto foi a próxima a falar e defendeu o direito à vida do feto anencéfalo pela falta de segurança no diagnóstico e discordou do uso da nomenclatura “antecipação terapêutica do parto”, pois o caso seria de aborto eugênico²⁰⁴.

Depois dela discursou Thomaz Rafael Gollop pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência afirmou que o feto anencéfalo é semelhante ao morto cerebral porque não possui atividade cortical verificada pelo eletroencefalograma. Haveria apenas atividade no coração e no pulmão e afirmou que isso seria vida vegetativa²⁰⁵.

A última oitiva deste dia de audiência pública foi de Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília, doutora em Antropologia e pós-doutora em Bioética. Ela comparou a experiência da gestação de um anencéfalo à tortura e afirmou que a escolha da interrupção gestacional deve ser da mulher e que um estado laico, neste caso, deveria *reconhecer que, para a vida pública, a neutralidade é um instrumento de segurança e, nesse caso, de proteção à saúde e à dignidade das mulheres*²⁰⁶.

Em 04 de Setembro de 2008 ocorreu o terceiro dia de audiências públicas que foi iniciado com o discurso do então Ministro de Estado da Saúde, José Gomes Temporão que informou que o Sistema Único de Saúde (SUS) encontra-se perfeitamente habilitado a realizar o exame para diagnosticar a anencefalia durante o pré-natal. Além disso, ele afirmou que a posição do Ministério da Saúde é favorável à antecipação terapêutica do parto para estes casos²⁰⁷.

A jornalista Cláudia Werneck, pós-graduada em Comunicação e Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz, representando a Escola de Gente – Comunicação em Inclusão também se manifestou neste dia afirmando que a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência não se aplica para os anencéfalos, uma vez que eles não possuem expectativa de vida e a referida Convenção tem por objetivo de melhorar a vida daqueles que possuem necessidades especiais e precisam se integrar ao meio, apesar de sua limitação²⁰⁸.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 22-23.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 23.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 23.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 23-24.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 24.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 24-25.

Ieda Therezinha do Nascimento Verreschi²⁰⁹ afirmou que o percentual de fetos anencefálicos nascidos vivos gira em torno de 40% a 60%, mas após o nascimento apenas 8% sobreviveriam por curto espaço de tempo e alertou que tal feto não liberaria os precursores hormonais necessários para a manutenção da gestação. Destacou ainda que o governo “colaboraria” para o surgimento do feto anencéfalo por não cuidar eficientemente do saneamento básico, por permitir a liberação de grande quantidade de agrotóxicos na agricultura, especialmente os organoclorados, e por não fomentar a inserção de níveis razoáveis de ácido fólico na alimentação das mulheres em idade fértil²¹⁰.

Importante pesquisa foi apresentada por Lia Zanotta Machado²¹¹ que entrevistou 58 mulheres em nove estados brasileiros que, com liminar, decidiram interromper a gravidez de fetos anencéfalos e trouxe o relato de quatro mulheres Érica, Michele, Camila e Dulcinéia e sua experiência em gerar fetos portadores da anomalia. Em resumo, as mulheres demonstraram o desejo por decidirem o destino de sua gestação por si próprias e relataram sensação de alívio quando o fizeram. Também foi demonstrado o sentimento das entrevistadas que se sentiam torturadas por terem que levar adiante uma gravidez fadada à tragédia²¹².

Isto é, “de um lado, o inevitável da tragédia e, de outro, o sofrimento desnecessário e evitável da continuidade da gravidez com diagnóstico de morte cerebral. Quiseram a supressão da situação torturante”. Ressaltou não possuir o sofrimento involuntário o condão de dignificar ninguém²¹³.

Seguindo com as explanações, Cinthia Macedo Specian²¹⁴ tratou dos defeitos do fechamento do tubo neural ressaltando que, apesar da gravidade da anomalia, os bebês nascidos vivos possuem atividade cerebral e podem apresentar reação pupilar, movimento ocular espontâneo, resposta auditiva, sucção e respiração espontânea. Além disso, relatou que o procedimento de morte encefálica somente pode ser aplicado a um paciente que tenha mais de sete dias de vida, o que não é possível fazer com o feto anencefálico²¹⁵.

²⁰⁹ Falou como representante da Associação de Desenvolvimento da Família, ADEF, médica especialista em endocrinologia e Conselheira do Conselho Regional de Medicina de São Paulo.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 25.

²¹¹ Falou como representante da Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. Graduada em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo; mestre em sociologia pela mesma Universidade, doutora em Ciências Humanas e integrou a Comissão que elaborou o anteprojeto de lei sobre a revisão da legislação punitiva e restritiva ao aborto no Brasil.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 25-26.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 26.

²¹⁴ Especialista em pediatria, com habilitação em neurologia pediátrica; coordenadora do serviço de neonatologia e da UTI neonatal do Hospital São Francisco.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 26.

O defeito primário da anencefalia é a não-formação ou a formação parcial dos ossos que formam a calota craniana, os ossos do crânio. (...) Então, nós podemos dizer aqui que tanto a holoanencefalia como a meranencefalia são formas da mesma situação, são formas de anencefalia²¹⁶.

Continuando as apresentações foi chamado Dernival da Silva Brandão²¹⁷ que defendeu a ideia de que o abortamento do feto anencefálico seria aborto eugênico e afirmou que o risco para a gestante não seria maior do que o risco de uma gestação gemelar²¹⁸.

Para encerrar este dia de audiências foi realizada a oitiva de Jacqueline Pitanguy, socióloga e cientista política, representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, que se mostrou favorável à interrupção deste tipo de gestação para minimizar o sofrimento da gestante e com fundamento no critério estabelecido pela Lei nº 9.434/97²¹⁹ para o reconhecimento de óbito²²⁰.

As oitivas do dia 16 de Setembro de 2008 foram iniciadas por Elizabeth Kipman Cerqueira, especialista em ginecologia e obstetrícia, ex-secretária de Saúde do Município de Jacareí e Diretora do Centro Interdisciplinar de Estudos Bioéticos do Hospital São Francisco/SP que assentou que as sequelas da antecipação do parto são permanentes e que os problemas da manutenção da gestação se resolvem naturalmente além de sustentar que a antecipação do parto do feto anencéfalo é caso de aborto eugênico²²¹.

Eleonora Menecucci de Oliveira, socióloga, professora titular do Departamento de Medicina Preventiva da Universidade de São Paulo e representante da Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos e a então Secretária Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República e Presidente do Conselho Nacional de Direitos da Mulher, Dra. Nilcéa Freire, também se mostraram favoráveis ao direito de escolha da mulher²²².

Representando a Associação Brasileira de Psiquiatria, Talvane Marins de Moraes, médico especialista em psiquiatria forense, livre-docente e doutor em psiquiatria pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, membro das Câmaras Técnicas de Perícia Médica e Medicina

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Relator Ministro Marco Aurélio. Notas taquigráficas do dia 04/09/2008, p. 71-72. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>> Acesso em 20/05/2013.

²¹⁷ Médico com o título de Especialista em Ginecologia e Obstetrícia; Especialista em Medicina do Trabalho pela PUC do Rio de Janeiro; membro titular da Academia Fluminense de Medicina e presidente da Comissão de Ética e Cidadania da Academia Fluminense de Medicina.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 26-27.

²¹⁹ Lei relativa à remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 27.

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 27.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 27-28.

Legal do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro foi o último a expor o ponto de vista da entidade que representa no sentido de que a interrupção da gestação deve ser escolha da mulher em nome de sua saúde mental realçando que a obrigação de manter um natimorto em seu ventre submeteria a mulher a algo equivalente à tortura²²³.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se no sentido da procedência do pedido formulado na petição inicial. Concordou-se com o direito da gestante em poder optar pela continuidade ou não da gestação e ressaltou-se que a rede pública de saúde encontra-se perfeitamente preparada para o diagnóstico da anomalia. A Procuradoria-Geral da República também opinou no mesmo sentido e ainda afirmou que em 1940, quando o Código Penal foi publicado não havia como prever o aborto de anencéfalos como excludente de ilicitude por falta de tecnologia, mas hoje tal excludente estaria na lei sem dúvidas. Ainda reafirmou a necessidade de o Estado não intervir nas relações privadas ao ponto de ofender o direito à liberdade, à privacidade e à autonomia reprodutiva.

4.2. ADPF 54 – VOTOS

Neste tópico, serão apresentados breves resumos dos votos dos Ministros participantes da decisão da ADPF 54. Entretanto, a questão principal relativa à utilização ou não da técnica da ponderação de princípios fundamentais em cada um dos votos será realizada no próximo capítulo, por se tratar do ponto central desta dissertação.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, votou pela procedência do pedido formulado na inicial²²⁴. Inicialmente ele apresentou alguns dados interessantes: até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina²²⁵ e o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos posicionando-se atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde²²⁶. A importância da apresentação de tais dados está no fato de que fica claro que o STF não pode se furtar a decidir causa com tantos interessados envolvidos.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 28.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 80.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 31.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 31.

O Ministro esclarece que não concorda que a interrupção da gravidez do feto anencéfalo seja aborto eugênico e ainda afirma que o que o STF está analisando é o pedido de interpretação conforme a Constituição e não o pedido de legalização do aborto.

Destaco a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme à Constituição. Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Apesar de alguns autores utilizarem expressões “aborto eugênico ou eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia²²⁷.

Além disso, o Relator não concorda que anencefalia seja deficiência física. Ele afirma que a interrupção da gestação não será aborto, muito menos aborto eugênico, principalmente porque a anencefalia é incompatível com o conceito de vida extrauterina.

Cumpre rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dubio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevivência extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. Na expressão da Dra. Lia Zanotta Machado, “deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia, não”⁵². De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não²²⁸.

O voto do Ministro Luiz Fux, que se manifestou pela procedência do pedido da ADPF 54, começou seu voto lendo um trecho de uma carta que recebera relatando um testemunho da vida real:

Primavera de 1980. Jovens casais aguardam na fila do Hospital São José, Rio de Janeiro, o momento sublime do parto. Ali, sonhos se multiplicam na imaginação das mulheres que estão prestes a dar à luz. A figura do filho amado crescendo, se desenvolvendo e preenchendo a vida daqueles que o esperam é o que certamente ocorre àquelas gestantes. Em contraste, chamava a atenção de todos uma jovem moça, que também aguardava na mesma fila, em copioso pranto, juntamente com o seu marido. A comoção se justificava: no lugar de sonhos cultivados, esta gestante

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 32.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 53.

assistiu durante nove meses ao funeral de seu filho. O pequeno caixão branco por ela encomendado era o símbolo de um ritual tão triste quanto severo com uma mulher que, em verdade, jamais conseguirá ser mãe do filho que gestava²²⁹.

O citado Ministro afirma que o tema em julgamento é muito polêmico e provoca discussões morais intensas, afirma também que os debates sobre o assunto estão apenas começando e por isso a atuação do STF deve ser mínima a fim de não atuar como Poder Legislativo. Informa também que a atuação minimalista é coerente com atuações anteriores daquele Tribunal.

Há, como se percebe - até pelas manifestações dos jornais, pelas manifestações aqui, diante do Supremo Tribunal Federal - um dissenso moral razoável sobre a matéria. Há os que são contra e há os que são a favor. O eminente advogado destacou que respeita com profundidade aqueles que trazem ínsita essa ideologia sincera. Mas, com relação a nós magistrados, a existência desse dissenso moral significativo nos impõe, assim como já adotamos em outros hard cases (como a Marcha da Maconha e a legitimação da união homoafetiva), uma postura minimalista do Poder Judiciário, adstrita à questão da criminalização do aborto de feto anencefálico.

Seria, no meu modo de ver, extremamente prematuro que o Supremo Tribunal Federal buscasse solucionar, como se legislador fosse, todas as premissas de um intenso debate que apenas se inicia na nossa sociedade, fruto do pluralismo que lhe caracteriza. Aliás, fazendo justiça mais uma vez, o Ministro Marco Aurélio, no seu exauriente voto, citou casos de conjuração de qualquer pensamento de eugenia ou de aborto eugênico, mencionando inúmeras doenças gravíssimas que poderiam levar a uma estratégia de seletividade pessoal do ser humano. Então, este caso é um caso típico em que se exige do Judiciário uma "passividade virtuosa", na célebre expressão de Alexander Bickel no famoso estudo *The Least Dangerous Branch* e, também, na expressão utilizada por Cass Susteain sobre o minimalismo na Suprema Corte Americana²³⁰.

Destaca durante o voto a importância da interpretação evolutiva, ou seja, da evolução da interpretação do Direito conforme a mudança da sociedade. No caso analisado, ele afirma que se houvesse técnica disponível para a detecção da anomalia à época da edição do Código Penal, seguramente os legisladores teriam colocado expressamente no texto legal a permissão para a interrupção da gravidez do feto anencefálico, como não foi previsto, ao intérprete cabe fazê-lo.

A necessidade de interpretação evolutiva, então, se revela patente na medida em que - e aqui um dado novo de expressão importância - o anteprojeto do novo Código Penal inclui mais uma hipótese de aborto permitido no art. 127, III: quando há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de um nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável. A lacuna normativa atual não deve conduzir à incriminação da conduta, sendo o caso de recurso à equidade integrativa, de que tratou Aristóteles na sua *Ética* a Nicômaco, para permitir o

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto Ministro Luiz Fux, p. 02.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto Ministro Luiz Fux, p. 05.

preenchimento da omissão legislativa com aquilo que teria dito o legislador se tivesse conhecido os dados aterradorizantes da gestação de feto anencefálico. Causa espécie ainda o fato de o legislador, como aqui foi destacado em todos os votos, ter previsto no art. 128, II - isso é a maior antinomia diante deste caso concreto - do atual Código a permissão do aborto sentimental: hipótese de estado e necessidade esculpante de caso de estupro no qual se admite a supressão da vida de um feto sadio. E aqui estamos falando de um feto que não tem condições potenciais de vida! E a justificativa penal atual é a forma de tutelar a saúde psíquica da mulher. Portanto, caso o diagnóstico de anencefalia durante a gestação fosse possível à época do Código Penal de 1940, teria, sem dúvida alguma, o legislador previsto também essa hipótese de permissão de antecipação terapêutica do parto, ou, afastando o eufemismo, o aborto, sob pena de incidir em grave desproporcionalidade.²³¹

O Ministro não considerou que as técnicas da medicina descritas pelos médicos em audiência pública já existem há alguns anos e mesmo assim o Poder Legislativo brasileiro optou por não alterar a legislação para permitir o aborto de fetos anencefálicos. Inclusive os projetos de lei que realizaram tal tentativa de alteração legislativa, que foram os PL nº 4403/2004 e PL nº 50/2011, já mencionados anteriormente, não lograram êxito e até hoje o aborto do feto anencefálico não é permitido expressamente na lei.

Afirma também que a proibição do aborto sob pena de cometimento de crime e posterior penalização não surte efeito, uma vez que há inúmeros casos de mulheres que praticam abortos sem os devidos preparos técnicos e depois recorrem ao sistema de saúde para amenizar os estragos.

Aqui, o próprio Ministro Marco Aurélio e as audiências públicas comprovaram que a não aceitação do aborto de feto anencefálico e a ameaça penal não têm a menor eficácia. Há dados aterradorizantes sobre a morte de mulheres que fazem o aborto de maneira insipiente e depois são obrigadas a percorrer a via crucis nos hospitais públicos; não só dos hospitais públicos, pois também comparecem aos hospitais de elite²³².

Lembra ainda que o aborto é questão de saúde pública e não de Direito Penal e as gestantes que mais sofrem são as que pertencem à classe social menos abastada porque as ricas praticam o aborto mesmo sem a devida permissão legal²³³.

Revela-se inequívoco, assim, que a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos é matéria de saúde pública, que aflige, em sua maioria, as mulheres - como disse o Ministro Marco Aurélio - que compõem a parcela menos abastada da população. A questão deve ser tratada como uma política de assistência social eficiente, que dê à gestante todo o apoio necessário em uma situação tão lastimável, e não uma repressão criminal, uma repressão penal destituída de qualquer fundamento razoável²³⁴.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto Ministro Luiz Fux, p. 13.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto Ministro Luiz Fux, p. 14.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto Ministro Luiz Fux, p. 16-17.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto Ministro Luiz Fux, p. 17.

A Ministra Carmen Lúcia optou pela procedência da ADPF 54 e, inicialmente, procedeu a uma breve análise do aumento de importância do Poder Judiciário no Brasil. Em tal análise ela afirma que vem ocorrendo, nos últimos anos, a judicialização da política e das relações sociais, ou seja, o Poder Judiciário vem sendo demandado cada dia mais para se manifestar sobre os mais diversos assuntos que antes não eram típicos de sua atuação.

No cumprimento das normas dispostas na Constituição da República, o Professor Daniel Sarmento destaca o crescimento da importância do Poder Judiciário "nos últimos anos e hoje se assiste no Brasil a uma verdadeira judicialização da política e das relações sociais. Por um lado, a Justiça passou a ocupar-se dos grandes conflitos políticos e morais que dividem a Nação, atuando muitas vezes como árbitro final, e decidindo questões tormentosas e delicadas, que vão dos direitos das minorias no processo legislativo até os debates sobre aborto e pesquisa em células-tronco. Por outro, ela foi descoberta pelo cidadão brasileiro mais humilde, que, apesar dos problemas ainda persistentes do acesso à prestação jurisdicional, tem passado a procurá-la com uma frequência cada vez maior para resolver aos seus problemas cotidianos. Assim, de instituição quase desimportante em regimes constitucionais pretéritos, o Poder Judiciário converteu-se numa espécie de 'guardião das promessas' de direitos humanos e justiça material, proclamadas na Constituição e em outros textos legais" (O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 89)²³⁵.

Ressalta no decorrer de seu discurso que o papel do médico deve ser o mais ético possível considerando o desejo do paciente, a liberdade de prescrição medicamentosa limitada pelo uso exclusivo de drogas ou procedimentos comprovados cientificamente, a realização de um balanço entre vantagens e desvantagens para o paciente e o estudo de risco antes da prescrição de qualquer tratamento. Sempre lembrando que o consentimento do paciente é a base de qualquer contrato médico²³⁶.

A Ministra destaca que a obrigatoriedade da manutenção de uma gravidez que restará infrutífera é equivalente à tortura física, psicológica e moral que não se enquadra no perfil de Estado laico e plural como o brasileiro²³⁷. Cita o caso de uma carta que recebeu de uma mulher que foi obrigada a concluir uma gestação de feto anencéfalo que afirmou que permaneceu em casa por cinco meses após receber o diagnóstico.

A mulher que não pode interromper essa gravidez tem o medo do que vai acontecer, o medo de que lhe pode ser acometido, o medo físico, o medo psíquico e o medo, ainda, de vir a ser punida penalmente por uma conduta que ela venha a adotar. Nada fragiliza mais o ser humano do que, primeiro, o medo, a meu ver, e, depois, a vergonha, pela que ela sempre passa. Também numa das cartas recebidas, uma

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 03.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 06-07.

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 11-13.

mulher conta que ela, durante os cinco meses de gravidez, depois de ter descoberto a anencefalia do seu feto, não saía mais porque em toda fila, de banco, de mercado, perguntavam a ela quando ia nascer, qual era o nome, o que ela pensava para o filho, e que ela não podia responder; portanto, ela passou cinco meses dentro de casa se escondendo por vergonha de não ter escolhas, numa sociedade que se diz democrática, com possibilidade de garantir a liberdade para todos²³⁸.

Ainda menciona o chamado dilema berço-caixão vivido por estas mulheres que sabem que seu filho nascerá morto²³⁹ e afirma que na impossibilidade de curar a anencefalia o Estado deve prover meios de proteger a saúde psíquica da mulher fornecendo condições para a realização do aborto²⁴⁰. Anota que o Direito tornou-se mais difícil depois que as questões bioéticas passaram a ser relevantes para a sociedade e, portanto, para o Direito²⁴¹.

Apresentou também dados de pesquisa realizada pelo Doutor Marcos Valentin Frigério entre Agosto de 1996 e Junho de 1999 no Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo:

49 pares e 3 mulheres desacompanhadas. De um total de 52 gestantes, 41 eram casadas (78,9%), 7 eram solteiras ou enamoradas (13,5%) e 3 eram amasiadas (5,7%). A suspeita do diagnóstico de malformação fetal foi realizada pela Rede Pública de Saúde em 50% dos casos (26 gestantes), pelos seguros-saúde em 34,6% (18 gestantes) e por serviços particulares em 15,4% (8). (...)

Antes da confirmação diagnóstica, 26,9% (n = 14) dos casais estavam indecisos quanto ao destino da gravidez na eventualidade de um resultado positivo para anomalias incompatíveis com a vida, 61,5% (n = 32) deles interromperiam a gestação e 11,6% (n = 6) não a interromperiam. Após os resultados, 69,3% (n = 36) decidiram pela interrupção e 30, 7% (n = 16) pela manutenção da gravidez. Dos 52 casais atendidos, 36 recorreram ao auxílio da Justiça. Em média, a decisão final do juiz foi proferida 8,5 dias após a entrada do pedido de alvará; destes, apenas 4 (11%) foram indeferidos. O Ministério Público emitiu parecer favorável ao alvará em 27 (75%) dos casos e desfavorável em 7 (19,4%). Destes, 3 foram deferidos pelo Juiz. Todos os casos de indeferimento estiverem relacionados a patologias compatíveis com a vida extra-uterina. Em média, os 36 casais que recorreram ao Judiciário esperaram 17,9 dias entre a confirmação do diagnóstico e a emissão da sentença.

Uma vez emitido o alvará, as gestantes esperaram, em média, 2,1 dias para a internação²⁴².

Por causa da ausência de norma, a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo) e o Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo criaram um protocolo de atendimento a médicos e advogados que viessem a procurar o serviço com fins de esclarecimento de dúvidas sobre o procedimento de como ingressar em juízo com pedido

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho da antecipação do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 05.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 12.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 13.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 16.

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 25-26.

de autorização para a prática do aborto de feto anencefálico. Em resumo, deviam-se observar os seguintes pontos:

- O pedido do alvará, de preferência redigido por um advogado, deverá ser encaminhado a uma vara Criminal;
- Uma declaração da gestante/cônjuge deve esclarecer que houve a compreensão do diagnóstico firmado e que o desejo é interromper a gestação;
- Pareceres médicos devem ser elaborados por três médicos de equipes distintas. Também deve constar a descrição das anomalias encontradas (de maneira mais explícita possível), os exames realizados para se estabelecer o diagnóstico e o apoio da equipe médica à decisão da gestante/casal;
- Parecer psicológico ou psiquiátrico. Nos casos pertinentes, deve constar que a continuidade da gestação pode gerar impacto emocional negativo, abalando a estabilidade do casal;
- Bibliografia acerca da patologia fetal deve ser anexada, especialmente em patologias raras;
- Três ou mais sentenças judiciais que já contemplaram a interrupção de gestações devem ser anexadas²⁴³.

Para a Ministra não haveria aborto de feto anencéfalo por ausência de tipicidade uma vez que não existiria sujeito passivo já o portador daquela anomalia seria um morto cerebral, portanto, o crime seria impossível pela ausência de vida cerebral²⁴⁴.

No decorrer do voto a Ministra ainda destacou a importância da laicidade do Estado democrático de Direito para garantir a melhor aplicação dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Sem a influência de religiões o Estado pode concretizar tais direitos sem a influência de dogmas religiosos previamente estabelecidos. Sem contar que a laicidade também se relaciona com a liberdade de escolha, ao ser laico o Estado permite à gestante escolher entre dar à luz ou não ao feto anencefálico sem impor nenhum comportamento baseado em instruções religiosas. Dessa forma, afirma a Ministra, citando trabalho de Flávia Piovesan:

“... o Estado laico é garantia essencial para o exercício dos direitos humanos, especialmente nos campos da sexualidade e reprodução. Confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabiliza qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática. A ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos tem o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não tem o direito a pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico. No Estado laico, marcado pela separação entre Estado e religião, todas as religiões merecem igual consideração e profundo respeito, inexistindo, contudo, qualquer religião oficial, que se transforme na única concepção estatal, a abolir a dinâmica de uma sociedade aberta, livre, diversa e plural. Há o dever do Estado em garantir as condições de igual liberdade

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 29-30.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 36.

religiosa e moral, em um contexto desafiador em que, se, de um lado, o Estado contemporâneo busca adentrar os domínios do Estado (ex: bancadas religiosas no Legislativo). Destacam-se, aqui, duas estratégias: a) reforçar o princípio da laicidade estatal, com ênfase à Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação com base em Intolerância Religiosa; e b) fortalecer leituras e interpretações progressistas no campo religioso, de modo a respeitar os direitos humanos" (Direitos Humanos (coord). Curitiba: Juruá editora, 2007, p. 24-25)²⁴⁵.

A Ministra Rosa Weber inicia seu voto destacando a delicadeza do tema e a dificuldade em se tomar uma decisão sobre um tema que envolve religião, moral, filosofia, ciência, cultura e as visões antagônicas e defesas apaixonadas de uma sociedade plural²⁴⁶.

O tema é de uma delicadeza ímpar. E o é porque perpassa pelas nossas convicções e crenças - ou descrenças - mais profundas, e nos remete de alguma forma à questão básica existencial que nos angustia e acompanha neste voo no tempo que somos desde que nascemos (Menotti del Picchia), efêmeros e precários, poeira das estrelas, na imagem do físico e astrônomo brasileiro Marcelo Gleiser²⁴⁷.

O tema foi abordado sob três aspectos: (i) atipicidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia, quanto ao crime de aborto; (ii) vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude; e (iii) ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico. Neste capítulo serão abordados os dois primeiros tópicos e no próximo a ponderação será analisada mais profundamente.

Ao abortar o tema da atipicidade da antecipação terapêutica do parto, a Ministra ressalta que a decisão deve se basear em critérios jurídicos e não em critérios médicos. O simples fato de a Medicina, em um dado momento, considerar determinadas características necessárias e suficientes para a existência de vida não deve determinar a proteção jurídica ou não para o feto anencefálico. Para a julgadora, ao decidir, o conceito de vida deve levar em conta critérios legais. Isso porque nem a ciência teria o controle total de seus conceitos e, por isso, não poderia ter a pretensão de estabelecer verdades que vinculem outras áreas do conhecimento, como o Direito²⁴⁸.

Entretanto, ela deixa claro que o Direito pode ou até mesmo deve se valer de outros ramos do conhecimento ou da regulação da ação (da ciência e da ética de maneira geral) para a tomada de decisões. O que a Ministra quis dizer é que tais ramos do conhecimento não podem

²⁴⁵ PIOVESAN, Flávia *apud* LÚCIA, Carmen. BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Relator Ministro Marco Aurélio. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 52.

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 04-05.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 04.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 06.

vincular o Direito, devem apenas auxiliar a compreensão dos limites daquilo que se pretende regular e na aplicação dos conceitos de forma coerente com seus próprios pressupostos²⁴⁹.

Neste sentido conceito de vida para o Direito não envolveria apenas o simples funcionamento orgânico, mas também a possibilidade psíquica que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social²⁵⁰.

Funções orgânicas e atos reflexos não interessam ao Direito como objeto de proteção daquilo que se designa por vida na linguagem jurídica. Isso não quer dizer que o organismo em funcionamento não possa ser objeto de proteção, seja para um fim utilitário (o transplante de órgãos), seja como respeito à família e à sociedade, no sentido de preservação dos sentimentos familiares sobre a memória e a integridade do corpo do ente querido ou a segurança jurídica para a sociedade de que a percepção sobre a morte será respeitada e o corpo permanecerá protegido como forma de respeito aos mortos (o que se dá com a proibição do vilipêndio a cadáver, por exemplo). Mas essa proteção não é de forma alguma absoluta. Por exemplo, a família pode doar o corpo para um laboratório de anatomia²⁵¹.

Prova disso é que embriões humanos podem ser manipulados. Para nosso ordenamento jurídico, apenas a formação de material genético não tem o condão de fornecer proteção jurídica como se vida fosse. Como diz Rosa Weber: *se o embrião pode ser considerado biologicamente vivo é outro caso. Para o Direito ele simplesmente não o é*²⁵².

O conceito de vida para nosso Direito está relacionado às ideias de dignidade, viabilidade de desenvolvimento e presença de características mentais de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade e não apenas atos reflexos e atividade referente ao desenvolvimento unicamente biológico²⁵³. E por isso a anencefalia não caberia no conceito de vida e, por consequência, a interrupção da gravidez do feto anencefálico não poderia ser enquadrada no crime de aborto, uma vez que o referido crime pressupõe a interrupção de uma vida em desenvolvimento. O que leva à conclusão de que a interrupção da gestação de feto portador de anencefalia seria fato atípico²⁵⁴.

Abordando a segunda parte do voto da Ministra Rosa Weber, a vontade do legislador na ausência da anencefalia como causa excludente de ilicitude, o voto é iniciado enfatizando que deve ser preservada a vontade do legislador²⁵⁵, entretanto ela não é critério seguro para a

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 16.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 20.

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 20.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 22.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 23.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 23-24.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 25.

hermenêutica jurídica, embora possa servir de orientação para os julgadores, desde que conjugada com outros métodos²⁵⁶.

A Ministra analisa que é difícil identificar a vontade do legislador na atual configuração dos parlamentos modernos uma vez que eles funcionam com base na construção de acordos, participação e preservação de maiorias e minorias, lideranças partidárias, liderança de governo e de oposição e *lobby*²⁵⁷.

Além disso, por vezes, trabalha-se com leis muito antigas em que a vontade do legislador não se coaduna mais com as necessidades atuais da sociedade. É o caso ora estudado em que o Código Penal é anterior ao surgimento das novas técnicas de ultrassonografia²⁵⁸.

Apesar de mencionar a importância da vontade do legislador, a Ministra não esquece os ensinamentos de Kelsen e lembra que acima de tal vontade está a Constituição Federal de 1988 que é o fundamento de validade de todas as normas e que não é posta e sim pressuposta a todas elas.

Contudo, no caso dos autos o argumento da vontade do legislador não pode ser simplesmente ignorado, ainda que sabidamente a interpretação histórica, pelo caráter subjetivo e pelo influxo da passagem do tempo autorizador da reeleitura dos enunciados normativos (basta lembrar o fenômeno das mutações constitucionais), não se revista de maior relevo e esteja em jogo preceito muito anterior à Constituição de 1988, fundamento de validade de todas as normas integrantes do ordenamento jurídico em vigor (Kelsen)²⁵⁹.

Com isso a Ministra concluiu que a legislação infraconstitucional deve ser interpretada à luz da Constituição Federal e não à luz da vontade de legisladores, uma vez que o modelo seguido atualmente é o da supremacia constitucional e do controle de constitucionalidade por meio da jurisdição constitucional²⁶⁰.

O último aspecto do voto de Rosa Weber será analisado no próximo capítulo por referir-se especificamente à técnica da ponderação.

O Ministro Joaquim Barbosa dividiu seu voto em dois aspectos: primeiro em relação à liberdade individual, da qual a autodeterminação da gestante é manifestação²⁶¹ depois em relação ao possível cometimento do crime de aborto no caso do feto anencefálico²⁶².

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 35.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 34.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 35.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 25.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 33.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 01.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 04.

Quanto à liberdade individual, o Ministro ressalta que o que está se discutindo na ADPF não é a ampla possibilidade de interromper a gestação e sim a possibilidade de interromper a gestação fadada ao fracasso²⁶³. Ele entende não ser razoável permitir o aborto em caso de estupro e obrigar a manutenção de uma gestação de feto com anomalia grave e incompatível com a vida uterina²⁶⁴. Neste caso, respeitar a escolha da gestante em prosseguir ou não com a gravidez é respeitar o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher.

Seria um contrassenso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica. Há, na verdade, a legítima pretensão da mulher em ver respeitada sua vontade de dar prosseguimento à gestação ou de interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher²⁶⁵.

Em relação ao segundo aspecto, possível cometimento do crime de aborto, inicialmente o Ministro destacou que não se pode reservar o mesmo grau de proteção para um feto que não terá vida extrauterina e para uma mãe, ser completo e complexo. Verifica-se esta afirmação, inclusive, em nossa legislação penal que não prevê a mesma penalidade para os crimes de aborto, infanticídio e homicídio²⁶⁶.

O Ministro entende que não há crime de aborto porque apesar de biologicamente vivo o feto anencefálico está juridicamente morto²⁶⁷ o que levaria à atipicidade da antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencefálicos²⁶⁸.

Por fim, Joaquim Barbosa fala de aborto eugênico e da lacuna de nosso Código Penal a respeito do assunto. Afirma ele que os estudos de medicina fetal e terapia neonatal datam da década de 50 e que a sofisticação tecnológica começou há pouco mais de dez anos, e, como nosso Código é de 1940, realmente o assunto não seria abordado pelos legisladores. Tais informações justificam a interpretação conforme, ora realizada pelo STF.

O Ministro Ayres Britto, por sua vez, afirmou que as normas que tratam do aborto exprimem um querer legislativo que se afigura em um ato do poder público:

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 01.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 03-04.

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 04.

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 04-05.

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 05.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 06.

- (a) de base polissêmica ou significativamente plural;
- (b) teoricamente apto a fundamentar decisões judiciais contrárias à defesa dos valores constitucionais que a autora teve em mira preservar;
- (c) regulador de matéria – essa matéria da anencefalia fetal – permanentemente aberta aos mais acirrados conflitos de opinião; conflitos tanto jurídico-penais e constitucionais quanto filosóficos e religiosos, além de médicos, evidentemente. De modo a deflagrar a incidência do inciso I do parágrafo único da Lei nº 9.829/1999, assim redigido:
 “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição”²⁶⁹.

Apesar de mencionar estes três aspectos do ato do poder público, o Ministro analisou apenas o primeiro, em que ressalta que os dispositivos penais analisados na ADPF 54 são polissêmicos e plurais, os quais os conteúdos semânticos ultrapassam o discurso legal²⁷⁰. Afirmar ele que, neste sentido, existem três significados defensáveis dos textos normativos em causa²⁷¹, os quais envolvem a definição de aborto²⁷².

A primeira interpretação dos dispositivos legais destacados é a de que a antecipação terapêutica do feto anencéfalo seria crime. Se o aborto é *expulsão provocada ou consentida do produto da concepção, com o propósito de obstar, de impedir que ele venha ter qualquer possibilidade de vida extrauterina*²⁷³ bastaria o ato de interromper a gestação para que o crime se encontrasse consumado e a pena passasse a incidir²⁷⁴. Sob o manto desta interpretação o Ministro afirma que a lei penal proíbe a interrupção intencional do fruto da concepção. Ele ainda destaca que não há definição, nem na lei penal e nem na Constituição Federal do momento em que se dá o início da vida.

Eu mesmo tive a oportunidade de enfatizar, quando da primeira oportunidade em que discutimos o tema: sobre o início da vida, a Constituição é de um silêncio de morte; ou seja, nada diz. E, nos anais da Assembleia Nacional Constituinte, houve uma proposta de definir o início da vida na Constituição, mas foi rejeitada. Então, a Constituição não diz quando se inicia a vida. É claro que toda a vida humana começa com a fecundação de um óvulo para a formação do que se tem chamado de zigoto, que é o embrião dos primeiros cinco dias para alguns, dos primeiros quatorze dias para outros. Não há vida humana que não se inicie por essa fecundação, pela irrupção do zigoto como resultado da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Mas não é possível confundir embrião de vida humana com vida humana embrionária. O zigoto ainda não é uma vida humana embrionária, é apenas um embrião de vida humana, pois somente se torna vida humana embrionária depois de passar por uma metamorfose, e essa metamorfose constitutiva da vida humana não se dá fora do útero, porque o embrião, cientificamente, não é autoconstitutivo. A constitutividade vital do embrião está nessa entidade mágica

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, p. 03.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, p. 03.

²⁷¹ Artigos 124, 126 *caput* e 128, inciso II do Código Penal.

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, p. 03-04.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, p. 04.

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, p. 04-05.

chamada útero. É nesse ponto que a mulher se assemelha, para quem acredita em Deus, ao próprio Deus, porque somente ela pode gerar dentro de si uma criatura verdadeiramente humana. Ela, enquanto criadora, e o produto da concepção, depois de uma certa metamorfose, como criatura igualmente humana²⁷⁵.

A segunda interpretação indica que inexistente o crime de aborto em situações de voluntária interrupção de uma gravidez que tenha por objeto um “natimorto cerebral”²⁷⁶. Ou seja, não haverá o crime de aborto se o produto da concepção não se transformar em um ser *incontornavelmente empacado ou sem nenhuma possibilidade de sobreviver por lhe faltar as características todas da espécie humana*²⁷⁷.

O raciocínio, segundo ele, é simples: a criminalização do aborto objetiva a proteção da vida do ser humano em potencial, se não houver vida em potencial não há o que ser protegido e, portanto, não haverá o crime de aborto. Neste caso a palavra aborto seria usada apenas em seu sentido coloquial e não no sentido penal que a legislação lhe fornece.

Equivale a dizer: o desfazimento da gravidez anencéfala só é aborto em linguagem simplesmente coloquial, assim usada como representação de um fato situado no mundo do ser – kelsenianamente falando. Não é aborto, contudo, em linguagem depuradamente jurídica – também ressaltou a Ministra Rosa Weber –, por não corresponder a um fato alojado no mundo do dever-ser em que o Direito consiste²⁷⁸.

Chega-se, então, à terceira interpretação possível dos dispositivos legais em discussão. Trata-se do pedido alternativo elaborado na ADPF 54 consistente em se levar em conta o estado psíquico da gestante. Ora, se o aborto é autorizado no caso de estupro objetivando proteger o estado mental da gestante, com igual razão ele deveria ser permitido no caso de feto anencefálico, uma vez que, aguardar o resultado morte certa para um filho é a pior dor que uma mãe pode sofrer.

O Ministro ainda destaca que uma sociedade deve valorizar os direitos da mulher e *que "o grau de civilização de uma sociedade se mede pelo grau de liberdade da mulher. Sentença oracular de Charles Fourier"*²⁷⁹.

Foi nesse momento que, na penúltima assentada, eu pude dizer que se os homens engravidassem, a autorização, a qualquer tempo, para a interrupção da gravidez anencéfala já seria lícita desde sempre. E, aqui, o que se pede – não me custa lembrar – é o reconhecimento que tem a mulher gestante de um organismo ou de um feto anencéfalo, o direito que ela tem de escolher, de optar. Ela não está sendo forçada absolutamente a nada. O que se respeita é a autonomia de uma mulher, que

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, p. 05-06.

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, p. 06.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, p. 06.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, p. 07.

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, p. 11.

além de mulher, é gestante; e que não suporta, se opta pela interrupção da gravidez, a dilacerante dor de ver o produto da sua concepção involucrada numa mortalha²⁸⁰.

Por fim, o Ministro ainda ressalta que o STF não pretende obrigar a gestante do feto anencefálico a interromper a gestação, o que se pretende é dar opção para aquelas mulheres que o quiserem fazer²⁸¹.

O voto do Ministro Gilmar Mendes inicia-se com o destaque para a laicidade do Estado e a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (este último conceito tomado de Peter Häberle). Sobre este tópico foi lembrado que as organizações religiosas podem, e devem, fazer parte dos debates públicos. Entretanto, há que se converter as razões religiosas em razões públicas quando da tomada de decisões no âmbito do direito público por conta da laicidade estatal.

Nesse contexto, é importante refutar a compreensão de que o Estado laico previsto na CF/1988 impede a manifestação e a participação de organizações religiosas nos debates públicos. Os argumentos de entidades e organizações religiosas podem e devem ser considerados pelo Estado, pela Administração, pelo Legislativo e pelo Judiciário, porque também se relacionam a razões públicas e não somente a razões religiosas²⁸².

O Ministro ainda ressalta a importância de ouvir diversas opiniões sobre o mesmo assunto e afirma que a participação da sociedade e dos “amigos da corte” melhora a qualidade da prestação jurisdicional e amplia a legitimidade das decisões do STF²⁸³.

O segundo tópico levantado por Gilmar Mendes trata de considerações a respeito do tratamento do aborto no direito comparado, assunto que já foi amplamente discutido anteriormente neste estudo apresentando, inclusive, dados fornecidos pelo próprio Ministro.

O terceiro assunto constante do voto, ora estudado, é um breve estudo sobre anencefalia em que o Ministro limitou-se a destacar cinco pontos sobre a anomalia fetal: diferenciou morte encefálica de anencefalia, período de gestação em que a medicina é capaz de proceder ao diagnóstico, grau de certeza do mesmo, risco para a saúde da gestante e, por fim, o prazo exíguo e a certeza do óbito fetal. Como o assunto já foi abordado anteriormente, passaremos ao próximo tópico do voto.

O quarto ponto analisado trata do aborto dos fetos anencéfalos segundo o direito brasileiro. Para Gilmar Mendes não seria aceitável a tese da inicial no aspecto em que seria

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, p. 11.

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, p. 12.

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 01.

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 05.

possível enquadrar o aborto do feto anencefálico como fato atípico. O que foi defendido pelos autores seria a atipicidade por conta da ausência de vida em potencial do referido feto. Não havendo perspectiva de vida extrauterina, não haveria o crime²⁸⁴. O Ministro não aceita esta tese porque o ordenamento jurídico brasileiro garante e protege os direitos dos nascituros, os quais que ele considera serem aplicáveis ao feto anencéfalo por conta da possibilidade de seu nascimento com vida²⁸⁵. Não foi aceita também a tese de que deveriam ser ponderados os direitos da gestante em face dos direitos do feto. O Ministro também não concordou com a argumentação de que o aborto seria problema de saúde pública²⁸⁶.

Entretanto, a decisão do magistrado foi por concordar com o pedido da inicial por conta da interpretação evolutiva do direito penal. Segundo sua argumentação, ao existirem duas hipóteses de aborto permitido no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador infraconstitucional teria conferido um norte interpretativo para os intérpretes atuais²⁸⁷ que deveriam enxergar a questão da seguinte forma: a primeira excludente de ilicitude é a do aborto necessário ou terapêutico, realizado em estado de necessidade, com o objetivo de salvar a vida da mãe. A segunda é a que ocorre em caso de estupro, chamado de aborto sentimental, humanitário ou ético, o qual objetiva a saúde psíquica da mulher. O que o Ministro defende é que seria possível enquadrar o aborto de feto anencéfalo em uma categoria intermediária a essas duas excludentes. A gestação de tal feto, a princípio, gera riscos para a gestante, mas não um risco de morte imediato, portanto não se enquadraria perfeitamente no aborto necessário. Por outro lado, o aborto sentimental visa à proteção da saúde psíquica da mulher que sofreu uma grave violência. Pelo lado psicológico, a autorização da interrupção da gestação do feto anencefálico colaboraria para a restauração da saúde psíquica da mulher. Tal forma de interpretar seria a mais adequada para os dias atuais e não seria, sequer, imaginada quando da elaboração do Código Penal por conta da falta de tecnologia da época.

A gestação do feto anencéfalo, consoante inúmeras informações colhidas na instrução do processo, inequivocamente, traz riscos adicionais à mulher. Por certo que, pelo menos na maioria das vezes, esses riscos não atingem a gravidade requerida pelo inciso I do art. 128 do Código Penal, mas são consideráveis.

Entrementes, o aborto do feto anencéfalo tem por objetivo precípua zelar pela saúde psíquica da gestante, uma vez que, desde o diagnóstico da anomalia (que pode ocorrer a partir do terceiro mês de gestação) até o parto, a mulher conviverá com o sofrimento de carregar consigo um feto que não conseguirá sobreviver, segundo a medicina afirma com elevadíssimo grau de certeza. Essa hipótese assemelha-se, em sua estrutura lógico-funcional, ao aborto de feto resultante de estupro, em que a

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 17.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 18.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 19.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 21.

principal intenção da norma é também a proteção da saúde psíquica da gestante, com a relevante distinção de que, neste último caso, permite-se a prática do aborto ainda que o feto seja saudável.

A interpretação evolutiva sugerida pela inicial, destarte, demanda exegese construtiva do Tribunal, ante o surgimento de novo contexto fático-jurídico, bastante distinto daquele em que se deu a edição da parte especial do Código Penal brasileiro²⁸⁸.

O último ponto levantado pelo Ministro foi sobre a necessidade da decisão ter efeitos aditivos. A ADPF 54, segundo o Ministro, deverá ser uma decisão interpretativa (ou manipulativa) com efeitos aditivos, ou seja, o STF deveria realizar a interpretação dos dispositivos legais frente a dispositivos constitucionais e, com isso, adicionar uma nova hipótese de excludente de ilicitude, atuando como verdadeiro legislador positivo.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de ilicitude – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto. Isso quer dizer que, pelo menos segundo o meu voto, está rechaçado o argumento da autora, de atipicidade do fato.

Acolho a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto.

Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional (grifos do autor)²⁸⁹.

Para concluir, Gilmar Mendes afirmou que o referido procedimento é correto e semelhante ao que ocorre nas cortes europeias, mas que não se pode pensar tal atuação deve ser ilimitada ou, até mesmo, impeditiva do surgimento de legislação específica sobre o assunto²⁹⁰.

Passou-se posteriormente ao voto do Ministro Celso de Mello que, de início, destacou a importância do tema em análise pelo STF. Afirmou que um número elevado de mulheres se beneficiaria da decisão por poder escolher entre manter ou não a gestação do feto portador de anencefalia sem serem alcançadas pelo Direito Penal²⁹¹.

O Ministro apontou os avanços no tocante aos direitos das mulheres²⁹² e citou importantes documentos que colaboraram para tal avanço como a Declaração e Programa de Ação de

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 21-22.

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 32.

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Gilmar Mendes, p. 36.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 02.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 06.

Viena, adotada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos promovida pela Organização das Nações Unidas (1993)²⁹³ e a Declaração de Pequim, adotada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada na capital da República Popular da China (1995)²⁹⁴.

Em seguida o Ministro enfrentou outros aspectos centrais da ADPF 54: direito à vida e dignidade da pessoa humana. Em relação ao primeiro, o julgador afirmou ser o núcleo fundante e eticamente legitimador dos ordenamentos estatais²⁹⁵. Já o segundo, dignidade da pessoa humana, foi considerado o vetor interpretativo que deveria inspirar todo o ordenamento²⁹⁶ e que foi reconhecida em declarações e pactos internacionais como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais²⁹⁷.

Ainda foi abordada a questão do conteúdo da laicidade estatal que *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*²⁹⁸. A liberdade religiosa é composta de liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa, tudo isso reflete a questão do pluralismo em nosso ordenamento²⁹⁹. Pôde-se, com isso, concluir que a liberdade religiosa deve conviver com a laicidade estatal, o que significa que é vedado ao Estado interferir na escolha religiosa do cidadão e é vedado o exercício do poder Estatal com interferências religiosas³⁰⁰.

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 religiosas³⁰¹.

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 08.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 09.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 14.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 15.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 18.

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 21.

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 21-22.

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 22.

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 26.

Portanto, o Ministro afirma que a questão deve ser decidida com base na Constituição, nos tratados e convenções internacionais e nas leis da República³⁰².

Passando para o próximo tópico foi abordada a questão do início da vida, foram apresentadas algumas teses científicas sobre o assunto (genética, embriológica, neurológica, ecológica e gradualista³⁰³ que não serão abordadas profundamente por não serem objeto principal deste estudo), entretanto o Ministro afirmou que o intérprete deve optar pela tese que melhor atenda ao interesse público e que respeite os direitos fundamentais³⁰⁴. Vale lembrar que o assunto também é polêmico na filosofia e na religião.

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

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 26.

³⁰³ Teses científicas sobre o início da vida apresentadas pelo Ministro Celso de Mello em seu voto na ADPF 54:

Tese	Marco inicial	Fundamentos biológicos
Genética	Fertilização - encontro do óvulo com o espermatozoide.	Com a fecundação, há a formação de estrutura celular com código genético único.
Embriológica	14º dia - completa-se a nidação (fixação do embrião na parede do útero) e a formação da linha primitiva (estrutura que dará origem à coluna vertebral).	O embrião configura-se como estrutura propriamente individual: 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.
Neurológica	8ª semana – aparecimento das primeiras estruturas que darão origem ao sistema nervoso central (SNC). 20ª semana – completa a formação do SNC ‘ <i>per se</i> ’.	Baseada no mesmo argumento da morte cerebral: 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.
Ecológica	Entre a 20ª e a 24ª semanas – completa a formação dos pulmões, última estrutura vital a ficar pronta.	Principal fundamentação da decisão da Suprema Corte norte-americana autorizando o aborto, refere-se à capacidade potencial do feto de sobreviver autonomamente fora do útero.
Gradualista	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.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 28-30.

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 37.

reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida, o direito à saúde e o direito à liberdade³⁰⁵.

Nosso texto constitucional defende o direito à vida, mas não define quando ela se inicia e quando ela se encerra. Pode-se concluir que vida e morte são conceitos indeterminados e que a legislação brasileira já conseguiu definir quando se encerra a vida, que é o momento da morte encefálica (artigo 3º, “caput” da lei 9.434/97)³⁰⁶, mas ainda não se pronunciou sobre seu princípio. Para o julgador, a atividade cerebral também poderia servir para definir o início da vida, com isso, a interrupção da gravidez de feto anencefálico não violaria o direito à vida uma vez que não estaria nem iniciado o processo de formação do sistema nervoso central³⁰⁷.

Foram citados alguns tratados internacionais e o que dizem em relação ao início da vida. A Convenção Americana de Direitos Humanos diz 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 (...)”. Já a Declaração Americana de Direitos e Deveres da Pessoa Humana, no entanto, promulgada na IX Conferência Internacional dos Estados Americanos, em Bogotá, em 1948, fala apenas sobre o direito à vida sem mencionar o momento da concepção. O mesmo ocorre com o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (1966), em seu Artigo 6º, § 1º³⁰⁸.

Ultrapassada a fundamentação inicial, o Ministro segue para a conclusão de seu voto que foi no sentido de que o STF deveria pronunciar uma sentença de perfil aditivo com o objetivo de evitar a incriminação da mulher que optasse pela interrupção da gestação do feto portador de anencefalia³⁰⁹ por considerar fato atípico e, mesmo que não o fosse, poderia ser enquadrada como causa supralegal de exclusão da culpabilidade traduzindo-se como hipótese caracterizadora de inexigibilidade de conduta diversa³¹⁰.

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 penal³¹¹.

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 36-37.

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 37-38.

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 38.

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 41-42.

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 45.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 46.

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 44.

Por fim, Celso de Mello destaca que o comportamento adotado pelo STF, ao emitir sentenças com perfil aditivo, é fundamental para que a democracia não se torne a ditadura da maioria. Ele ainda afirma que aquele Tribunal seria o defensor das minorias contra eventuais abusos das majorias e que as mulheres estariam entre estas minorias, portanto, seus direitos devem ser protegidos e tutelados pelos Ministros.

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 jurídica³¹².

Quando da pronúncia do voto do Ministro César Peluso, a questão já estava definida, mesmo assim ele mostrou sua clara posição em julgar improcedente a ADPF 54, explicando seus motivos. Inicialmente o Ministro sentiu a necessidade de fazer uma diferenciação entre a ADPF 54 e a ADI 3510 (julgamento sobre o uso de células-tronco embrionárias)³¹³. Em sua opinião, o anencéfalo morre e só o faz porque está vivo, diferentemente do embrião, que não tem vida no rigoroso sentido biológico e jurídico-constitucional da palavra³¹⁴.

A despeito das alegações da autora da ADPF 54, o Ministro não concorda que a autonomia da vontade e liberdade da gestante devem ser levadas em consideração na hora da interpretação da tipificação do crime de aborto³¹⁵.

Daí, mui diversamente do que se aduz na inicial, o aborto provocado de feto anencefálico é conduta vedada, e vedada de modo frontal, pela ordem jurídica. E, a despeito dos esforços retóricos da autora, aparece, por conseguinte, de todo inócuo o apelo para a liberdade e a autonomia pessoais, fundado na pressuposição errônea de inexistência de proibição jurídico-normativa da conduta. Não há como nem por onde cogitar, sem contraste ostensivo com o ordenamento jurídico, de resguardo à autonomia da vontade, quando esta se preordena ao indisfarçável cometimento de um crime. Não se concebe nem entende, em termos técnico-jurídicos, únicos apropriados ao caso, direito subjetivo de escolha, contra legem, de comportamento funestamente danoso à vida ou à incolumidade física alheia e, como tal, tido por criminoso. É coisa abstrusa!³¹⁶

Ele ressalta que a permissão do aborto no caso dos fetos anencefálicos seria uma *odiosa forma de discriminação* equivalente ao racismo, ao sexismo, e do chamado especifismo em

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 48.

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 01.

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 03.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 08.

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 08.

que a superioridade de uns sobre outros seria justificada. Lembra ainda que, mesmo possuindo uma deformidade o feto anencefálico tem vida e deve ser protegido pelo Direito³¹⁷.

Mas o simples e decisivo fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à imprevisível espécie humana garante-lhe, em nossa ordem jurídica, apesar da deficiência ou mutilação - apresentada, para induzir horror e atrair adesão irrefletida à proposta de extermínio, sob as vestes de monstruosidade -, que lhe não rouba a inata dignidade humana, nem o transforma em coisa ou objeto material desvalioso ao juízo do Direito e da Constituição da República³¹⁸.

Dentro deste contexto o julgador tratou da eutanásia e eugenia e demonstra preocupação de que existem traços de ambas no caso ora em julgamento.

Sob o primeiro aspecto destacou que, mesmo se um doente terminal sofrer muito com sua doença não é dado a ele o direito de interromper a própria vida e, para ele, o que se pretende com o aborto de feto anencefálico sob falsos argumentos como liberdade, dignidade, alívio de sofrimento, direito à autodeterminação é a verdadeira eutanásia, não permitida no ordenamento brasileiro³¹⁹.

Já sobre a eugenia, bem apontou que há muito o ser humano abandonou as práticas que levavam ao descarte de crianças recém-nascidas deficientes e de aspecto repulsivo pelo simples fato de serem consideradas ineptas para a vida. O julgador levanta a questão de que a autora da ADPF 54 nega a similitude entre o aborto de anencéfalos e outras deficiências graves, entretanto seria de se pensar a abertura jurídica para que gestantes pleiteiem igual tratamento jurídico para anomalias menos graves, ou porque a gravidez seja indesejada, ou por fatores econômicos, sociais, familiares, etc. a gravidez seja insuportável³²⁰.

A curta potencialidade ou perspectiva de vida em plenitude, com desenvolvimento perfeito segundo os padrões da experiência ordinária, não figura, sob nenhum aspecto, razão válida para obstar-lhe à continuidade. A ausência dessa perfeição ou potência, embora tenda a acarretar a morte nas primeiras semanas, meses ou anos de vida, não é empecilho ético nem jurídico ao curso natural da gestação, pois a dignidade imanente à condição de ser humano não se degrada nem decompõe só porque seu cérebro apresenta formação incompleta. Faz muito, a civilização sepultou a prática ominosa de sacrificar, segregar ou abandonar crianças recém-nascidas deficientes ou de aspecto repulsivo, como as disformes, aleijadas, surdas, albinas ou leprosas, só porque eram consideradas ineptas para a vida e improdutivas do ponto de vista econômico e social³²¹!

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 09.

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 09.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 19.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 20.

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 17.

Portanto, o Direito moderno não teria o poder de “diminuir”, por assim dizer, a dignidade humana do feto anencefálico, permitindo o encerramento de sua vida por meio do aborto. Seus direitos são constitucionalmente garantidos e não poderia a Corte ignorá-los.

A dignidade fundamental da vida humana, como suposto e condição transcendental de todos os valores, não tolera, em suma, barateamento de sua respeitabilidade e tutela jurídico-constitucional, sobretudo debaixo do pretexto de que deformidade orgânica severa, irreversibilidade de moléstia letal ou grave disfunção psíquica possam causar sofrimento ou embaraço a outro ser humano. Independentemente das características que assuma na concreta e singular organização de sua unidade psicossomática, a vida vale por si mesma, mais do que bem humano supremo, como suporte e pressuposição de todos os demais bens materiais e imateriais, e nisto está toda a racionalidade de sua universal proteção jurídica. Tem dignidade, e dignidade plena, qualquer ser humano que esteja vivo (ainda que sofrendo, como o doente terminal, ou potencialmente causando sofrimento a outrem, como o anencefalo). O feto anencefalo tem vida, e, posto que breve, sua vida é constitucionalmente protegida³²².

O Ministro não deixou de citar o caso da menina Marcela, em que acredita ter ocorrido erro de diagnóstico, ressaltando o aspecto de que a medicina não tem ainda técnica precisa para detectar a anomalia e, mesmo que tivesse, não seria justificativa para interrupção da gestação porque a eliminação de tal feto não seria compatível com o Direito³²³.

Ainda foi abordada a questão da submissão da gestante a sofrimento equivalente à tortura. O julgador não nega a imensa dor da mãe que carrega em seu ventre um ser de sobrevivência incerta³²⁴, entretanto ressaltou que não se trata do crime de tortura porque a situação de sofrimento não pode ser legalmente evitada e o sofrimento injusto ocasionado à gestante é promovido pela natureza e não pelo ordenamento jurídico³²⁵.

A primeira fraqueza, que já lhe compromete toda a validade, é a submissão forçada da hipótese de gravidez de anencefalo à definição de tortura apresentada pela autora: afirma ela *sic et simpliciter* que, podendo a situação ser evitada, então há tortura. Mas é evidente que a situação, neste caso, não pode ser **legalmente** evitada. De tortura, escusaria dizê-lo, só se pode cogitar com seriedade, quando algum sofrimento **injusto e intencional** possa ser esquivado de maneira compatível com o ordenamento jurídico. Ora, na hipótese, o método proposto para evitar ou encurtar o sofrimento já esbarra em intransponíveis vedações legais como a do crime de aborto, sem previsão de excludente, e constitucionais, como o chamado direito à vida e a dignidade humana do feto³²⁶.

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 18.

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 27.

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 27.

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 29.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 28-29.

Em relação ao direito à saúde da gestante, o Ministro afirma que para casos de verdadeiro risco à saúde há o aborto terapêutico e que a gestação de anencéfalos traria *mero evento psíquico* de sofrimento para a mãe ou vaga possibilidade de complicações na gravidez, tais situações não justificariam autorizar o aborto do feto anencefálico³²⁷.

Em sua opinião, a via correta sobre a permissão de aborto de anencéfalos seria o Poder Legislativo. Para ele a Corte inovou, criando uma nova forma do crime de aborto.

Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização normativa, mediante atos lícitos de pressão política. Daí, ter concluído, no voto sobre a questão de ordem, que *“essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já as tem outras e gravíssimas, porque o foro adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais possam ser as diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas. É no Congresso Nacional que se deve debater se a chamada ‘antecipação do parto’, neste caso, deve ser, ou não, considerada excludente de ilicitude.”*³²⁸

Por fim, o Ministro afirma que a prática do aborto do feto anencefálico está equivocadamente relacionada na ADPF 54 com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher³²⁹.

Na primeira parte do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, foi elaborado um breve relatório e posteriormente ocorreu a análise da legislação vigente e o pronunciamento de sua decisão. Em contraposição à posição do Relator, o Ministro afirmou que não cabe ao STF decidir sobre a questão de aborto de fetos anencéfalos uma vez que a lei seria clara e não caberiam maiores interpretações. Para ele nossa Suprema Corte criou uma nova figura penal de abortamento e que isso somente poderia ser feito pelo Congresso que optara, até aquele momento, por não fazê-lo.

Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados³³⁰.

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 35-36.

³²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 36-37.

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p. 38.

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 06.

Ainda foi destacado o pronunciamento do Doutor Rodolfo Acatuassú Nunes, Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, proferido em audiência pública, de que existem diversas doenças congênitas letais e não existiria justificativa para somente a anencefalia provocar a antecipação terapêutica do parto.

O Ministro teme que, ao permitir o abortamento do feto anencefálico, abrir-se-ia um precedente para que fetos com problemas, genéticos ou adquiridos, fossem abortados. Alguns questionamentos a este pensamento do Ministro são: até que ponto deve-se decidir um caso pensando nos desdobramentos futuros que ele terá? Pode-se mesmo prever ou controlar esses desdobramentos? Pode-se afirmar que todos os desdobramentos serão negativos? Tais desdobramentos não podem ser controlados individualmente no futuro pela Corte? Discordamos com o pensamento do Ministro neste ponto porque não se pode afirmar com toda segurança que a decisão nesta ADPF abrirá um precedente. Há que se esperar os acontecimentos, e mesmo que se abra o Judiciário não pode se furtar ao enfrentamento das questões que forem surgindo. Ou seja, não se pode negar um direito presente para que não surjam discussões futuras.

Afirmou-se no decorrer do voto que o aborto de anencéfalos seria uma forma de eugenia, uma vez que existem dúvidas sobre o diagnóstico e que a anencefalia deveria se chamar “meroencefalia” já que “mero” significa parte do cérebro³³¹.

A anencefalia é ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, mas certamente não é a única; existem outras: acardia, agenedia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, ostogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15, trissomia do cromossomo 18. São todas afecções congênitas letais, listadas como afecções que exigirão de seus pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte.

Por que foi escolhida a anencefalia para provocar-se a antecipação da morte, ainda no ventre materno, não se esperando o nascimento natural?

Em primeiro lugar, a anencefalia é um termo que induz ao erro. Há uma grande desinformação, que faz prevalecer e difundir a ideia de que a anencefalia significa ausência do encéfalo. Na realidade, anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo. O nome mais correto para anencefalia seria ‘meroencefalia’, já que ‘mero’ significa ‘parte’³³².

Ainda em seu voto Lewandowski apresentou os projetos de lei que estão tramitando no Congresso Nacional, demonstrando que o mesmo não se mantém inerte e que não ocorreram os devidos trâmites para decidir sobre questão tão complexa. Tratam-se do PL nº 4403/2004 e

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 16.

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 10.

do PL nº 50/2011, já mencionados anteriormente. Ou seja, para ele o STF atropelou os trabalhos do Poder Legislativo, exercendo verdadeiro ativismo judicial.

Estes foram, resumidamente, os principais argumentos postos pelos Ministros.

Por se tratar de assunto polêmico a votação da ADPF 54, ocorrida em Brasília, foi tumultuada. Diversos grupos *montaram acampamento* diante do prédio do STF pedindo votos a favor e contra o pedido.

Mesmo com toda a discussão sobre anencefalia, na decisão da ADPF 54 foi acatado o entendimento majoritário da medicina de que não existe vida viável para o feto anencéfalo: *O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura*³³³ até mesmo porque aproximadamente 65% dos fetos anencéfalos morrem ainda no período intrauterino³³⁴.

O resultado do julgamento foi por julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria³³⁵. O resultado foi oito votos a favor³³⁶ e dois votos contra³³⁷ e o Ministro Dias Toffoli não votou por ter se considerado impedido, já que se manifestara sobre a ação enquanto Advogado Geral da União. Portanto, a partir da publicação da decisão definitiva, passou a ser permitida no Brasil o que passou a se chamar de antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 50.

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho da petição inicial, p. 05.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do relatório do acórdão, p. 31.

³³⁶ Marco Aurélio Mello, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ayres Britto.

³³⁷ Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

5. AADPF 54 E OS PRINCÍPIOS SOPESADOS NA DECISÃO:

Retomando, vale lembrar que o pedido da requerente da ADPF 54, Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), nunca foi pela descriminalização do aborto, e sim pela antecipação terapêutica do parto nos casos de gravidez de feto anencéfalo, devidamente atestado por profissional habilitado. Especificamente, o que se postulou foi a “interpretação conforme a Constituição” (artigo 28 da lei 9.868/99) dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal pretendendo-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

Pelas primeiras palavras do voto do Relator, fica claro que a técnica a ser utilizada será a ponderação de direitos fundamentais. O Ministro Marco Aurélio fará uma análise da colisão entre os princípios da dignidade humana, direito à vida, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao reconhecimento dos plenos direitos individuais (especificamente direitos sexuais e reprodutivos) e tudo isso ainda se coaduna com o Estado laico brasileiro³³⁸.

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

(...)

Senhor Presidente, na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa.³³⁹

Em relação à laicidade do Estado Brasileiro, o Ministro Relator lembra que a República Federativa do Brasil é não um Estado religioso tolerante com minorias religiosas e com ateus e sim um Estado secular tolerante com todas as religiões que não pode apoiar ou reprovar nenhuma delas³⁴⁰. Por isso, não pode levar o pensamento de nenhuma religião em consideração no momento de interpretar e aplicar os direitos fundamentais aos casos concretos.

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 33.

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 60-61.

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 41.

Ao Estado brasileiro é terminantemente vedado promover qualquer religião. Todavia, como se vê, as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa não param aí – são mais extensas. Além de impor postura de distanciamento quanto à religião, impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las. Não se cuida apenas de ser tolerante com os adeptos de diferentes credos pacíficos e com aqueles que não professam fé alguma. Não se cuida apenas de assegurar a todos a liberdade de frequentar esse ou aquele culto ou seita ou ainda de rejeitar todos eles²³. A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução³⁴¹.

Entretanto, não se pode considerar injustificada a oitiva das entidades religiosas nas audiências públicas realizadas para a tomada de decisão na ADPF 54, isso porque não se pode retirar nenhum personagem do debate jurídico até mesmo porque se trata de uma democracia discutindo assuntos relevantes para toda a sociedade, mas os argumentos apresentados devem ser traduzidos em termos de razões públicas, ou seja, os argumentos não devem ser expostos para reforçar uma ou outra crença e sim para favorecer os interesses públicos³⁴².

Sobre este ponto é nossa opinião que assiste razão ao ministro, ao ouvir todos os setores da sociedade, não somente a decisão judicial tende a ser melhor como tende a ser mais democrática. Isto se coaduna com a teoria de Peter Häberle que propôs uma sociedade aberta de intérpretes que incluísse o maior número de destinatários possível³⁴³. Por outro lado, ao ouvir as entidades religiosas, não se pode privilegiar nenhuma delas por conta da laicidade estatal e, além disso, todos os argumentos religiosos só podem ser aproveitados se atenderem ao interesse público.

Ainda no voto do Relator foi mencionada a outra colisão entre direitos fundamentais: o choque entre o princípio da solidariedade e da dignidade humana da gestante. Por este entendimento, alguns dos *amici curiae* defendiam que a mulher deveria ser obrigada a manter a gravidez do feto anencéfalo a fim de que gerasse uma criança que pudesse produzir órgãos para salvar a vida de outras crianças. O Ministro ressaltou que, poucas vezes, um feto portador da anomalia produz órgãos úteis para transplantes³⁴⁴ e que, mesmo que o fizesse, a

³⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 45.

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 45-46.

³⁴³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997. P. 12-13.

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 59-60.

doação de órgãos é ato voluntário e não se poderia obrigar uma mãe a produzir uma criança exclusivamente para tal fim³⁴⁵.

A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas alheias – premissa que não se confirma, como se verá –, não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana³⁴⁶.

Em relação ao direito à vida ou à dignidade humana apenas sob o lado do feto anencéfalo, alegou-se que o conflito entre direitos fundamentais do mesmo com os direitos fundamentais da gestante seria apenas aparente, uma vez que o anencéfalo é um natimorto e, por isso, não seria titular dos referidos direitos. Por tal motivo não haveria o crime de aborto, que é crime contra a vida, não haveria como se retirar a vida do embrião em formação, já que não haveria vida em potencial³⁴⁷.

Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. 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.

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/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. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica³⁴⁸.

Afirmou-se ainda que a proteção jurídica do feto portador de anencefalia deve ser menos intensa do que a proteção dos fetos em geral e do que das pessoas humanas já completamente formadas. Tal pensamento, inclusive, estaria de acordo com o princípio da isonomia que determina que se deve equiparar os iguais e desigualar os desiguais na medida de sua desigualdade.

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 58.

³⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 57.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 60-61.

³⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 60-61.

Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia, “há que se distinguir (...) ser humano de pessoa humana (...). O embrião é (...) ser humano, ser vivo, obviamente (...). Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana”³⁴⁹.

Bem vale lembrar que o direito à vida, como qualquer outro direito fundamental, não é direito absoluto e que pode ser excepcionado como ocorre em casos como o da pena de morte em caso de guerra declarada e do aborto em casos de estupro.

Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão³⁵⁰.

No tocante ao direito à saúde da mulher fica claro que o risco tanto à vida da gestante como a sua saúde psíquica ao não se permitir a interrupção da gestação é totalmente violado em favor da vida de um feto que não possui vida, nem em potencial, e sim um natimorto. Ponderando o direito à saúde da gestante e o direito à vida de um indivíduo que não sobreviverá, o Supremo Tribunal Federal não teve dúvidas e optou pela vida da genitora.

Importante dizer que o que se pretende com a permissão da interrupção da gravidez do feto anencéfalo é permitir à gestante optar entre tal interrupção ou pela manutenção desta gravidez, mantendo o Estado no lugar em que o Estado deve estar, ou seja, mantendo certa distância das relações entre particulares. Não se trata de impor o aborto ao feto anencéfalo, até mesmo porque muitas mães possuem convicções religiosas muito importantes para sua dignidade humana e que, se violadas, isso seria pior do que a manutenção de uma gestação infrutífera. O que sejam “concepções de vida boa” ainda são um conceito subjetivo, cada um valoriza o direito fundamental que bem entende, por isso, o Estado deve permitir que cada um eleja seu quesito de qualidade de vida e tente garantir que todos tenham respeitados seus direitos.

Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que “se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças”. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as

³⁴⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.) *apud* MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 67.

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 66.

que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. Conforme bem enfatizado pelo Dr. Mário Ghisi, representante do Ministério Público na audiência pública, “é constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam³⁵¹.”

(...)

A decisão do Supremo Tribunal não impõe que as mulheres grávidas de feto anencefálico realizem aborto; apenas não pune aquelas que o realizarem por não suportarem a dor moral de gerar um nascituro com morte anunciada. Uma mulher não pode ser obrigada a assistir, durante 9 meses, à missa de sétimo dia de um filho acometido de uma doença que o levará à morte, com grave sofrimento físico e moral para a gestante³⁵².

O Relator da ADPF 54 diz que permitir à mulher escolher entre dar ou não a luz a uma criança portadora de anencefalia é garantir a elas o direito à integridade física, mental e moral, à liberdade, à dignidade e a não ser submetida à tortura³⁵³.

Ele ainda afirma, ao ponderar os direitos da gestante e do feto anencéfalo, que é desproporcional proteger apenas uma das partes da relação impondo um sacrifício desarrazoado à mulher.

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido³⁵⁴.

E adiciona que limitar a dignidade da mulher, a liberdade, a autodeterminação, o direito à saúde da mulher e, os direitos sexuais e reprodutivos não se justifica em prol de um feto que não alcançará a vida em sentido completo. Este raciocínio nada mais é do que o uso da técnica da ponderação de princípios fundamentais.

De qualquer sorte, Senhor Presidente, aceitemos – apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública – a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, vida predominantemente intrauterina. Nesse contexto, uma vez admitido tal direito – premissa com a qual não comungo, conforme exposto à exaustão –, deve-se definir

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 76.

³⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Luiz Fux, p. 19.

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 77.

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 78.

se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres em favor da preservação do feto anencéfalo, ou o contrário³⁵⁵.
(...)

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República³⁵⁶.

Nos últimos parágrafos de seu voto, o Relator deixa cristalino que a técnica utilizada em sua decisão foi a ponderação de direitos fundamentais.

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República³⁵⁷.

O voto do Ministro Luiz Fux toca no aspecto da ponderação já no início. Ele afirma não querer ponderar qual seria a vida mais importante no caso em estudo, a da mulher ou do feto. Apesar de avisar que não irá aplicar a técnica da ponderação neste ponto em específico ele já dá sinais que irá decidir baseado nela.

Eu não vou discutir qual é a vida mais importante, se da mulher ou do feto, muito embora, com o brilhantismo que lhe é peculiar, o eminente professor Luís Roberto Barroso tenha atestado, com inequivocidade, que o Código Penal pondera, sim, a vida da mulher e do feto no caso do aborto terapêutico. No entanto, eu não me sinto confortável para fazer essa ponderação de que vida é mais importante: a da mulher ou a do feto³⁵⁸.

Ele também toca no direito à escolha da mulher: defendeu que o STF respeitou a liberdade da mulher que opta em gestar e parir um feto portador de anencefalia. Por isso não tornou o aborto obrigatório nesses casos. Entretanto, afirmou que o mesmo Tribunal pretende não deixar que a gestante que preferir realizar a interrupção da gravidez seja enviada a um

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 65.

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 79.

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Relator, p. 79.

³⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Luiz Fux, p. 04.

juízo perante seus pares que pode ser influenciado por convicções religiosas, ou sofrer outros tipos de influência, e seja tratada como uma criminosa.

O Supremo Tribunal Federal evidentemente respeita e vai consagrar aquelas mulheres que desejarem realizar o parto, ainda que de feto anencefálico. O que o Supremo Tribunal Federal tem que examinar é se é justo, sob o ângulo criminal, colocar uma mulher que, durante nove meses, leva em seu ventre um feto anencefálico, o qual não tem condições de vida, no banco do Júri, porque aborto é crime contra a vida e sujeito à competência do Júri. E sabemos que, dependendo da comunidade, o Júri tem as suas propensões. Dependendo da influência - Vossa Excelência determinou o afastamento da religião e de outras convicções -, há algumas localidades em que essa condenação pelo Tribunal do Júri é absolutamente certa. E essa é a questão que não cala. Seria justo? É tão justo admitir que uma mulher aguarde os nove meses para que dê luz ao seu feto, ao filho anencefálico, como também representa justiça não se permitir que uma mulher que padece dessa tragédia, de assistir à missa de 7º dia do seu filho, levando-o ao ventre durante 9 meses, seja criminalizada e jogada no banco do Tribunal do Júri para ser julgada como se fosse a praticante de um delito contra a vida³⁵⁹.

O mencionado Ministro concorda com o Relator no tocante aos direitos absolutos e cita Robert Alexy em seu voto afirmando que não há direitos absolutos, nem mesmo o direito à vida e este deve ceder quando houver risco sério à saúde física e psíquica da gestante³⁶⁰. Neste momento ele realiza a ponderação entre o direito à vida do feto e o direito à dignidade humana da gestante afirmando ser possível sacrificar o primeiro em detrimento do segundo.

Conforme observa Günther Jakobs, "é razoável aceitar um encurtamento da vida para combater dores mais graves", na sua obra sobre o Direito penal e o direito à vida. Bem por isso, há que se perquirir, com base em dados científicos, o grau de violação da dignidade da mulher sujeita a tão desafortunada situação. Lastimavelmente são poucos os casos em que o infante anencéfalo sobrevive por um considerado período fora do útero materno³⁶¹.

Para corroborar esta ponderação o Ministro informa que 94% dos recém-nascidos com a anomalia (já excluídos aqueles que não sobrevivem ao parto) faleceram nas primeiras horas de vida sendo que 67% faleceram na primeira hora, além disso a média de vida calculada é de 51 minutos³⁶².

Acompanhando o pensamento do Relator, Luiz Fux ainda mencionou a desproporcionalidade que ocorre em penalizar uma gestante que pratica o aborto de feto anencéfalo³⁶³ e ressalta que o Direito Penal Moderno determina que as sanções criminais devem ser o último recurso para fazer valer a vontade Estatal (não deve se tratar apenas do

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Luiz Fux, p. 06.

³⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Luiz Fux, p. 07.

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Luiz Fux, p. 08.

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Luiz Fux, p. 08.

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto Ministro Luiz Fux, p. 16.

punir pelo punir e sim o punir objetivando algum fim social). Neste momento ele considera a severidade da sanção em relação ao ato cometido: nota-se que foi realizada uma ponderação de direitos fundamentais porque foi analisada a desproporcionalidade da sanção em face da dignidade humana da gestante.

O sacrifício da penalização de uma gestante de feto anencefálico não se revela necessário aos fins do direito punitivo, mas antes, demonstra a desproporcionalidade da sanção, diante da inafastável defesa da dignidade humana da mulher infortunada, fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro e garantia revestida da categoria de direito fundamental³⁶⁴.

A Ministra Carmen Lúcia também fez uso da técnica da ponderação, inclusive um dos tópicos de seu voto é *A ponderação de bens e a Interpretação da Constituição*. Afirma que os princípios a serem sopesados são o direito fundamental à vida digna de um lado e o direito social à saúde e à autonomia da vontade do outro lado³⁶⁵.

Em relação ao direito à vida ela afirma que ele não existe se viver não for com dignidade³⁶⁶. Neste momento ela realiza a ponderação entre o direito à vida do feto anencefálico e a dignidade humana da gestante afirmando que este deve preponderar sobre aquele.

A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é medida de proteção à saúde física e emocional da mulher, evitando-se transtornos psicológicos que sofreria se se visse obrigada a levar adiante gestação que sabe não ter chance de vida. Note-se que a interrupção da gestação é escolha, havendo de se respeitar, como é óbvio, também a opção daquela que prefere levar adiante e viver a experiência até o final. Mas o respeito a esta escolha é o respeito ao princípio da dignidade humana³⁶⁷.

Note-se que a Ministra faz importante observação sobre o direito de escolha da gestante, que deve ser respeitado, isto tem relação com o princípio da autonomia da vontade que também é ponderado em face do direito à vida do feto anencefálico e que prepondera sobre este último.

Além disso, apontou que a manutenção de uma gravidez fadada à morte do fruto da concepção afronta a dignidade humana tanto da mãe quanto do pai do feto anômalo.

Alçada à categoria de princípio jurídico fundamental, afronta a dignidade humana a maternidade ou paternidade exigida no ordenamento jurídico que determina a continuidade de gestação, da qual não resultará, no estágio atual do conhecimento

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Luiz Fux, p. 16.

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 04.

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 50.

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 58.

médico, ser humano com vida, o que afeta a personalidade daqueles que vivenciam a experiência, inclusive em sua relação aos concidadãos por colocá-los em situação de criminalidade³⁶⁸.

Já no que tange ao direito à saúde da mulher, ao realizar a ponderação, a Ministra também afirma que entre aquele e o direito à vida do feto anencéfalo, o primeiro prepondera, uma vez que o sofrimento da mãe é grande e prejudicial à sua saúde física e mental e não justifica para dar à luz a um morto cerebral.

Pela Constituição da República o direito à saúde abrange a proteção à maternidade. Ser mãe é dar à luz, permitir nascer uma nova vida, não deixar-se velar o ventre enquanto aguarda o dia do enterro do pequeno ser. Se para algumas mulheres esta é experiência a ser realizada, para outras é encargo que lhe supera as forças, fardo prejudicial à saúde mental e emocional³⁶⁹.

Como mencionado no capítulo anterior, a Ministra Rosa Weber fundamentou seu voto sob três aspectos: (i) atipicidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia, quanto ao crime de aborto; (ii) vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude; e (iii) ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico³⁷⁰.

Foi ela quem usou a técnica da ponderação de forma mais clara afirmando que os direitos do feto estão em oposição aos direitos da gestante da seguinte forma: os defensores dos direitos do feto dizem que ele teria o direito à vida que deveria ser defendido de forma absoluta diante de qualquer outro direito e diante dos outros direitos da gestante. Já os defensores dos direitos da gestante afirmam que seus direitos não poderiam ser massacrados diante de vida tão precária.

O terceiro argumento a enfrentar é o da ponderação entre os direitos inerentes à gestante e aqueles pertencentes ao feto. Ele é colocado pelos defensores da tese de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo configura aborto da seguinte forma: o direito à vida é o primeiro e mais importante direito, inclusive é condição para o exercício dos demais direitos. Portanto, a vida deve ser protegida, não importa quanto tempo dure, com ela só competindo outra vida. Do outro lado, o argumento atua da seguinte maneira: o feto anencéfalo, se chega a nascer, tem mínima sobrevivência, e sequer apresenta capacidades além das fisiológicas, enquanto a gestante, mantida a gestação em tais circunstâncias, sofre maiores riscos à sua saúde e absurdo desgaste psicológico, com sério comprometimento de sua integridade física e psicológica. Assim, prevalecem os direitos da gestante sobre a vida precária do feto. Em resumo, de um lado se afirma que a vida tem mais peso que outros

³⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 50.

³⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 58-59.

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 06.

direitos, mesmo que somados; de outro, se diz que os direitos somados das gestantes não podem ser suprimidos em prol de uma vida precária³⁷¹.

Primeiramente é interessante ressaltar que não existem, *a priori*, valores absolutos. A sociedade moderna é plural e não se pode permitir a imposição de uns valores sobre outros ou de eliminação de formas de ver a realidade.

Os sistemas ocidentais não admitem valores absolutos. Não há como estabelecer, *a priori*, qual o que se reveste de maior peso, diante do reconhecimento de que são relativos e de que a sociedade é plural. Se os valores são relativos, não há como fundamentar um como superior ao outro. Isso implica que todos devem respeitar as percepções valorativas de mundo dos demais, inadmissíveis visões de mundo que, sob o argumento de superioridade, pretendam eliminar outras possíveis. É necessária a proibição de posturas que preguem a eliminação de outras formas de ver a realidade (inclusive ética), restringindo-se a liberdade que se põe contra a liberdade, acabando-se com o que ficou conhecido como paradoxo da liberdade³⁷².

Os valores, que pertencem ao campo da ética, são denominados no Direito de princípios, ou seja, *normas de caráter generalíssimo que orientam a realização do bem comum*³⁷³. Os princípios são diferentes das regras jurídicas. As regras são *normas de aplicação cogente e imediata, na medida em que procuram regular uma conduta específica*³⁷⁴. Já os princípios são *normas de otimização de condutas, que procuram realizar os valores da justiça e da vida boa (no sentido já descrito) em sociedade*³⁷⁵.

Pode ocorrer a incidência de mais de um princípio no caso concreto, mas não pode ocorrer de duas regras serem aplicadas em uma mesma situação. Em caso de choque, os primeiros serão ponderados, e no segundo caso, haverá a anulação de uma delas³⁷⁶.

Apenas no caso concreto é que se pode avaliar qual(quais) princípio(s) será(ão) aplicado(s) por prevalecer(em) sobre os outros. São as condições de cada situação em estudo que permitirão a verificação dos critérios da necessidade e da adequação e da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito a fim de se chegar a uma conclusão.

As condições fáticas devem ser cumpridas pelos critérios da necessidade e da adequação. Assim, um princípio será aplicado se for adequado para atingir o fim perseguido (o meio utilizado deve necessariamente levar ao fim que se busca) e necessário às exigências e expectativas do resultado diante de outros possíveis (os meios empregados para a realização do princípio devem ser os menos gravosos – se

³⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 36.

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 36.

³⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 37.

³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 37.

³⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 38.

³⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 38.

houver outros meios menos gravosos, a regra escolhida para realizar o princípio em tela é tida por desproporcional).

Não obstante os dois critérios de realização fática, pode ocorrer que os dois princípios se mantenham aplicáveis ao caso, o que leva à situação de um deles vir a limitar o âmbito de atuação do outro. Esse é o limite jurídico, que, de acordo com o modelo teórico da ponderação, deve ser resolvido pelo chamado princípio da proporcionalidade em sentido estrito. É a técnica de aplicação deste terceiro subprincípio que demanda a ponderação de valores. Apesar da denominação, diante de tudo o que foi dito acima sobre regras e princípios, estes devem ser concebidos com regras de otimização de condutas para a máxima realização dos valores que os sustentam. Assim, diante de uma concorrência de princípios, o esforço hermenêutico deve se voltar para a realização máxima de um para justificar que o outro não seja aplicado. Ou seja, o peso das razões para a aplicação de um princípio deve ser maior do que o do outro no caso concreto. Mas esse peso precisa de um padrão intersubjetivamente compartilhado, caso contrário a escolha não passa de uma preferência pessoal do responsável pela solução do caso concreto³⁷⁷.

Nesse sentido vale destacar que o que se pondera são razões de decidir e não valores. A Ministra ressalta que ponderar valores leva ao autoritarismo por não se poder justificar que um princípio seja mais importante que o outro. A ponderação serve para aumentar a aceitação da racionalidade da decisão e não da autoridade da decisão³⁷⁸.

A esta altura do voto ela realiza a ponderação de princípios. De um lado há a vida do feto e de outro há a dignidade, liberdade e saúde da gestante. Para Rosa Weber não há como decidir aplicando a adequação uma vez que os dois lados da questão possuem argumentos inseridos neste subprincípio (entender que a interrupção da gravidez em caso de feto anencefálico configura aborto é um meio adequado para proteger a vida do feto; por outro lado, a garantia da saúde, da integridade física e psíquica e da liberdade da mulher pode ser feita por meio da interrupção da gestação). Também não há como decidir aplicando a necessidade porque só é possível proteger plenamente a vida do feto caso ele esteja protegido também contra a gestante. Por outro lado, não há meio menos gravoso para proteger a saúde, a integridade e a liberdade da gestante do que permitir a interrupção da gestação.

Explicitados todos esses pressupostos, é possível buscar aplicá-los agora na espécie, para definir se a interrupção da gestação em caso de anencefalia configura ou não o crime de aborto. Tem-se em jogo os seguintes princípios: vida, que se aplica ao feto, e dignidade, liberdade e saúde da gestante, conforme colocado na inicial e o que vem sendo debatido ao longo da instrução do processo. Veja-se que, se fosse uma questão de decidir por pesos, ou se diria, diante da mesma hierarquia dos direitos fundamentais, que a quantidade faria a balança pender para o lado da mulher, ou se concluiria que, como a vida é o primeiro dos direitos - sem ela os outros não podem sequer existir-, nenhum valor ou direito pode estar acima dela, com a balança a pender para o lado do feto.

Os dois pontos de vista levam à determinação de ordens concretas de valores. Na primeira situação, uma ordem concreta para o caso (a quantidade de direitos faz

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 39-40.

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 41.

pesar mais os interesses da gestante); no segundo, uma ordem concreta a priori (a vida é sempre mais valiosa, independentemente de qualquer circunstância). Colocada a questão nesse viés, a solução só pode ser autoritária, pois depende da preferência pessoal para definir o lado para onde vai pender a haste da balança. O processo argumentativo passa, desse modo, a depender da aplicação do princípio da proporcionalidade com base nos seus subprincípios. A adequação está presente para os dois pontos de vista. Entender que a interrupção da gravidez em caso de feto anencefálico configura aborto é um meio adequado para proteger a vida do feto. Por outro lado, a garantia da saúde, da integridade física e psíquica e da liberdade da mulher pode ser feita por meio da interrupção da gestação. Em relação à necessidade, só é possível proteger plenamente a vida do feto caso ele esteja protegido também contra a gestante. Por outro lado, não há meio menos gravoso para proteger a saúde, a integridade e a liberdade da gestante do que permitir a interrupção da gestação³⁷⁹.

Resta a proporcionalidade em sentido estrito, a partir da qual se ponderou a atuação do Estado em relação à permissão ou não da interrupção da gestação do feto anencefálico. O que se sopesou foi que a intervenção do Estado ao não permitir tal interrupção viola a saúde, a integridade, a dignidade e a liberdade da gestante. Se ocorresse a omissão, o que se deixaria de proteger seria um feto, que não se sabe, realmente, qual o tipo de proteção jurídica adequada ele deveria ter. Portanto, conclui-se que ao Estado não é permitido intervir, devendo autorizar a interrupção da gestação.

Nessa linha de raciocínio, se, por um lado, a intervenção do Estado viola a saúde, a integridade, a dignidade e a liberdade da gestante, a omissão deixa de proteger um fenômeno biológico sobre o qual há dúvida a respeito da aplicabilidade concreta do princípio defensivo reivindicado. A força argumentativa dentro da situação concreta indica que, no caso da anencefalia, vale a postura protetiva do Estado por meio da não intervenção em detrimento do dever de defesa que só se realiza com a ação punitiva³⁸⁰.

Por fim, há o destaque de que o Direito Penal é última *ratio*, só devendo ser aplicado quando todos os outros direitos falharem em resolver o problema.

E o Direito Penal moderno se apresenta como última *ratio*, devendo, nessa medida, ser mínima a sua intervenção nas relações sociais, não só por se mostrar pouco eficaz como regulador de condutas, mas por gerar, esta ineficiência, custos sociais e econômicos. A propósito, e em reforço, os princípios informadores do Direito Penal mínimo: idoneidade (a criminalização deve ser um meio útil para resolver o problema social); subsidiariedade (deve-se mostrar que não há alternativas para a regulação da conduta indesejada); e racionalidade (deve-se comparar os benefícios e os custos sociais decorrentes da criminalização)³⁸¹.

³⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 41-42.

³⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 45.

³⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, p. 46.

A Ministra não deixa dúvidas de que fez uso da ponderação de princípios principalmente por ter fundamentado seu voto na teoria do autor e por ter citado Robert Alexy na bibliografia do voto.

Retomando o voto do Ministro Joaquim Barbosa, vale lembrar que ele foi dividido em dois aspectos: primeiro em relação à liberdade individual, da qual a autodeterminação da gestante é manifestação³⁸² depois em relação ao possível cometimento do crime de aborto no caso do feto anencefálico³⁸³.

No primeiro aspecto foi realizada a ponderação de princípios quando o Ministro apresenta o choque entre a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher. Chegou-se à conclusão de que deve prevalecer esta última por ser a melhor representação dos interesses pessoais, convicções morais, religiosas, enfim, a melhor representação da dignidade da mulher.

A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal³⁸⁴.

No segundo ponto analisado pelo Ministro, possível cometimento do crime de aborto, a ponderação é realizada quando se coloca em lados opostos a preservação da vida em potencial e a incolumidade da gestação³⁸⁵. Como o feto anencefálico encontra-se juridicamente morto, prevalece a incolumidade da gestação como valor a ser preservado.

O Ministro Ayres Britto foi bastante sutil no uso da técnica da ponderação, mas não deixou de fazer uso, a exemplo de seus pares. No início de seu voto ele destacou os princípios que iria ponderar sob a ótica da gestante: *dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais à liberdade e à saúde da gestante*³⁸⁶. Mais adiante ele indica que vai ponderar os direitos da gestante em relação ao direito à vida do feto anencefálico e afirma que os da primeira devem preponderar sobre o do segundo.

³⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 01.

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 04.

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 03.

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 05.

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, p. 01.

Na Enciclopédia e Dicionário Koogan Houaiss, página 52, a anencefalia é definida como um fenômeno teratológico, ou “monstruosidade caracterizada pela ausência de cérebro”. O que faz o fiel da balança em que se pesam contrapostos valores pender para o lado da gestante, na aceção de que ela já não está obrigada a levar adiante uma gravidez tão-somente comprometida com o pior dos malogros quando do culminante instante do parto³⁸⁷.

Da mesma forma, Gilmar Mendes também se mostrou pouco explícito no tocante à técnica da ponderação, mas não deixou de mencioná-la quando afirmou não acreditar ser adequado ponderar a dignidade humana da mulher em face da dignidade humana do feto. Aparentemente o magistrado não acreditou ser, a ponderação, a técnica mais acertada para o caso em estudo.

Penso ser inadequado, portanto, tratar do tema aborto de fetos anencéfalos sobre o prisma da atipicidade do fato, ou da ponderação entre a dignidade humana da mulher em detrimento da do feto. Por outro lado, também não me impressiona o argumento pragmático segundo o qual o aborto deve ser tratado como assunto de saúde pública. Questões capazes de gerar *desacordos morais razoáveis* em sociedades plurais tornam-se logo assuntos políticos demasiadamente complexos e simbólicos para serem reduzidos a um olhar preponderantemente pragmático. A ponderação de princípios, especialmente em questões sensíveis, mostra-se bastante difícil de ser realizada. Schmitt, em seu texto sobre a tirania dos valores, já enxergava os riscos de embates entre valores em uma dada comunidade. Dizia ele que a afirmação de um valor tende a corresponder à negação do valor que se encontra em oposição àquele, razão por que, digo eu, a adjudicação judicial nessas hipóteses torna-se temerária e complexa³⁸⁸.

O Ministro Celso de Mello fez uso da ponderação de princípios quando tratou do direito à vida, afirmando que o mesmo pode ser ponderado frente a direitos como a plenitude da liberdade, saúde e o respeito à dignidade da pessoa humana e que nesses casos o Poder Judiciário fará uso de critérios a fim de ponderar e avaliar, dentro do caso concreto, qual o direito deve preponderar sem esvaziar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais³⁸⁹.

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 gestação³⁹⁰.

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, p. 07.

³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 19.

³⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 39.

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Celso de Mello, p. 40.

O Ministro César Peluso usou da ponderação, mesmo que de forma tímida, para defender posição contrária de seus pares. Os valores ponderados seriam o direito a vida do feto anencefálico e a saúde psíquica e liberdade pessoal da gestante. Para ele, como não se poderia admitir o assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos para resguardar valores como a saúde psíquica e liberdade pessoal da mãe, não se poderia falar em aborto do feto anencefálico pelos mesmos motivos.

Argumentação análoga à da autora poderia, e isto revela mais uma das facetas do seu equívoco, ser empregada, com ligeiras adaptações, para defesa de **assassinato** de bebês anencéfalos recém-nascidos. Em seu âmago, a proposta seria idêntica: para resguardar alguns supostos direitos superiores da mãe, como saúde psíquica e liberdade pessoal, seria legítimo eliminar, à margem de qualquer previsão legal, a vida intra ou extrauterina do anencéfalo, porque, entre um e outro casos, muda só o **momento de execução**, não o ato insensível de extermínio, nem os pretextos para praticá-lo.

Se tal analogia parece inoportuna, façamos o exercício inverso: ninguém admitiria a matança de anencéfalos recém-nascidos (que, afinal, têm, de igual modo, pouca expectativa de vida) com a finalidade de poupar a mãe à carga de frustração, sofrimento, tortura psicológica, ou qualquer outro título pseudojurídico que se lhe atribua ao desagradável estado de espírito a respeito. Ninguém tem dúvida de que, sem surpresa nem espanto, o ato seria punido como homicídio ou infanticídio.

Que estranha e repulsiva lógica tornaria, então, admissível o mesmíssimo procedimento agressivo, agora direcionado contra a vida intrauterina? Ambas as formas de vida guardam idêntico nível de dignidade sob o prisma tuitivo da Constituição, verificando-se, entre elas, mera diferença temporal ou, em termos menos precisos, de “idade”. Não posso, pois, concordar com a assertiva de que “*a não-previsão de uma excludente de ilicitude pela lei ofenderia princípios constitucionais, [como] o princípio da dignidade da pessoa humana. E [a arguente] disse mais: essa dignidade seria medida pela integridade física da mãe. Não concordo. A integridade física e biológica da vida intrauterina também está em jogo*³⁹¹”.

O julgador, inclusive, criticou a forma como a questão estava sendo tratada. A ponderação foi usada para satisfazer sentimentos humanos em detrimento da vida do feto anencefálico.

Nesta moldura, só cegueira passional não percebe que o sistema jurídico se defronta, de maneira inexorável, com tensa relação entre dois valores de pesos axiológicos muito diversos, perante os quais ao intérprete não sobra alternativa de escolha hermenêutica, quaisquer que sejam os princípios ou postulados dogmáticos a que recorra. Noutras palavras, trata-se de ver, logo, que a vida humana, hospedada na carne frágil de feto imperfeito, não pode, a despeito da fortuita imperfeição que lhe não subtrai a dignidade jurídica imanente, ser destruída *a forceps* para satisfazer sentimento, quase sempre transitório, de frustração e de insuportabilidade personalíssima de uma dor ainda que legítima. Não há, nesse esquema de ponderação de bens tão manifestamente desproporcionais, critério algum capaz de equilibrar ou compensar valores jurídicos díspares, nem de justificar, isto é, tornar justo o sacrifício desnecessário da vida em nome da tutela de sentimento cujo objeto

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p.12.

é apenas livrar-se de uma dor sem culpa, que não é justa nem injusta, mas apenas humana³⁹².

Ricardo Lewandowski também fez uso da técnica da ponderação, mas de maneira menos enfática. Logo no início de seu voto, ao discursar sobre os bens ou valores tutelados pela legislação penal vigente, ele apresenta os dois direitos em choque que deverão a ser sopesados no caso em questão: o direito à vida do nascituro e a incolumidade física e psíquica da gestante:

Como se vê, o objeto jurídico dos citados preceitos da legislação penal vigente, quer dizer, os bens ou valores que o legislador pretendeu preservar são de duas ordens: de um lado, a vida do nascituro; de outro, em especial no abortamento provocado por terceiro, a vida e a incolumidade física e psíquica da gestante³⁹³.

Apesar de ter iniciado com a ponderação de valores, o Ministro achou por bem julgar improcedente a ADPF 54 por achar que seria assunto da competência do Congresso Nacional e que, ao decidir por regulamentar sobre o aborto de fetos anencefálicos, o STF estaria ferindo o princípio da separação dos poderes.

Neste ponto encerra-se descrição dos votos dos Ministros será realizada agora análise geral da ADPF 54 e da ponderação como forma de solução dos casos difíceis.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do César Peluso, p.32.

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Op.Cit. Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 02-03.

6. ANÁLISE DA ADPF 54 – ASPECTOS GERAIS E PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS:

Após a apresentação da opinião dos Ministros ao longo de seus votos, alguns pontos devem ser destacados. Não é objeto deste estudo a análise de aspectos não jurídicos da decisão, por exemplo, o fato de o aborto de feto anencefálico ser ou não aborto eugênico, o fato de ser ou não torturante a manutenção da gestação do feto anencefálico, entre outros pontos. Serão abordados apenas os aspectos jurídicos da decisão.

Inicialmente é interessante destacar que assiste parcela de razão tanto ao voto vencedor como ao voto vencido da ADPF 54.

Abordando inicialmente o voto vencido, há que lhe dar razão nos seguintes aspectos: trata-se de aborto e não de antecipação terapêutica do parto; e o Poder Judiciário criou nova figura de excludente de ilicitude para o aborto.

Primeiramente, nos filiamos à corrente que chama a interrupção do parto de anencéfalos de aborto isso porque, a princípio, o feto nascerá com vida e se há vida, mesmo que em potencial, há aborto. O problema é que a palavra aborto, até o julgamento da ADPF 54, trazia a carga pesada de um crime. Hoje é mais fácil dizer que se trata de aborto para fetos anencefálicos porque se tornou prática permitida. Outro aspecto que reafirma nossa opinião é que o anteprojeto do Código Penal já trata a interrupção da gestação do feto anencefálico como aborto.

Em segundo lugar há que se falar que, ao permitir que se pratique o aborto do feto anencefálico, o STF criou uma nova excludente de ilicitude para crime. As hipóteses legais de excludente são bem claras: só se permite aborto em caso de risco para a saúde da gestante e em caso de estupro, fora destas hipóteses é proibido. Ao criar uma nova permissão para o aborto, o STF acaba por adentrar na esfera de atuação do Poder Legislativo. Como este se omitiu, o Judiciário encontrou campo para sua atuação.

Luís Roberto Barroso afirma que nos últimos anos o Poder Judiciário tem se fortalecido, o que tem levado à judicialização da vida e em alguns momentos ao ativismo judicial³⁹⁴.

O que se quis dizer com judicialização é que o Poder Legislativo não é capaz ou não se interessa mais em atender às demandas urgentes da população e, por isso, ela é obrigada a recorrer aos Tribunais para resolver todo tipo de questão. Ou seja, uma parte significativa das

³⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Direito e política: a tênue fronteira ou judicialização, ativismo judicial e democracia. *Migalhas*. Jun. 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI156926,41046-Direito+e+politica+a+tenu+fronteira+ou+judicializacao++ativismo>> Acesso em: 17/11/2013.

questões vai para o Judiciário. Este, por sua vez, tem a obrigação de resolver as lides independentemente da existência de lei que regule o caso.

Situação diversa é a do ativismo judicial que para Barroso ocorre apenas em situações excepcionais. O jurista afirma que não houve ativismo judicial na ADPF 54; contudo, não concordamos com ele por conta da sua própria definição de ativismo judicial:

O ativismo é uma *atitude*, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes. Exemplos de decisões ativistas, além dos casos já mencionados, envolveram a exigência de fidelidade partidária e a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Todos esses julgamentos atenderam a demandas sociais não satisfeitas pelo Poder Legislativo. Registre-se, todavia, que apesar de sua importância e visibilidade, tais decisões ativistas representam antes a exceção do que a regra. A decisão do STF sobre as pesquisas com células-tronco, ao contrário do que muitas vezes se afirma, é um exemplo de autocontenção. O Tribunal se limitou a considerar constitucional a lei editada pelo Congresso³⁹⁵.

O que ocorreu na ADPF 54 foi exatamente o *uso da interpretação constitucional para sanar uma omissão legislativa*. O STF criou uma nova permissão para o aborto, no fundo isso é uma permissão para cometer um crime. Logicamente que nesse caso a decisão é plenamente justificável e atende o desejo da minoria atingida e se coaduna com os princípios constitucionais. O problema é se realmente o ativismo judicial continuará ocorrendo somente em situações excepcionais.

Tratando agora do voto vencedor que julgou procedente a ADPF 54, há que anotar que a decisão é coerente com o papel contramajoritário do STF.

O problema é que apesar de ser um direito de minorias, o aborto de anencéfalos é um assunto polêmico e de interesse não só de mulheres gestantes de fetos portadores da anomalia, mas de suas famílias, de entidades religiosas, da categoria médica e da sociedade como um todo. É interesse de tantas pessoas que diversas entidades se inscreveram como *amici curiae* e todo o país acompanhou o julgamento e o resultado da ADPF 54.

Nesse sentido afirmamos que as casas legislativas não poderiam se furtar ao debate do tema. Como representantes eleitos pelo voto direito do povo, deveria ser sua obrigação, pelo menos, abrir o debate da questão em audiências públicas ou colocar os projetos, em trâmite há tantos anos, em discussão/votação.

Infelizmente, nosso Poder Legislativo não é comprometido com o povo e sim com os empresários financiadores de sua campanha eleitoral. Pesquisa realizada pelos professores

³⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op.Cit.

Wagner Praion Mancuso³⁹⁶ e Bruno Speck³⁹⁷ em 2010 comprova que as “doações” de empresários são as principais fontes de recursos para financiamento de campanha. Dados do Tribunal Superior Eleitoral revelaram que naquela eleição elas corresponderam a 74,4%, mais de R\$ 2 bilhões, de todo o dinheiro aplicado nas eleições³⁹⁸.

Até mesmo o polêmico Deputado Marco Feliciano já declarou que foi eleito pela bancada evangélica e que cada deputado é eleito por um “grupo” e que, por isso, defende os interesses daquele grupo e afirma ainda que “não dá para ser clínico-geral”. Por esta declaração podemos entender que não há espaço para defender os interesses do povo e sim interesses daqueles que colaboraram com sua campanha.

(...) Cada deputado aqui é eleito por um grupo. E os parlamentares visam aos projetos para os seus grupos. Aqui não dá para ser clínico-geral. Eu fui enviado aqui pelo movimento evangélico. Minha função primordial é não deixar que se aprove o PL 122, o projeto de lei que criminaliza a homofobia. Não queremos que ele seja aprovado tal como foi previsto. Ele precisa de alterações. O texto diz que quem discriminar será preso; mas não esclarece o que é discriminação. Se eu, como pastor, não quiser casar um casal homossexual, posso ser preso³⁹⁹.

Por conta disso nos aliamos ao pensamento defendido Luís Roberto Barroso que afirma que a falta de boa política abre espaço para a atuação do Poder Judiciário. É nossa opinião que a omissão do Poder Legislativo afeta o equilíbrio do sistema fazendo com que o Poder Judiciário eleve sua atuação em funções que não fazem parte do rol de suas funções típicas.

De tudo o que se disse, é possível concluir que o Judiciário se expande, sobretudo, nas situações em que o Legislativo não pode, não quer ou não consegue atuar. Aqui se chega ao ponto crucial: o problema brasileiro atual não é excesso de judicialização, mas escassez de boa política. Nesse cenário, imaginar que a solução esteja em restringir o papel do Judiciário é assustar-se com a assombração errada. O que o país precisa é restaurar a dignidade da política, superando o descrédito da sociedade civil, particularmente em relação ao Legislativo. É hora de diminuir o peso do dinheiro, dar autenticidade aos partidos e atrair vocações. Enquanto não vier a reforma política necessária, o STF terá de continuar a desempenhar, com intensidade, os dois papéis que o trouxeram até aqui: o contramajoritário, que importa em estabelecer limites às maiorias; e o representativo, que consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais⁴⁰⁰.

³⁹⁶ Escola de Artes, Ciências e Humanidades (EACH) da USP.

³⁹⁷ Departamento de Ciência Política da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

³⁹⁸ MARTINS, Antônio. “Mensalão”: por que reabrir o caso. *Carta Capital*. Set. 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/outras-palavras/201cmensalao201d-por-que-reabrir-o-caso-1937.html>> Acesso em: 17/11/2013.

³⁹⁹ LINHARES, Juliana. Marco Feliciano: “Veja” entrevistou o controvertido deputado-pastor. *Veja*. Mar. 2013. Disponível em < <http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/veja-entrevistou-o-controvertido-deputado-pastor-marco-feliciano-leia-e-chegue-as-suas-proprias-conclusoes/>> Acesso em: 17/11/2013.

⁴⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op.Cit.

Retomando os argumentos utilizados nos voto dos vencedores. Não há dúvidas de que a maioria fez uso da ponderação de princípios, teoria defendida por Robert Alexy e tecnicamente bem utilizada pelos Ministros. Os princípios ponderados foram:

- ✓ Pelo lado da gestante: direito a saúde física e mental, direitos sexuais, dignidade da pessoa humana, liberdade e autonomia privada da mulher.
- ✓ Pelo lado do feto anencefálico: direito à vida e dignidade do feto

Quando sopesados, os direitos da mulher tiveram um peso maior em relação aos direitos do feto anencefálico e restou permitida a interrupção da gestação. Neste ponto do estudo já ficou claro o problema da técnica da ponderação de princípios. Os votos dos Ministros que a usaram foram claros, transparentes, em nenhum momento restaram dúvidas sobre quais razões, jurídicas ou não, os levaram a decidir da forma que eles decidiram. Entretanto, se a convicção pessoal de algum deles fosse contrária ao que foi defendido em seu voto, ele poderia usar os mesmos princípios fundamentais e ponderá-los na direção oposta. Tanto que a mesma técnica foi usada por Ministros que votaram de maneira oposta. É por isso que se pode afirmar que a ponderação fornece grande liberdade ao julgador uma vez que, com ela, ele pode fundamentar a decisão como bem lhe aprouver.

A técnica da ponderação não é a melhor para a resolução dos casos difíceis. Em substituição a ela acreditamos ser o modelo procedimental de Habermas mais adequado principalmente porque é um modelo participativo que se coaduna com as necessidades e as demandas da modernidade.

Para o teórico há a necessidade da autodeterminação, ou seja, é preciso que cada um de nós, cidadãos, seja coautor da lei a que se submete. Para tanto a participação começa já na elaboração da lei, ou seja, no Legislativo, e vai até a aplicação da norma no caso concreto. É esse sentimento que daria validade ao direito. Nesta proposta o cidadão seria ao mesmo tempo responsável pela construção da ordem jurídica, já que é membro da sociedade aberta de intérpretes, e seu destinatário⁴⁰¹.

Evidentemente que em uma discussão para elaboração de uma norma ou para tomada de decisão em uma lide deveria prevalecer o melhor argumento que, ao final, seria aceito

⁴⁰¹ PRATES, Francisco de Castilho. *Identidade Constitucional e Interpretação no Estado Democrático de Direito: a Assunção do Risco*. In CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 540.

racionalmente⁴⁰². Por conta disso, sua teoria da argumentação baseia-se em valorizar normas procedimentais que levam à decisão. Para ele, não somente o conteúdo da decisão é importante, mas como se chegou lá, ou seja, os argumentos utilizados no convencimento, o comportamento das partes, as eventuais negociações, enfim, todo o procedimento que levou à decisão não pode ser desconsiderado.

Quando nos apoiamos numa teoria procedimental, a legitimidade de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política. Como já foi mostrado, esse processo é mais complexo que o da argumentação moral, porque a legitimidade das leis não se mede apenas pela correção dos juízos morais, mas também pela disponibilidade, relevância, pertinência e escolha de informações, pela fecundidade da elaboração das informações, pela adequação das interpretações da situação e pelas colocações de problemas, pela racionalidade de decisões eleitorais, pela autenticidade de valorações fortes, principalmente pela equidade dos compromissos obtidos, etc. É verdade que discursos jurídicos podem ser analisados seguindo o modelo de discursos morais, pois, em ambos os casos, se trata da lógica de aplicação de normas. Porém a dimensão de validade mais complexa das normas do direito proíbe equiparar a correção de decisões jurídicas à validade de juízos morais e, nesta medida, considerá-la como um caso especial de discursos morais. As máximas de interpretação e princípios jurídicos, canonizados na metodologia, só serão atingidos satisfatoriamente por uma teoria do discurso, quando tivermos conseguido analisar melhor do que até hoje a rede de argumentações, negociações e comunicações políticas na qual se realiza o processo de legislação⁴⁰³.

Habermas determina duas condições para que a teoria da argumentação alcance certeza e aceitabilidade racional: a primeira condição é a fundamentação interna que vai levar em conta que o Direito é composto de princípios e que pode ser fundamentado pelos mais variados discursos. A segunda é a fundamentação externa, que é exatamente a via procedimental que vai garantir que o melhor argumento prevaleça na decisão⁴⁰⁴.

Na opinião deste filósofo, o Direito não pode se fechar a outros conteúdos e a correção da decisão judicial mede-se pela qualidade das condições argumentativas que envolveram tal decisão. Tal pensamento é mais adequado com o paradigma do Estado Democrático de Direito por atender melhor suas necessidades.

Em primeiro lugar, o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito. Em segundo lugar, a correção de decisões

⁴⁰² PRATES, Francisco de Castilho. *Identidade Constitucional e Interpretação no Estado Democrático de Direito: a Assunção do Risco*. In CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 539.

⁴⁰³ HABERMAS, Jürgen. Op.Cit. P. 290-291.

⁴⁰⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI, Marcelo (coordenação). Op.Cit. P. 349.

judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo⁴⁰⁵.

Trata-se de um pensamento moderno que permite a participação da sociedade nas decisões que a afetem tornando-as legítimas e democráticas. As leis não seriam mais votadas e aprovadas por políticos que representam grupos e não o povo e as lides seriam julgadas com a participação dos diretamente interessados, os jurisdicionados.

⁴⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. Op.Cit. P. 287.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise dos votos na ADPF 54 e diante de todos os argumentos expostos, encontram-se agora condições de responder aos principais questionamentos levantados no início deste estudo.

Inicialmente se pretendia saber se na ADPF 54 foi decidido se a interrupção da gestação do feto anencéfalo é aborto ou é antecipação terapêutica do parto. Após detida análise entende-se que a maioria dos Ministros optou pela segunda situação, a qual não nos filiamos, uma vez que se existe a possibilidade do nascimento com vida, haverá aborto. Em nosso entendimento evitou-se o uso da palavra aborto até a decisão da ADPF 54, nem mesmo os autores da referida ação queriam chamar o procedimento de aborto, isso porque ela trazia inserida em seu significado um crime e uma pena. Hoje, como a prática é permitida, não há o que temer, pelo menos juridicamente, trata-se de aborto.

Superado este ponto passa-se ao segundo questionamento que este estudo objetivou responder. Como uma nova possibilidade de aborto foi permitida, o STF acabou por criar uma nova excludente de ilicitude. As hipóteses legais de excludente são bem claras: só se permite aborto em caso de risco para a saúde da gestante e em caso de estupro, fora destas hipóteses é proibido.

Ao criar uma nova permissão para o aborto, o STF acaba por adentrar na esfera de atuação do Poder Legislativo. Como este se omitiu, o Judiciário encontrou campo para sua atuação. Por conta desta afirmação há que se analisar se ocorreu ativismo judicial na decisão. Concluiu-se pela resposta positiva, uma vez que ocorreu *a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas*, conforme palavras de Barroso. É necessário se atentar é que o ativismo só deve ocorrer em situações excepcionais.

Mais um questionamento a ser analisado por este estudo é se a decisão na ADPF 54 está de acordo com o papel contramajoritário do STF que, por definição, é o papel constitucional reservado ao Poder Judiciário de proteção dos grupos minoritários perante os pretensos abusos da maioria. Pode-se concluir positivamente, além disso, destaca-se que a omissão do Poder Legislativo levou à atuação do Judiciário, que, uma vez procurado a decidir, não poderia deixar a sociedade eternamente sem resposta.

Nota-se claramente o uso da ponderação na decisão da ADPF 54, tanto nos votos vencedores como nos votos vencidos e os princípios sopesados foram:

- ✓ Pelo lado da gestante: direito a saúde física e mental, direitos sexuais, dignidade da pessoa humana, liberdade e autonomia privada da mulher.
- ✓ Pelo lado do feto anencefálico: direito à vida e dignidade do feto

Quando sopesados, os direitos da mulher tiveram um peso maior em relação aos direitos do feto anencefálico e restou permitida a interrupção da gestação.

Contudo a técnica da ponderação não é a melhor para a resolução dos casos difíceis porque ao retirar a normatividade dos princípios, a técnica não apenas regrediu em termos de conquistas de direitos fundamentais, como também abriu espaço para o subjetivismo, o decisionismo e a insegurança jurídica.

Em substituição à referida técnica, o modelo procedimental de Habermas tende a ser mais adequado para a resolução dos casos difíceis, principalmente porque é um modelo participativo que, permite que a sociedade colabore com a elaboração da lei e da decisão das lides, o que se coaduna com as necessidades e as demandas de uma concepção adequada do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABORTO: Há 30 anos de referendo polêmico, debate continua em aberto na Itália. *Rádio Italiana*. Disponível em: < <http://www.radioitaliana.com.br/content/view/6480/26/>> Acesso em: 23/09/2013.

Aborto Eugênico. *Jus Brasil*. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/382674/aborto-eugenico>> Acesso em: 17/11/2013.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2008.

AMARAL, Jasson Hibner. *Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8248/consideracoes-acerca-do-dever-de-fundamentacao-das-decisoes#ixzz2SX6piF6b>> Acesso em: 06/05/2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*; v.2. 7ª ed. rev. atual. 2ª tir. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho Sobre la Justificación de las Decisiones Judiciales*. Disponível em: http://enj.org/portal/biblioteca/penal/argumentacion_jurica/33.pdf Acesso em: 02/04/2013.

Anencefalia. Disponível em: <http://www.tuasaude.com/anencefalia/> Acesso em: 25/04/2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A regra não é clara: a atualidade do quadro de interpretações possíveis de Hans Kelsen*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/13467/a-regra-nao-e-clara>> Acesso em: 02/04/2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Renovar. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Direito e política: a tênue fronteira ou judicialização, ativismo judicial e democracia. *Migalhas*. Jun. 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI156926,41046-Direito+e+politica+a+tenue+fronteira+ou+judicializacao++ativismo>> Acesso em: 17/11/2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 2: parte especial: Dos Crimes Contra a Pessoa*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva. 2008.

BERTAGNOLLI, Ilana. Roe v. Wade, Planned Parenthood v. Casey e Gonzales v. Carhart: Uma Análise Da Evolução Dos Precedentes Norte-Americanos Sobre A Questão Do Aborto. *ORBIS: Revista Científica* V. 2, n. 3. 2011. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/111>>. Acesso em: 21/05/2013.

BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília. Ano XLVI – nº 77. Seção 1. 18 de Junho. 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Relator Ministro Marco Aurélio. Partes: Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS (CF 103, 0IX). Data do julgado: 12 abr. 2012. Data da publicação: 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>> Acesso em: 24/10/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Relator Ministro Marco Aurélio. Notas taquigráficas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudilanciaPublicaAdpf54>> Acesso em 20/05/2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume 2: Parte Especial: Dos Crimes Contra a Pessoa a dos Crimes Contra o Sentimento Religioso e Contra o Respeito aos Mortos (arts. 121 a 212)*. 5ª ed. rev. atual. São Paulo. Saraiva. 2005.

CARDOSO, Bia. Quem é a mulher brasileira que aborta? *Pragmatismo Político*. Ago. 2013. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/08/quem-e-a-mulher-brasileira-que-aborta.html>> Acesso em: 16/11/2013.

CARVALHO, Tanae Lacerda. *Ativismo Judicial. Análise da legitimidade do Poder Judiciário*. Monografia jurídica apresentada como requisito para obtenção do título de especialista em Direito do Estado ao programa de pós-graduação da Faculdade Ananhanguera-Uniderp. Pouso Alegre. 2010.

CATTONI, Marcelo (coordenação). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2004.

COLLUCCI, Cláudia. As mais altas taxas estão justamente em regiões com leis restritivas. *Folha de São Paulo*. Mar. 2013. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/noticias2013/aborto/folhasp21032013_as_mais_altas_taxas_leis_restritivas.pdf> Acesso em: 16/05/2013.

Como funciona a pílula do dia seguinte. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/como-funciona-a-pilula-do-dia-seguinte>> Acesso em: 23/11/2013.

DUARTE, Hugo Garcez. *Pós-positivismo jurídico: o que pretende afinal?*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10050>. Acesso em 12/11/2013.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução: Silvana Vieira. 2ª Edição. WMF Martins Fontes. 2009.

FORMENTI, Lígia. CFM vai apoiar o direito de a mulher abortar até a 12ª semana de gestação. *Estadão.com.br*. Mar. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,cfm-vai-apoiar-o-direito-de-a-mulher-abortar-ate-a-12-semana-de-gestacao-,1011266,0.htm>>. Acesso em: 06/06/2013.

Grã-Bretanha: secretário apoia aborto até 12 semanas. *Jornal A Tarde*. Salvador. Out. 2012. Disponível em: < <http://atarde.uol.com.br/mundo/materias/1458372-gra-bretanha:-secretario-apoia-aborto-ate-12-semanas>> Acesso em: 21/05/2013.

GUIMARÃES, Saulo Cunha; BONFIM, Vinícius Silva. *A regra da ponderação e sua (des)estruturação*. Revista do Mestrado em Direito. Brasília. V. 5, nº 2, p. 279-311, Jul-Dez, 2011. Disponível em: <portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/3123/1931> Acesso em: 23/11/2013.

GUIMARÃES, Marina. Uruguai é o primeiro país da América do Sul a descriminalizar o aborto. *O Estado de São Paulo*. São Paulo. Out. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,uruguai-e-o-primeiro-pais-da-america-do-sul-a-descriminalizar-o-aborto-,947164,0.htm>> Acesso em 16/05/2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*. Vol. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1997.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*". Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997.

HENRIQUE, Brás. Bebê "anencéfalo" morre após 1 ano e 8 meses. *Estado de São Paulo*. São Paulo. Ago. 2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,bebe-anencefalo-morre-apos-1-ano-e-8-meses,216662,0.htm>> Acesso em: 25/04/2013.

Íntegra do relatório do novo Código Penal. *Agência Senado*. Ago. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/08/veja-a-integra-do-relatorio>> Acesso em: 16/11/2013.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho. *Princípio do Contraditório: Tendências de Mudança da sua Aplicação*. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, 28: 177-206. Jan./Jun. 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo. Martins Fontes. 1999.

Legalização do aborto no Uruguai. *IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo. Nov. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/novo/noticia/14096-Legalizacao-do-aborto-no-Uruguai>> Acesso em: 16/05/2013.

LEMOS, Iara. Anteprojeto de novo Código Penal vai prever possibilidade de aborto. *G1*. Mar. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/anteprojeto-de-novo-codigo-penal-vai-prever-possibilidade-de-aborto.html>>. Acesso em: 06/06/2013.

LINHARES, Juliana. Marco Feliciano: “Veja” entrevistou o controvertido deputado-pastor. *Veja*. Mar. 2013. Disponível em < <http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/veja-entrevistou-o-controvertido-deputado-pastor-marco-feliciano-leia-e-chegue-as-suas-proprias-conclusoes/>> Acesso em: 17/11/2013.

LOPES, Adriana Dias. Avanço Fundamental. *Revista Veja*. 18 de Abril de 2012. P. 106-108.

MAEYER, Paul de. *Polônia não muda lei do aborto. Projeto para proibir totalmente a prática é rejeitado*. Roma. 2011. Disponível em: <<http://www.zenit.org/pt/articles/polonia-nao-muda-lei-do-aborto>> Acesso em: 12/11/2013.

MARTINS, Antônio. “Mensalão”: por que reabrir o caso. *Carta Capital*. Set. 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/outras-palavras/201cmensalao201d-por-que-reabrir-o-caso-1937.html>> Acesso em: 17/11/2013.

MATIELO, Fernanda Demarchi. *O princípio (ou máxima) da proporcionalidade: Adequação, necessidade e ponderação – instrumentos da hermenêutica constitucional*. Disponível em: <http://clubejus.com.br/?artigos&ver=2.24031&hl=no#_ftn1> Acesso em: 06/05/2013.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução de Martônio Lima e Paulo de Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf> Acesso em: 23/11/2013.

MIRANDA, Pedro. *A legalidade do aborto eugênico*. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAjVkAA/a-legalidade-aborto-eugenico>> Acesso em 28/10/2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 4ª ed. Ver., atual., e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre G. M. F.; CAMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil - Fundamentação e Aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: Alguns Apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/118/114>> Acesso em: 23/11/2013.

PENNA, Maria Lúcia Fernandes. *Anencefalia e morte cerebral (neurológica)*. Physis, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, jun. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312005000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 06/05/2013.

PEREIRA, André Luiz Berro. *O controle judicial sobre as políticas públicas de saúde. Quando não é viável a aplicação da reserva do possível?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2666, 19 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17640/o-controle-judicial-sobre-as-politicas-publicas-de-saude>>. Acesso em: 29 out. 2012.

Pílula do Dia Seguinte é abortiva, afirmam especialistas. Disponível em: <<http://noticias.cancaonova.com/noticia.php?id=289199>> Acesso em: 23/11/2013.

PINHEIRO, Aline. Maioria de países na Europa permite aborto de anencéfalo. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo. Abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012->

abr-12/maioria-paises-europeus-permite-aborto-feto-anencefalo#autores> Acesso em: 16/05/2013.

Planned Parenthood Of Southeastern Pennsylvania, et al. v. Robert P. Casey, et al. Disponível em: <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/alito/ppcasey102191opn.html>> Acesso em 21/05/2013

Projeto de lei 1135/1991 (inteiro teor). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>> Acesso em: 09/05/2013.

Relatório do novo Código Penal mantém aborto e eutanásia como crimes e dificulta progressão de regime. *Agência Senado*. Ago. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/08/20/relatorio-do-novo-codigo-penal-mantem-aborto-e-eutanasia-como-crimes-e-dificulta-progressao-de-regime>> Acesso em: 16/11/2013.

Relatório dos Registos das Interrupções da Gravidez Ao Abrigo De Lei 16/2007 de 17 de Abril. Lisboa. 2013. Disponível em: <<http://backoffice.masterlink.pt/dgsaude/upload/pnsr/ficheiros/i010218.pdf>> Acesso em: 21/05/2013.

SALOMÃO, Saulo Salvador. A proporcionalidade em Alexy: superando o positivismo ou coroando o decisionismo. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 47-68, Ju./Dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume282/03.pdf>> Acesso em: 24/11/2013.

SANTANA, Keila. Não há espaço para a legalização do aborto, diz presidente da Câmara. *Agência Câmara de Notícias*. Fev. 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/274847-NAO-HA-ESPACO-PARA-A-LEGALIZACAO-DO-ABORTO,-DIZ-PRESIDENTE-DA-CAMARA.html>>. Acesso em: 06/06/2013.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/2012/09/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/>> Acesso em: 18/04/2013.

SOUZA, Valdomiro José de. O aborto no Brasil: *Um Resgate das Concepções Morais Católicas em Contraposição aos Grupos Pró-Aborto*. Revista Brasileira de História das Religiões – ANPUH. Maringá, v. 1, n. 3, 2009. Disponível em: <http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/pub.html> Acesso em 25/04/2013.

TOLEDO, Cláudia (Organização). *Direitos Sociais em Debate*. Rio de Janeiro. Elsevier, 2013.

TOLEDO, Cláudia. *Teoria da argumentação jurídica*. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23718/>> Acesso em: 28/04/2013.