

2

Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 54: análise e crítica *Claim of breach of fundamental precept: analysis and criticism*

FERNANDA MORAES DE SÃO JOSÉ

Mestranda em Direito Privado, pela Pontifícia Universidade Católica
de Minas Gerais – PUC/Minas; advogada.

JORDANO SOARES AZEVEDO

Mestrando em Direito Privado, pela Pontifícia Universidade Católica
de Minas Gerais – PUC/Minas; advogado.

RESUMO

O artigo em questão apresenta um estudo sobre os principais fundamentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal ao proferirem seus votos acerca da constitucionalidade ou não da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54/2004. Neste sentido, serão analisadas as opiniões favoráveis à autonomia da mulher para decidir se prosseguirá ou não com a gravidez em caso de fetos anencéfalos, e as contrárias, que acreditam ser a vida intocável, mesmo no caso de fetos sem cérebro.

Palavras-chave: feto anencéfalo; autonomia privada.

RIASSUNTO

L'articolo presenta uno studio dei motivi principali utilizzati dai ministri della Corte Suprema a pronunciare i loro voti sulla costituzionalità della ADPF 54/2004. A questo proposito, sono presi in considerazione commenti favorevoli per l'empowerment delle donne di decidere se procedere o meno con la gravidanza in caso di un feto anencefalo, e al contrario, credono che la vita è intatta, anche se il feto senza cervello.

Parole-chiave: feto anencefalo; autonomia privata.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Atual composição do direito privado brasileiro e suas implicações nos critérios de interpretação e aplicação da norma; 2. A axiologia como critério hermenêutico para a fundamentação das decisões judiciais; 3. Do caminho percorrido pela ADPF n. 54/2004 desde a sua proposição; 3.1. Das decisões proferidas pelos ministros do STF antes da análise de mérito da ação; 3.1.1. Análise do critério lógico-dedutivo; 3.1.2. A jurisprudência dos valores no STF e seu efeito no contexto do Estado Democrático de Direito; 3.1.3. A exigência da integridade do direito. Adequação e coerência no julgamento da ADPF n. 54/2004; 4. Breves considerações sobre o julgamento de mérito da ADPF n. 54/2004 proferida pelo Supremo Tribunal Federal; 5. A autonomia privada no contexto do Estado Democrático de Direito. 6. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

De acordo com Rodotà¹, quando se invoca a imediata e precoce aparição do direito, a pretensão não é tornar efetiva a função em realizar uma síntese social ou registrar um dado que já tenha sido socialmente legitimado, aparecendo no final de uma histórica jornada. O que se diz é que o direito deve intervir desde o amanhecer, iluminando as cores do dia não em vão – afinal, estar-se-á falando de normas destinadas a se tornar desatualizadas quando sua transitória aventura dá início aos sinais de esgotamento (tradução dos autores).

De acordo com o referido jurista, não se pretende decidir, tampouco, que o direito não possa incorporar valores fortes, desempenhar uma função promocional, ser parte dinâmica da transformação social. A ideia de um direito “débil” nada tem a ver com a de um direito consciente de seus limites (tradução dos autores).

Neste sentido, necessário faz-se explicar brevemente o surgimento da ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta modalidade de ação instituída no Brasil em 1988, através do artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal², cuja regulamentação está prevista na Lei n. 9.882/1999.

¹ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 229, *in verbis*: “*Cuando se invoca la inmediata y precoz aparición del derecho no se pretende que éste cumpla la función de realizar una síntesis social o registrar un dato que ha sido ya, en alguna medida, socialmente legitimado, apareciendo al final de una histórica jornada. Lo que se dice es que el derecho debe intervenir desde el amanecer, iluminando los colores del día no en vano, al final, hablamos de normas destinadas a quedar trasnochadas cuando su transitoria aventura empieza a dar señales de agotamiento. Con esto, no se pretende decir tampoco que el derecho no puede incorporar valores fuertes, desempeñar una función promocional, ser una parte dinámica del cambio social. La idea de un derecho “débil” nada tiene que ver con la de un derecho consciente de sus límites (...)*”.

² Artigo 102, parágrafo 1º. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na forma da lei”.

A ADPF foi criada para preencher as lacunas causadas pelas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), e sua propositura não pode contrariar leis ou atos normativos cujas vigências precederam a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Esta ação produz efeitos *erga omnes* (para todos) e tem como objetivo evitar ou reparar lesão a algum preceito fundamental proveniente de atos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A maioria das questões suscitadas pelas ADPFs desperta o interesse de toda a sociedade, visto que as decisões provenientes dos julgados dessas ações refletem-se em todos de forma direta e indistintamente.

De acordo com Rodotà³, um direito com pretensões de imperialismo social, dominado pela pretensão de abarcar todas as questões, corre o risco de permanecer dramaticamente exposto ao rechaço quando a realidade segue tendências e mostra hostilidades em relação às quais a norma, em sua ânsia de regulação imediata e completa, não consegue lograr êxito nem solucionar os conflitos daí decorrentes (tradução dos autores).

O reconhecimento do direito de a gestante submeter-se à antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencéfalo foi tema debatido pelo Supremo Tribunal Federal através da análise da ADPF de número 54.

A ação foi julgada pelo plenário do STF, que levou em consideração, para proferir a decisão final, as opiniões favoráveis à autonomia da mulher para decidir se prosseguirá ou não com a gravidez em caso de fetos anencéfalos, e as contrárias, que acreditam ser a vida intocável, mesmo no caso de feto sem cérebro⁴. Assim, configura-se, portanto, este assunto tema de principal análise do trabalho em questão.

³ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 230, *in verbis*: “[...] *En realidad, un derecho con pretensiones de imperialismo social, dominado por la pretensión de abarcarlo todo, corre el riesgo muy concreto de quedar dramáticamente expuesto al rechazo, cuando la realidad sigue tendencias y muestra tensiones que la norma, en su afán de regulación inmediata y completa, no logra plasmar correctamente [...]*”.

⁴ BRASIL. STF. Temas de interesse geral são debatidos em relevantes ADPFs ajuizadas no Supremo. *Notícias STF*, Brasília, 10 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115825&caixaBusca=N>>. Acesso em: 29 de abril de 2012.

1. A ATUAL COMPOSIÇÃO DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO E SUAS IMPLICAÇÕES NOS CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA

Os processos de descodificação e constitucionalização das normas de Direito Civil⁵ determinaram a mudança dos métodos clássicos de interpretação e aplicação da norma, e um dos desafios atuais do operador do Direito é o de estabelecer um critério hermenêutico coerente com o sistema aberto e principiológico vigente. Mais do que isso, o aplicador da lei também deve ter a exata noção do conteúdo ou dos elementos integrantes do ordenamento jurídico para, com base neles, fundamentar sua decisão.

A necessidade de mudança deu-se em virtude da configuração do sistema jurídico contemporâneo, dentro do qual a Constituição ocupa posição central e tem função de estabelecer as diretrizes fundamentais e manter a coerência entre os diversos microssistemas que regem as relações privadas.

Dessa forma, as instituições em geral do Direito Civil – a saber, a família, a propriedade e o contrato – estão, respectivamente, condicionadas às diretrizes constitucionais da igualdade de direito entre cônjuges e filhos, da função social da propriedade e do contrato, e ambas, indistintamente, ao princípio maior da dignidade humana. Daí se pode dizer que a constitucionalização acarretou uma crise no sistema, tanto em relação à instituição quanto em relação à interpretação no Direito Civil (FIUZA, 2003: 23-58).

Fala-se em crise devido à superação do paradigma jusracionalista, segundo o qual todo o conteúdo do Direito poderia ser extraído da racionalidade humana de forma abstrata. Para a corrente jusracionalista, que inspirou as codificações do século XVIII, existem princípios universais da racionalidade humana, a partir dos quais todos os demais princípios do ordenamento jurídico podem ser deduzidos (VAN CAENEGEM, 2000).

⁵ Segundo Lôbo (2003: 204-205), o termo descodificação é um processo que pode ser assim sintetizado: “Proliferaram na década de setenta deste século, e daí em diante, as legislações sobre relações originariamente civis caracterizadas pela multidisciplinaridade, rompendo a peculiar concentração legal de matérias comuns e da mesma natureza dos códigos [...]”. Para Lorenzetti (1998: 221-222): “A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente [...]”. Consequência deste processo de proliferação normativa foi a Constitucionalização que, segundo Tepedino (2003: 118), é o processo de “[...] introdução, na ordem pública constitucional, de valores não patrimoniais de natureza social e voltados para a proteção da pessoa humana, aos quais devem ser funcionalizadas as relações jurídicas privadas, justamente para atender os objetivos do Estado Interventor”.

O Código Civil de 1916 não poderia ficar alheio aos acontecimentos jurídicos que ocorreram na Europa naquele período das codificações e, obviamente, foi influenciado pela ideia de que seria possível elaborar um Código Civil unitário, completo e coerente.

A unidade, a completude e a coerência seriam assim como três pilares do revogado Código Civil, mas não tardou para que as modificações que ocorreram na sociedade brasileira, principalmente após a segunda metade do século XX, viessem a desmistificar esta ideia tão latente no pensamento iluminista das codificações.

Os dois primeiros pilares ruíram após a proliferação de leis extravagantes que ou passaram a tratar de temas antes reservados ao código ou de questões ainda não reguladas pela lei. Algumas dessas leis passaram a trazer em seu bojo normas estranhas ao Direito Civil, como as de Direito Penal, Administrativo e Processual e, por terem um eixo próprio de princípios, receberam a denominação de “microssistemas”.

Esta nova configuração pôs em cheque a noção de coerência, pois os princípios e regras tradicionais de Direito Civil passaram a conflitar com outros princípios protegidos pelas leis especiais, muitos deles de caráter social e programático.

Neste contexto, a inserção de princípios gerais de direito na Constituição representou um importante marco, pois leva o aplicador do Direito a fundamentar sua decisão com base nos princípios constitucionais que não raro incidem diretamente sobre o caso concreto, podendo inclusive afastar a aplicação de uma lei ordinária.

Assim, pode-se dizer metaforicamente que o “universo” da relação privada deixou de ter o Código Civil como centro de referência e passou a gravitar em torno da Constituição.

Desta breve digressão, é possível estabelecer algumas conclusões e também assertivas que serão válidas no desenvolvimento da presente pesquisa. A primeira é a de que o ordenamento jurídico atual é um sistema aberto devido ao reconhecimento de que o Direito é um fenômeno dinâmico porque sempre estará condicionado às mudanças que ocorrem no seio da sociedade e que repercutem dialeticamente na esfera jurídica.

Uma segunda ilação é a de que as instituições clássicas de direito privado são atualmente interpretadas segundo os princípios previstos na Constituição Federal de 1988.

É importante sublinhar, porém, que esta interpretação fundada nos princípios constitucionais não pode ser dissociada da análise do caso concreto. Apesar de

atualmente contar-se com um emaranhado de leis, atos normativos e princípios gerais, muitas vezes não serão encontradas respostas no ordenamento jurídico para um problema concreto.

O raciocínio jurídico, então, deixou de ser fundado apenas no critério lógico-dedutivo, método interpretativo típico do positivismo jurídico, para dar lugar a um critério argumentativo, isto é, um método voltado à solução do caso concreto, a partir de um determinado problema⁶.

Em conformidade com Rodotà⁷, o direito passou a assumir uma forma de liberação diante das regras restritivas (religiosas, éticas, sociais ou naturais) que se apropriaram da vida durante anos e que, ao derivarem de entidades abstratas, não podiam modificar-se mediante um ato de livre vontade. Ademais, a lei, enquanto produto de uma divindade entregue aos homens, limitava-se, tão somente, a exigir-lhes obediência e negava-lhes o poder de modificá-las (tradução dos autores).

De acordo com o jurista italiano⁸, o que se busca é reconstruir o sistema como um todo, valorar o peso dos diferentes componentes formais e informais e

⁶ Esta técnica de pensar o direito a partir do problema teve início na obra de Theodor Viehweg, *Topik and Jurisprudenz*, em 1953. Segundo Manuel Atienza (2002: 59), “o que se entende por teoria da argumentação jurídica tem sua origem numa série de obras dos anos 50 que compartilham entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos”. Na verdade, pode-se dizer que Theodor Viehweg foi o precursor de uma nova linha de raciocínio jurídico, cujo critério de solução dos conflitos parte de uma base argumentativa, isto é, parte-se de um problema prático (de um caso concreto) e, com base na retórica ou argumentação, chega-se à solução da lide. Vários autores deram sequência à obra de Viehweg, dentre outros Perelman, Toulmin, MacCormick e Alexy (ATIENZA, 2002), mas, para os fins deste trabalho, serão adotadas como marco teórico as teorias argumentativas de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.

⁷ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 12, *in verbis*: “El derecho, como señala Rodotà, supuso una forma de liberación frente a reglas restrictivas-religiosas, éticas, sociales o naturales – que se adueñaban de la vida y que, al derivar de entidades abstractas, no podían modificar-se mediante un acto de libre voluntad. Cuando la ley era el producto de una divinidad que la entregaba a los seres humanos, la ley escapaba a su voluntad, se adueñaba de sus vidas: la ley se limitaba a reclamar obediencia, les negaba a los hombres el poder de modificarla [...]”.

⁸ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 61. “[...] Lo que se busca es reconstruir el sistema en su integridad, valorar el peso de los distintos componentes formales e informales, y no sustituir una visión unilateral por otra visión que no lo es menos. La realidad de los comportamientos jurídicos no puede ser nunca valorada en sí misma, pues se encuentra siempre fuertemente condicionada por el contexto formalizado en el que estos se manifiestan. La reivindicación de la realidad de los comportamientos jurídicos no debe transformarse en una operación ideológica orquestada para librarse de normas incómodas [...]. El derecho moderno se ha visto acompañado por la continua dialéctica entre disponibilidad directa por parte de los ciudadanos y mediación necesaria por parte de cuerpos profesionales, entre fuerza de los intereses y afirmación de valores. [...]”.

não substituir uma visão unilateral por outra visão que não seja menor. A realidade dos comportamentos jurídicos não pode ser nunca valorada em si mesma, pois se encontra sempre fortemente condicionada pelo contexto formalizado em que estes se manifestam.

A reivindicação da realidade dos comportamentos jurídicos não deve transformar-se em uma operação ideológica orquestrada para se livrar de normas incômodas (tradução dos autores).

Rodotà asseverou ainda que o direito moderno tem sido acompanhado pela contínua dialética entre disponibilidade direta por parte dos cidadãos e mediação necessária por parte dos profissionais, entre força de interesses e afirmação de valores (tradução dos autores).

2. A AXIOLOGIA COMO CRITÉRIO HERMENÊUTICO PARA A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Esta nova configuração do ordenamento jurídico, de que se falou no tópico anterior, pode proporcionar demasiado poder discricionário ao juiz se não forem bem compreendidos quais são os verdadeiros conteúdos ou elementos integrantes do sistema jurídico e qual é a sua correta técnica de aplicação ao caso concreto.

Neste contexto, não há dúvida de que todos estão inseridos em um sistema principiológico e de cláusulas gerais, que deixa um campo de atuação muito mais aberto ao juiz; além disso, o paradigma do Estado Social ainda continua a exercer forte influência na concepção dos magistrados, no sentido de se permitir a ingerência do Poder Público na vida dos particulares, seja nas situações jurídicas existenciais, seja nas patrimoniais, mediante a imposição de valores supostamente dominantes, e isso em manifesta violação do paradigma democrático e ignorando o caráter plural da sociedade contemporânea⁹.

⁹ Esta influência do Estado Social foi bem retratada por Chamon Júnior (2010: 26). Inicialmente, o citado autor fez uma distinção entre o paradigma jurídico-liberal e o jurídico-social nos seguintes termos: “De uma maneira generalizada, enquanto o paradigma jurídico-liberal pautou-se no ideal de uma **autonomia moral**, intrinsecamente valiosa e que, por esta razão, haveria de ser juridicamente protegida, o paradigma jurídico-social se orientou no sentido de uma **autonomia ética**, a explicar a solidariedade social como alicerçada sobre padrões valorativos massificados e transformados em *standards* comportamentais [...]. Um tratamento massificador da população, de seus ideais, padrões de conduta e de vida, bem como de seus valores, sucedeu àquela esvaziada e atomista concepção de autodeterminação moral até então predominante na justificativa e na legitimação do Direito. No paradigma jurídico-social, a justificativa do Direito estava enraizada em um pretensão *ethos* social compatilhado pelos cidadãos que se reconheceriam – enquanto partículas de uma massa – em um **ideal de vida** boa, assumindo como norte o parâmetro de interpretação das relações interpessoais”.

Daí que as decisões judiciais ainda refletem uma carga valorativa que designa concepções subjetivas do julgador, o que leva à insegurança e à incoerência do sistema. Como se verá ao longo deste trabalho, os juízes muitas vezes empregam a expressão valor como sinônimo de princípio, ou vice-versa, de forma que não existe consenso em se saber quais os elementos que compõem o ordenamento jurídico (se são regras, princípios, valores etc.).

Neste ponto específico, Bruno Torquato Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2009) sustentaram que hoje há uma tensão entre axiologia e normatividade como fundamento de decisões judiciais. Isso ocorre porque, para alguns autores, o ordenamento jurídico é composto por normas e valores enquanto, para outros, o sistema é formado apenas por normas, das quais são espécies as regras e os princípios¹⁰.

Em seguida, Chamon Júnior (2010: 27) concluiu que o Estado assumiu este papel interventor nas relações jurídicas privadas, e esta ingerência excessiva constitui cerceamento das liberdades individuais, senão veja-se: “Uma tal concepção [...] viabilizou funcionalmente a realização de determinadas finalidades jurídico-políticas assumidas como indispensáveis. Afinal, o Estado haveria de assumir seu papel de gerente viabilizador desse ideal de vida boa [...]. Não tardou a se construírem jargões do discurso jurídico da Modernidade [...]. No caso da jurisdição, tal perspectiva levou, e leva, ao constante cerceamento das liberdades individuais sob argumentos que fazem prevalecer, sobre todos, leituras axiológicas sempre particulares e não generalizáveis.”

¹⁰ A corrente axiológica é defendida pela chamada “jurisprudência dos valores”, da qual Karl Larenz foi o principal defensor. Para ele, “os valores participam do processo jurídico, que tem como finalidade a conduta ética e a justiça” (SÁ & NAVES, 2009: 26). Outro autor que está ligado à jurisprudência dos valores é Robert Alexy. A vinculação dele a esta teoria deve-se ao caráter axiológico de seu método de interpretação e aplicação dos princípios. O método adotado por Alexy é o da “ponderação”. Para os autores que reconhecem a vinculação de Alexy à jurisprudência dos valores, o critério da ponderação não deixa de ser um método axiológico, pois, no ato de aplicar um ou outro princípio, o juiz leva em conta valores pessoais e subjetivos, criando um escalonamento gradual, em conformidade com as suas concepções individuais. Por outro lado, três autores se destacam dentre os que defendem a composição do sistema jurídico apenas por regras e princípios. São eles: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas. No decorrer deste trabalho, o objetivo será o de demonstrar que a concepção destes últimos autores é a mais indicada para a aplicação da norma em um caso concreto. Desta feita, o ponto de partida será o reconhecimento de que o ordenamento jurídico é composto apenas de regras e princípios que são espécies do gênero norma. O segundo passo é, também com base na teoria de Dworkin e Habermas, demonstrar os critérios argumentativos mais indicados para uma decisão judicial, de forma a se preservar a integridade do direito e garantir o respeito às liberdades individuais e do paradigma democrático. Esta proposta não se fará de forma abstrata, mas antes partirá de um caso concreto, o que terá o objetivo de reforçar a validade da hipótese e a conclusão do trabalho. Para tanto, foi escolhido o tema da anencefalia, primeiro por se tratar de um assunto que traz repercussões morais, éticas, religiosas e jurídicas e, segundo, porque está pendente o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54/04, o que constitui um campo propício para desenvolver as teorias que compõem o marco teórico de forma exemplificativa e palpável.

Para os citados autores, “o problema do procedimento axiológico de interpretação e aplicação do Direito está na subjetividade e imprevisibilidade de sua utilização” (SÁ & NAVES, 2009: 30). Observa-se, pois, a atual preocupação destes autores em relação ao arbítrio do julgador, que pode usar de seus valores subjetivos para fundamentar a decisão que será aplicada no caso concreto.

Esta ideia de que a Constituição contempla uma ordem gradual e escalonada de valores é frequente nos tribunais, e o que se pretende demonstrar aqui é que esta leitura está equivocada, na medida em que pode proporcionar ao magistrado um elevado grau de subjetividade, o que coloca em xeque o próprio paradigma do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, Rodotà¹¹ foi claro ao asseverar que a verdadeira proteção é a que se alcança quando o ordenamento jurídico se estrutura de maneira que a ausência da regra limitadora da autonomia encontra-se acompanhada do reconhecimento institucional da intangibilidade da autonomia (tradução dos autores).

Nos dizeres do jurista mencionado¹², todos são confrontados por conflitos incessantes, que tomam cada vez mais e frequente o semblante de uma contraposição de valores. Uma contraposição que não encontra saída quando se afirma a existência de valores não negociáveis, aos que deveria submeter-se não só à política de Estado, mas também a própria autonomia das pessoas (tradução dos autores).

Stefano Rodotà asseverou ainda que o Estado constitucional de direito em que se vive ou se acredita viver contempla procedimentos de legitimação que excluem toda forma de imposição unilateral. Deve-se apartar qualquer apreciação, portanto, de um pluralismo sem princípios, que põe a vida nas mãos da conformação

¹¹ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 307, *in verbis*: “[...] *La verdadera protección es la que se alcanza cuando el ordenamiento jurídico ha sido estructurado de manera que la ausencia de la regla limitadora de la autonomía de la persona se vea acompañada por el reconocimiento institucional de la intangibilidad de la autonomía [...]*”.

¹² RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 309-311, *in verbis*: “[...] *Nos enfrentamos a conflictos incesantes, que tomam cada vez más frecuentemente el semblante de una contraposición de valores. Una contraposición que no se encuentra salida cuando se afirma la existencia de valores no negociables, a los que debería someterse no sólo la política, sino la propia autonomía de las personas. En cambio, el Estado constitucional de derecho en el que vivimos o creemos vivir contempla procedimientos de legitimación que excluyen toda forma de imposición unilateral [...]. Debemos apartarnos por tanto de un pluralismo sin principios, que pone la vida en manos de la conformación casual de las mayorías sociales, auténticamente tiránicas cuando manifiestan la voluntad de expropiar a las personas su autonomía [...]*”.

casual das maiorias sociais, autenticamente tiranas quando manifestam a vontade de expropriar as pessoas de sua autonomia.

A busca pela comprovação desta hipótese será realizada paralelamente com o exame do caso “anencefalia”. Mais especificamente, será abordada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54/04, com especial enfoque nos argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) para acolher ou rejeitar a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos.

A escolha deste tema justifica-se por se tratar de um *hard case*¹³ que, em recente decisão, foi solucionado definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal. A ADPF n. 54 foi proposta em 2004 e o seu julgamento de mérito só foi proferido oito anos após sua proposição.

3. DO CAMINHO PERCORRIDO PELA ADPF N. 54/2004 DESDE A SUA PROPOSIÇÃO

3.1. Das decisões proferidas pelos ministros do STF antes da análise de mérito da ação

A evolução das técnicas científicas proporcionou o diagnóstico pré-natal de uma anomalia embrionária, mais especificamente a má-formação do sistema nervoso do nascituro. De modo técnico, a caracterização da anencefalia foi dada por Fonseca, Pianetti & Xavier, referência citada na dissertação de mestrado de Stigert (2007). Para eles, anencefalia “é a ausência do cérebro, podendo, em algumas situações, existir resquícios de tecido cerebral, acompanhado pela ausência de meninges, calota craniana e pele” (FONSECA, PIANETTI & XAVIER *apud* STIGERT, 2007: 58).

Em seu trabalho acadêmico, Stigert (2007) coletou importantes informações sobre o tema ao pesquisar estudiosos da área. Pelas suas notas, a anencefalia caracteriza-se ainda pela ausência do hipotálamo, do desenvolvimento incompleto da hipófise e do crânio, o que dá ao anencéfalo uma aparência grotesca¹⁴.

A ausência de tais estruturas cerebrais impossibilita o exercício das funções superiores do sistema nervoso central, como consciência, cognição, vida de relação,

¹³ Para Habermas, *hard cases* são aqueles em que “nenhuma regra estabelecida prescreve uma decisão, seja em um sentido, seja em outro” (HABERMAS, citado por GALUPPO, 2002:185).

¹⁴ “Por isso, o feto anencéfalo tem a aparência de uma ‘rã’ na medida em que é desprovido da calota craniana e da cobertura das estruturas neurológicas restantes, com uma protusão dos olhos decorrente da ausência do osso frontal que conforma a parte superior da órbita craniana [...]” (SILVA FRANCO, 2005 *apud* STIGERT, 2007).

comunicação, afetividade e emotividade. No entanto, o anencéfalo possui o tronco encefálico, e a presença de tal estrutura permite a manutenção temporária de algumas funções, como as respiratórias, as vasomotoras e as dependentes da medula espinhal¹⁵.

Mesmo com a presença de resquícios do tronco, pode-se dizer que a anencefalia equipara-se ao estado vegetativo permanente (EVP), pois o feto nunca desenvolverá funções cognitivas, comunicativas e afetivas, permanecendo temporariamente apenas com alguns reflexos, movimentos oculares, respiração e tosse¹⁶.

Desse modo, as estatísticas revelam que a sobrevida do feto após o parto é de apenas algumas horas, tornando a morte inevitável e certa¹⁷. Mesmo assim, aproximadamente 65% dos fetos morrem ainda no período intrauterino¹⁸.

Como se vê, os prognósticos médicos sobre a possibilidade de cura são totalmente desfavoráveis, o que ocorre devido à inviabilidade vital do feto anencefálico. E justamente por existir um consenso na comunidade médica acerca desta inviabilidade vital, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução n. 1.752, de 8 de setembro de 2004, para permitir o transplante de órgãos do feto após seu nascimento.

Neste mesmo ano, o Conselho Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54/04 para obter, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), o pronunciamento definitivo do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro acerca da autorização para a interrupção das gestações de fetos anencefálicos.

A ação despertou opiniões dos mais diversos ramos e segmentos da sociedade, trazendo à tona aspectos éticos, morais, jurídicos, médicos e religiosos que provocaram um acirrado debate no Supremo Tribunal Federal¹⁹.

¹⁵ (SEBASTIANI *apud* FRANCO, 2005). Referência obtida na dissertação de Stigert (2007).

¹⁶ (BAVIO *apud* STIGERT, 2007).

¹⁷ (Débora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, p. 44). Referência obtida na petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/04.

¹⁸ (Débora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, p. 102). Referência obtida na petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/04.

¹⁹ De um lado, a comunidade médica apoia a antecipação do parto. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também já apresentou parecer favorável sobre o tema. O parecer foi concedido em 2004, ano em que a liminar foi concedida pelo ministro Marco Aurélio de Mello. Naquela ocasião, 81 advogados componentes do Conselho Federal da OAB decidiram, por maioria, que a antecipação do parto é medida que se impõe para proteger não apenas a dignidade humana da mulher gestante, mas também para defender sua liberdade. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/parecerer_oab_anencefalo.htm>. Entretanto, entidades religiosas, como a Confederação dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Federação Espírita Brasileira (FEB), assim como os representantes do

Tudo começou com a liminar deferida pelo relator da ADPF n. 54/04, o ministro Marco Aurélio de Mello, em julho de 2004. Em 31 de agosto deste mesmo ano, o pleno do STF reuniu-se para discutir questão de ordem acerca do cabimento ou não da ADPF para o julgamento do caso e acabou decidindo, também, outra questão suscitada incidentalmente pelo ministro Eros Grau acerca da manutenção ou revogação da medida liminar. Naquela ocasião, os ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Velloso e Nelson Jobim foram favoráveis à revogação da liminar. Por outro lado, votaram pela manutenção da liminar o próprio Marco Aurélio de Mello e os ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Esta votação até poderia apresentar-se como um possível resultado do julgamento de mérito a ser proferido pelo STF, pois foram sete contra quatro votos a respeito da revogação da medida liminar. Alguns dos ministros, como Eros Grau e Cesar Peluso, anteciparam seu posicionamento²⁰, mas a dúvida persistiu até o julgamento definitivo da ação, pois o STF agora tem uma nova composição de ministros²¹.

Movimento Brasil sem Aborto, defendem a impossibilidade da antecipação do parto, por entenderem que tal prática constitui aborto. As três mencionadas entidades reuniram-se, em 25 de março de 2010, no seminário da Comissão de Legislação Participativa da Câmara para discutir o tema. Naquela ocasião, tais entidades defenderam a aprovação do Projeto de Lei (PL) n. 478/07, que visa a criar o Estatuto do Nascituro. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI104465,41046-Religiosos+e+OAB+divergem+sobre+aborto+de+fetos+anencefalos>>.

²⁰ O ministro Eros Grau antecipou seu posicionamento sobre o tema, dizendo que: “O feto não é uma coisa, porém, pessoa [...]. Como o feto é pessoa e a mãe não corre perigo, a liminar acaba afrontando a dignidade do ser que o feto é [...]”. Mais adiante, naquela mesma sessão teve a palavra o ministro Cezar Peluso, oportunidade em que o citado magistrado ressaltou a relevância de ser analisada, pelo pleno, a viabilidade da manutenção da liminar anteriormente concedida em decisão monocrática pelo próprio STF. Neste breve exposição, o ministro Cezar Peluso ressaltou o seguinte: “Nem se pode pré-excluir que o caso seja de um resultado extremamente diferente, porque, na verdade, no fundo o que está em jogo aqui é, sem avançar nenhum juízo sobre o mérito do pedido, a possibilidade teórica de que se contraponham dois grandes valores jurídicos tutelados pela Constituição. A grande pergunta é: há argumentos suficientes para se optar por um deles, de modo mais ou menos indefinido, em detrimento de outro valor, que parece ter o mesmo grau de dignidade jurídico-constitucional, ou não há?”. Este trecho é importante porque chancela grande parte das assertivas apresentadas nesta pesquisa, primeiro porque as observações do ministro Cesar Peluso revelaram que a expressão “valor” é utilizada como sinônimo de princípio. Em segundo lugar, observa-se que o ministro pressupôs certa ordem escalonada ou hierárquica de dignidade que certo valor (ou princípio) recebe da Constituição. Por fim, verificou-se a criação de uma suposta concorrência principiológica entre os princípios envolvidos na ação.

²¹ Do tempo transcorrido entre a interposição da ADPF n. 54/2004 e seu julgamento de mérito, houve a substituição de alguns ministros. Eis as mudanças: Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli assumiram o cargo sob a presidência do ministro Cezar Peluso. Deixaram o cargo os ministros Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso. Em 2011, Luiz Fux assumiu o lugar de Eros Grau e Rosa Weber ocupou o lugar de Ellen Gracie.

Seja como for, o objetivo do estudo aqui apresentado é o de realizar uma análise crítica dos fundamentos jurídicos utilizados pelos ministros do STF e apontar um critério hermenêutico coerente com as linhas teóricas traçadas nesta pesquisa. Ao final, com base no marco teórico das teorias argumentativas de Dworkin e Habermas, procurar-se-á demonstrar que a solução da ADPF n. 54/04 vai muito além da análise puramente legalista que o paradigma do positivismo antes propunha (critério lógico-dedutivo). A análise também deve ser isenta de critérios axiológicos e assentar-se nos preceitos deônticos que compõem o ordenamento jurídico. Por fim, a fundamentação não deve perder de vista as peculiaridades do caso concreto e ser construída de forma argumentativa, a partir de um critério racional para se manter a integridade do direito e preservar iguais liberdades individuais (garantia do Estado Democrático de Direito).

No que tange à anencefalia especificamente, partir-se-á da premissa de que não existe uma concorrência principiológica entre dignidade humana do feto e autonomia privada da gestante. A questão gira em torno da autonomia, pois não há como garantir a dignidade humana do feto que não poderá desenvolver o aspecto biográfico de sua vida²².

3.1.1. Análise do critério lógico-dedutivo

Como já referido no tópico anterior, a sessão plenária do STF realizada no dia 31 de agosto de 2004 tinha por escopo o julgamento de questão de ordem relacionada com o cabimento ou não da ADPF para o julgamento da ação. Durante os debates, porém, o ex-ministro Eros Grau levantou outra questão a ser colocada em pauta, que se referia à viabilidade ou não da manutenção da decisão liminar deferida pelo relator Marco Aurélio de Mello. Após longos debates, os ministros foram favoráveis à inclusão da matéria na pauta, e, como já mencionado, a decisão liminar acabou sendo revogada.

Esta sessão foi de suma importância para esta pesquisa, pois, naquela época, alguns ministros, mesmo que de forma breve, revelaram seu posicionamento a respeito do tema.

²² Maria de Fátima Freire de Sá, ao escrever sobre o tema, ensinou que: “Certo é que a dignidade deve aliar duas dimensões ao seu conceito: a dimensão biológica, como atinente ao aspecto físico-corporal, e a dimensão biográfica, que pertine (*sic*) ao campo dos valores, crenças e opções. Logo, o Direito não pode preocupar-se somente com a primeira questão, mas, ao contrário, necessita buscar a unidade do ser humano.” (SA, 2005: 60).

Desta feita, será realizada inicialmente uma análise dos fundamentos que levaram o ex-ministro Eros Grau a decidir pela revogação da medida liminar. Ao suscitar a nova questão a respeito do referendo da liminar, ele assim manifestou:

O feto não é uma coisa, porém pessoa. Pontes de Miranda disse, em breve anotação colhida agora, que: “No intervalo entre a concepção e o nascimento, os direitos que se constituíram têm sujeito, apenas não se sabe qual seja.”

Preceitua o artigo 2º do Novo Código Civil: “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Como o feto é pessoa e a mãe não corre perigo, a liminar acaba afrontando a dignidade do ser que o feto é. Diria, até lembrando afirmação do professor Barroso, que o STF tem muito a dizer, sim, neste momento. E deve dizer, de modo muito vivo, que a manutenção da liminar não se justifica²³.

Após longos debates a respeito da possibilidade ou não da deliberação sobre a revogação da liminar, a questão foi de fato colocada em pauta por decisão da maioria dos ministros. A votação iniciou-se com o relator Marco Aurélio de Mello, que, naquele momento, pediu que fosse observado o caso concreto, a realidade, e chamou atenção para o STF não se deixar ser influenciado por pressões provenientes da sociedade, como aquela exercida pelas autoridades eclesiásticas.

Logo após o voto do relator, o ex-ministro Eros Grau teve a palavra novamente e votou contra o referendo da liminar. Em suas palavras:

No meu voto, não fico impressionado, nem discuto lógica religiosa ou da ciência, mas, única e exclusivamente, a lógica do sistema jurídico. Aliás, nunca senti pressão nenhuma em torno disso. É estranho até que se diga da tribuna, pelo ilustre professor, que todos estão de acordo com o aborto e que o eminente ministro-relator se queixe de ameaças.

Trata-se mesmo de uma liminar da vida, mas contra a vida, pelo menos contra a vida reconhecida pelo artigo 2º do Código Civil²⁴.

Pelo que se observa da breve fundamentação utilizada pelo ex-ministro Eros Grau, este pretendia um julgamento técnico, ou seja, dentro da lógica jurídica. A estrutura de seu argumento foi pautada nas seguintes premissas: que, se o nascituro é pessoa, nos termos do artigo 2º do Código Civil (premissa A), que a gestante não

²³ Trecho obtido da ata da sessão plenária do STF, realizada em 31 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/adpf54.pdf>>.

²⁴ *Op. cit.*

corre perigo e que toda pessoa tem dignidade (premissa B), logo, a antecipação do parto constitui aborto por ser crime contra a vida (conclusão C).

Não se pode olvidar que tal fundamentação não constitui o voto definitivo em relação ao tema, haja vista que o provimento de mérito do julgamento definitivo da ADPF n. 54/04 deu-se recentemente (oito anos após sua proposição). Mas, mesmo não se tratando de voto definitivo, não há como deixar de enquadrar este raciocínio no superado paradigma do positivismo jurídico. A ideia central do positivismo é de que o único direito válido é aquele criado pelo Estado. O julgador era mero aplicador da norma jurídica por realizar uma simples subsunção do fato concreto à norma abstrata. Para o positivismo, vale aquela máxima: se A é, B deve ser.

Neste sentido, o voto do ex-ministro Eros Grau foi ao encontro do método lógico-dedutivo criado pelo positivismo ao estabelecer uma subsunção silogística entre pessoa e dignidade humana (se o nascituro é pessoa, logo, tem dignidade). No entanto, observa-se que o argumento utilizado naquela época foi desprovido de qualquer análise das peculiaridades do caso concreto e tal concepção leva ao total distanciamento do Direito das relações sociais, ao concebê-lo como um fenômeno estático e imutável.

Assim, como exposto no tópico inicial, esta compreensão do Direito deixou de existir a partir do momento em que se descobriu que o avanço das relações sociais, aí compreendidos os avanços da ciência, da atividade econômica e do intercâmbio mundial, sempre condiciona a formatação do ordenamento jurídico de um determinado local. Se a sociedade é plural e complexa, o Direito é dinâmico e flexível e o sistema é aberto, eis que assentado em bases principiológicas.

Neste contexto, não há como deixar de lado aspectos tão importantes nos casos de anencefalia, como a comprovação científica de que o feto viverá apenas algumas horas após o parto. E, mesmo que a ciência possa avançar no sentido de progredir nas buscas da cura, será que o bebê poderá ter condições de ter uma vida digna, com autonomia, ou viverá em estado vegetativo e completamente excluído das relações sociais?

O fato é que tais elementos não podem ser desconsiderados quando se trata de um julgamento feito pelo Poder Judiciário. Ao contrário do que alegou o ex-ministro Eros Grau, a lógica jurídica não tem coerência se dissociada da lógica científica. A decisão não está ali na lei, de forma simples e acabada, mas é obtida argumentativamente através de um discurso racional que visa a preservar iguais garantias individuais.

Feitos estes comentários, avançar-se-á para a análise do voto do ministro Cezar Peluso, atual presidente do STF, onde será enfrentada a questão principal

sobre axiologia e normatividade. Além disso, apontar-se-ão critérios hermenêuticos para o julgamento da ADPF n. 54/04.

3.1.2. A jurisprudência dos valores no STF e seu efeito no contexto do Estado Democrático de Direito

Sem dúvida alguma, pode-se perceber um avanço substancial no voto do então presidente do STF, ministro Cezar Peluso, se comparado ao voto do ex-ministro Eros Grau, ambos proferidos em 2004.

Em suas curtas considerações, Peluso foi além porque enxergou que o problema envolvia “dois grandes valores jurídicos tutelados pela Constituição”²⁵. Além disso, o referido ministro abordou a questão de forma argumentativa, procurando contextualizar o caso concreto com uma suposta ordem escalonada de valores da Constituição.

Em suma, pode-se dizer que o voto de Peluso foi mais adequado e coerente com o sistema jurídico contemporâneo, pois ao menos reconheceu a existência de uma ordem aberta de valores (princípios, na verdade) e que a decisão deve ser encontrada com base em critérios argumentativos.

A questão foi posta no momento em que Peluso manifestou-se sobre a possibilidade ou não de deliberação sobre a revogação da liminar na sessão de 31 de agosto de 2004. Naquela ocasião, o ministro disse o seguinte:

Nem se pode pré-excluir que o caso seja de um resultado extremamente diferente, porque, na verdade, no fundo o que está em jogo aqui é, sem avançar nenhum juízo sobre o mérito do pedido, a possibilidade teórica de que se contraponham dois grandes valores jurídicos tutelados pela Constituição. A grande pergunta é: há argumentos suficientes para se optar por um deles, de modo mais ou menos indefinido, em detrimento de outro valor, que parece ter o mesmo grau de dignidade jurídico-constitucional, ou não há?²⁶

Posteriormente, quando o tribunal já tinha decidido deliberar sobre a revogação da liminar, Cezar Peluso voltou a se manifestar e novamente ressaltou

²⁵ Apesar de se concordar com o avanço teórico no voto do ministro Cezar Peluso, faz-se uma pequena ressalva para dizer que valores não são estruturas integrantes do ordenamento jurídico. Em breves linhas seguintes, discorrer-se-á sobre a diferença de valores e normas e qual é o efeito prático de tal distinção.

²⁶ Trecho obtido da ata da sessão plenária do STF, realizada em 31 de agosto de 2004, p. 40. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/adpf54.pdf>>.

que a liminar concedida pelo relator estaria a ofender o valor jurídico “vida”²⁷. Mais adiante, questionou mais uma vez: “há probabilidade de que a pretensão da demandante apresente maior grau de exigência de proteção do que a da defesa do valor ofendido?”.

Pois bem. De tudo isso, o que interessa para esta pesquisa é a constatação de que alguns ministros e ex-ministros do STF reconhecem a existência de “valores jurídicos”. Dentre estes, podem ser citados Gilmar Mendes²⁸, Ellen Gracie²⁹ e Carlos Velloso³⁰. Na verdade, mesmo reconhecendo certo progresso na decisão do ministro Cezar Peluso, a primeira crítica que se faz reside justamente na ideia de que existem certos valores jurídicos.

Contrariando tal concepção, defende-se aqui que o ordenamento jurídico é composto por normas, e não por valores. Se o juiz funda-se em valores para embasar sua decisão, estará deixando agir por suas aspirações subjetivas, e tal situação já não encontra mais respaldo no Estado Democrático de Direito.

Não que as normas jurídicas sejam proposições neutras, totalmente desvinculadas de razões, motivos ou finalidades que lhes justificam; na realidade, o “fundamento da norma jurídica ou do sistema de direito. São, portanto, valores, ideias básicas que (...) determinam os modos de comportamento individual e social”³¹. Nestes termos, merece destaque a posição de Amaral:

O direito é, portanto, sob esse aspecto, um instrumento de controle social constituído de preceitos (princípios e normas) que representam a escolha que o legislador faz entre diversos valores, como resposta à necessidade de solução dos conflitos (AMARAL, 2008: 14).

Embora não se possa negar que valores são fundamentos ou a razão de ser das normas jurídicas, com elas não se confundem. No ato de aplicar a norma ao caso concreto, o julgador deve ter bem clara esta distinção³².

²⁷ “Agora, a mim me parece fora de dúvida que a liminar, com a devida vênia do eminente relator e das razões jurídicas, todas muito sólidas, que Sua Excelência expôs para concedê-la, ofende um valor jurídico”. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/adpf54.pdf>>. p. 75.

²⁸ Vide página 83 do mesmo documento. Em determinado trecho, Gilmar Mendes prelecionou o seguinte: “De fato, estamos a lidar com valores extremamente sensíveis. Que a ordem jurídica protege esse valor, sem dúvida [...]”.

²⁹ Acompanhou o voto de Cezar Peluso, página 85.

³⁰ Página 89.

³¹ (REALE, citado por AMARAL, 2008: 14).

³² Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato Neves (2009: 29), citando André Lalonde, demonstraram a diferença, aduzindo que “o valor possui sistema gradual de validade, isto é, é hierarquizado absolutamente. Dito de outra forma: o valor encontra seu grau de aplicação na subjetividade do aplicador, que elege, aprioristicamente, uma gradação dentro do sistema axiológico. E não podia deixar de ser diferente, a prevalência do valor é particular e pressupõe estimativa.”

Finalmente, sobre o tema em foco, Habermas apontou quatro critérios distintivos entre valores e normas:

Normas e valores distinguem-se respectivamente, em primeiro lugar, por suas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, pela codificação respectivamente binária ou gradual de suas pretensões de validade; em terceiro lugar, por sua obrigatoriedade respectivamente absoluta ou relativa; e, em quarto lugar, pelos critérios os quais o conjunto de sistema de normas ou valores deve satisfazer (HABERMAS, citado por GALUPPO, 2002: 181).

Assim, amparando-se nesta clássica distinção, pode-se dizer que o magistrado não deve confundir valores com normas jurídicas no ato de decidir, pois, assim o fazendo, estará deixando as suas próprias convicções agirem, o que poderá acarretar uma imposição de valores pessoais no caso concreto.

As decisões judiciais não devem ser assim formadas com base em um juízo de preferibilidade do julgador. Para Habermas:

[...] quando argumentamos com base nos valores, estamos levando em conta não propriamente o que é correto, mas aquilo que é bom para que determinada comunidade realize seus próprios fins. Evidentemente, nem sempre aquilo que é bom é aquilo que é devido, sobretudo na perspectiva da própria axiologia. E uma fundamentação axiológica implica sempre uma hierarquização **relativa** a uma comunidade, pois aquilo que é melhor para uma comunidade não é necessariamente o melhor para outra, sendo, portanto, uma fundamentação eminentemente **histórica**, e não **racional** (GALUPPO, 2002: 181).

De modo mais concreto, é possível dizer que o direito à vida e a dignidade do feto anencefálico, em um juízo axiológico, podem representar valores absolutos e invioláveis para uns e não para outros. Já em um juízo deontico, no campo da aplicação normativa, a decisão deverá se pautar em um discurso racional, coerente com o ordenamento jurídico.

Seguindo esta linha teórica, Klaus Günther criou a expressão “senso de adequabilidade”³³ e colocou o discurso axiológico e o normativo em dois planos discursivos diferentes, a saber: os discursos de justificação e os discursos de aplicação³⁴.

³³ O autor em referência criou a expressão para designar “a necessidade de adequabilidade do discurso normativo na situação de aplicação que traduz a obrigatoriedade de seguir os princípios corretos e aplicá-los imparcialmente na medida em que são consideradas todas as circunstâncias particulares do caso.” (PEREIRA, 2007: 159).

³⁴ Os discursos de justificação são “tipicamente legislativos, cuja dimensão de **validade** é afirmada a partir da sua possibilidade de universalização em face da abstração artificial das diferentes situações

Com efeito, sustenta-se que as decisões judiciais estão no plano do discurso de aplicação, eis que embasadas em normas jurídicas, cuja incidência partirá sempre da análise dos elementos do caso concreto por meio de um juízo de adequação.

Pelo que se viu nas questões prévias suscitadas pelo pleno do STF em relação à ADPF n. 54/04, especialmente no voto do ministro Cezar Peluso, o tribunal parte de um discurso de justificação, portanto, axiológico, para dirimir a lide. E a utilização de tal procedimento fica ainda mais nítida quando a decisão é construída como se dois princípios constitucionais estivessem concorrendo para a incidência no caso concreto.

Recordando o voto do ministro Cezar Peluso, proferido em 2004, percebe-se, em sua breve fundamentação, que o discurso cria uma contraposição de princípios constitucionais. De um lado, a vida do feto e, de outro, a liberdade da gestante. Por este raciocínio, a grande pergunta que se faz é a seguinte: existem argumentos para se aplicar um ou outro princípio ao caso concreto? Ou ainda: qual dos princípios tem um grau mais elevado de dignidade constitucional?

É exatamente neste ponto que reside a maior crítica que se faz nesta pesquisa e onde se encontra o aspecto mais importante do marco teórico utilizado. A crítica é dirigida ao critério utilizado pelo STF no julgamento da ADPF n. 54/04, pois, pelo que já se viu da breve antecipação de mérito dos ministros, o tribunal utilizou o critério da “ponderação” para solucionar a ação objetiva.

Nas linhas seguintes, delinear-se-á o escopo de demonstrar que o critério da ponderação não deixa de ser um critério axiológico, pois, no ato de decidir, o julgador terá que escolher entre um princípio e outro para solucionar o caso. Ele vai colocá-los em uma balança e perquerir qual é o princípio que tem maior “peso” diante da situação concreta³⁵.

Por este critério, o peso de cada princípio está diretamente relacionado com o especto subjetivo do julgador, pois:

de aplicação (“*under unchanging circumstances*” – “*others things bein equal*”). Já os discursos de aplicação são “tipicamente jurisdicionais e executivos, cuja dimensão de **adequabilidade** é afirmada a partir da possibilidade de sua individualização em face da consdieração de todas as circunstâncias concretas envolvidas no momento da aplicação (“*considering all the circumstances*” – “*all things considered*”) (GÜNTHER, citado por PEREIRA, 2007: 159-160).

³⁵ A utilização do critério da ponderação no julgamento da ADPF n. 54/04 ficou clara quando o ministro Cezar Peluso questionou se haveria algum princípio que tivesse um maior “grau” de dignidade constitucional do que o valor ofendido (vida). A estrutura do discurso consiste, portanto, em uma contraposição de valores, como se eles estivessem em uma balança, cujo peso é medido pela carga valorativa que o julgador confere àquele certo princípio na situação de fato.

(...) a ponderação [...] só é possível porque podemos **preferir** um princípio a outro, o que só faz sentido se os concebemos como valores, pois é apenas porque são concebidos como valores é que os seres podem ser objeto de mensuração pela preferibilidade, constitutiva do próprio conceito de valor (GALUPPO, 2002: 179).

Marcelo Galuppo, na passagem acima, fez referência às críticas que Habermas dirigiu à teoria dos princípios como “mandados de otimização” de Robert Alexy³⁶. Apesar de expressamente pretender atribuir um caráter deontológico aos princípios³⁷, a teoria alexyana não conseguiu superar a velha dicotomia entre axiologia e normatividade.

A contradição veio à tona no momento em que Alexy apresentou os critérios para solucionar conflitos entre regras e princípios. Para o citado autor, como as regras são razões definitivas (ou são cumpridas ou não), o conflito entre elas se resolve no campo da validade. Por outro lado, no caso dos princípios, em virtude de sua aplicação condicionada aos fatores concretos, eventual conflito se resolverá pelo critério do “peso”. Aplica-se o princípio que tiver o maior “peso” diante da situação concreta (PEREIRA, 2008).

Com base nesta distinção, pode-se dizer que a ponderação tornou-se um relevante conceito da teoria de Alexy, e dela decorreu a “lei de colisão” (o princípio de menor peso cede lugar ao outro para aplicação na situação concreta). Na verdade, este é o ponto-alvo das críticas, pois, para Dworkin, Günther e Habermas, o critério da ponderação é um método axiológico para a solução dos conflitos judiciais.

³⁶ “Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também jurídicas” (ALEXY, citado por GALUPPO, 2002: 173). Apesar das críticas, a teoria de Alexy rompeu com a teoria clássica, sustentada por Norberto Bobbio e Del Vecchio, segundo a qual os princípios são normas generalíssimas do sistema. Essas teorias, que se iniciaram a partir das primeiras décadas do século XX, têm a proposta de explicar o caráter normativo dos princípios. Neste contexto, Alexy sustentou que a distinção entre princípios e regras não se assenta no critério de generalidade, mas sim em virtude de sua aplicabilidade. Para ele, as regras ou são cumpridas ou não. Já os princípios podem ser cumpridos em graus distintos, dependendo do contexto fático. Daí que as regras são chamadas de “razões definitivas” e os princípios, de “razões *prima facie*” (PEREIRA, 2007).

³⁷ “Os princípios são mandados de um determinado tipo, quer dizer, mandados de otimização. Enquanto mandados, pertencem ao âmbito deontológico. Em contrapartida, os valores têm que ser incluídos no nível axiológico” (ALEXY, citado por GALUPPO, 2002: 179).

3.1.3. A exigência da integridade do direito.

Adequação e coerência no julgamento da ADPF n. 54/2004

No tópico anterior, muito se falou sobre as críticas endereçadas ao critério da ponderação como método para solucionar conflitos de princípios. Chegou o momento de apresentar as teorias que compõem o marco teórico e demonstrar como elas se relacionam com a ação, objeto desta pesquisa (ADPF n. 54/04).

A autorização para a antecipação do parto de feto anencefálico, como se viu, foi um tema que envolveu clamor público e que suscitou um aparente conflito entre relevantes princípios constitucionais, tais como a inviolabilidade do direito à vida, a dignidade humana e a autonomia do feto e da gestante.

A questão que se coloca é a seguinte: como solucionar a tensão entre princípios expressos na Constituição? Para responder a tal questionamento, partire-se-á da hipótese a seguir explicitada:

[...] o único procedimento capaz de dar um curso para a tensão entre os princípios (sobretudo os princípios constitucionais) é aquele que envolve a racionalidade discursiva (ou seja, que avalia através de razões a correção normativa envolvida por esses princípios para o caso concreto), que não é neutra a argumentações práticas (HABERMAS, 1994b: 549) e que avalia **qual**, dentre os princípios constitucionais conflitantes, é adequado à situação (GALUPPO, 2002: 198).

Pois bem. Nas linhas seguintes, pretende-se comprovar a hipótese acima com base no conceito de integridade do direito de Ronald Dworkin e na teoria discursiva de Jürgen Habermas, cuja abordagem estará centrada na ADPF n. 54/04. Optou-se por começar, assim, por Dworkin e, para tanto, será analisado o conceito-chave em sua teoria: a integridade do direito. A esse respeito, o excerto que segue é elucidativo:

Segundo o Direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da modernidade (DWORKIN, 2007: 272).

É importante frisar a importância do conceito de integridade, pois a palavra tem um significado central na teoria em análise. Como relatou Marcelo Galuppo:

Integridade é um conceito central da teoria de Dworkin, responsável pela atribuição de legitimidade a um sistema jurídico [...]. **Integridade** (*integrity*) é um conceito ligado às razões que constituem o substrato das normas jurídicas (DWORKIN, 1986: 222) e se conecta diretamente com os conceitos de justiça, de imparcialidade (*fairness*) e de igualdade (CHUEIRI, 1997:183, citado por GALUPPO, 2002: 185)

Para se alcançar a integridade, é preciso que se faça uma “interpretação construtiva” das decisões judiciais já proferidas, de maneira que a decisão de mérito esteja “afinada com a história do direito produzida ao longo do tempo, no interior da comunidade política, desde que construída à luz de seus princípios informadores” (PEREIRA, 2007: 154).

Ao contrário do que se possa pensar, a exigência da integridade não pressupõe que as decisões judiciais sejam iguais às que foram antes proferidas. Como explicou o próprio Dworkin:

A integridade não exige coerência de princípios em todas as etapas históricas do direito em uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior [...]. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos) [...]. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “realismo” (DWORKIN, 2007: 273-274).

Neste ponto, uma primeira aplicação da teoria de Dworkin no exame da anencefalia mostra-se indubitável. É que, pela exigência da integridade, o Supremo Tribunal Federal não pode ficar preso às velhas concepções que motivaram a tipificação das hipóteses autorizadoras do aborto no Código Penal de 1942³⁸.

Naquela época, inexistiam recursos e técnicas científicas para diagnosticar casos como a anencefalia e, por isso, tal disposição não constou expressamente no texto da lei, muito embora o legislador tenha autorizado a antecipação do parto quando a gravidez resulte de estupro.

Neste campo, uma contradição: por que autorizar a antecipação do parto de feto sadio em caso de estupro e não a permitir nos casos de anencefalia? Na primeira situação, a honra da mulher é protegida em detrimento do bem jurídico “vida”. Na segunda, a vida, mesmo que estritamente biológica e provisória, é um princípio inviolável que não dá lugar à autonomia e à dignidade da gestante.

³⁸ Aqui vale trazer à tona outro ensinamento do próprio Dworkin: “O Direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam prática jurídica contemporânea como um processo em desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descombreem ou inventam o direito [...]” (DWORKIN, 2007: 271).

Como se vê, o ordenamento jurídico não pressupõe a inviolabilidade absoluta e intocável do direito à vida, pois, em hipóteses como a do estupro, o legislador, em 1942, resolveu preservar a honra e a dignidade da mulher que não queria levar adiante a gravidez indesejada.

Essa argumentação inicial, embasada na racionalidade discussiva e que considera os argumentos práticos típicos dos casos de anencefalia, constitui um primeiro passo para se realizar a interpretação construtiva, e isto para se obter, como pretendeu Dworkin, a integridade do direito.

No entanto, é preciso dar um passo adiante e adentrar o cerne do problema, que se refere à questão dos conflitos entre princípios constitucionais. Afinal, como resolver esse aparente conflito?

De acordo com Dworkin, outra exigência para se manter a integridade do direito é o pressuposto de que todo caso possui uma resposta correta ou adequada. Para este feito, o referido autor imaginou a figura do juiz “Hércules”, o qual, embora não seja perfeito, é comprometido com a tarefa de “levar os direitos a sério” (GALUPPO, 2002).

Neste particular, a teoria de Dworkin distancia-se da ideia da ponderação de Alexy, pois reforça o caráter normativo dos princípios que, por se tratarem de normas, são dotados de natureza binária (ou se aplicam ou não à situação concreta), enquanto, para o critério do “peso”, os princípios passam a ter natureza gradual, o que acaba por confundi-los aos valores (PEREIRA, 2007).

Por este raciocínio, sustenta-se que não existe aquela contraposição de valores criada pelo ministro Cezar Peluso ao se pronunciar acerca da liminar proferida em 2004. Esta concorrência principiológica é, na verdade, falaciosa, pois, segundo Galuppo:

Ao contrário de Alexy, o que Dworkin está dizendo é que não se trata de imaginar uma ponderação, ou seja, imaginar um conflito resolvido pela maior aplicação de um e não aplicação de outro princípio, orientada pela sua hierarquização, mas de imaginar que os princípios são normas que podem se excepcionar reciprocamente nos casos concretos, vez que não podem, muitas vezes, ser contemporaneamente aplicados (GALUPPO, 2002: 186).

Tanto os princípios quanto as regras comportam exceções à sua aplicação diante do caso concreto. A diferença é que as exceções à aplicabilidade dos princípios, diferentemente das regras, não podem ser enumeradas previamente, pois dependem da hipótese de incidência.

Daí que não se trata de perquerir qual o grau de aplicação do princípio, pois, na hipótese concreta, um princípio pode excepcionar a aplicação de outro por meio de uma fundamentação discursiva ligada às peculiaridades do caso.

Essa teoria desconstrói a ideia de que a solução dos casos de anencefalia somente poderia ser justificada pela análise de aplicação gradual dos princípios envolvidos. Não se trata, pois, de perquerir se a vida tem um grau de relevância mais elevada na Constituição do que a dignidade do feto ou do que a liberdade da gestante. Mas, sim, de uma falsa concorrência que resulta de uma concepção equivocada de que há uma tensão ou um conflito dos princípios em jogo. Sobre isso, necessário faz-se citar novamente Marcelo Galuppo: a aparente inconsistência do Direito pode ser resolvida encontrando-se “princípios racionalmente plausíveis” (2002: 187).

Ora, não seria racionalmente plausível admitir que o direito à vida tenha aplicação absoluta, pois, em caso como os de anencefalia, a ciência trabalha com margem de 100% de certeza de que a vida do feto, quando não se consumir no momento intrauterino, vai sucumbir nos primeiros dias após o nascimento. Neste contexto, a dor e o sofrimento da gestante também são dados que não podem ser ignorados e contribuem para excepcionar a aplicação daquele princípio na situação concreta.

Quanto ao princípio da dignidade, este deve ser entendido sob o prisma do Estado Democrático de Direito. Sobre o tema, Lúcio Antônio Chamon Júnior escreveu recente artigo no qual sustentou que o princípio jurídico da dignidade “cobra legislativamente o respeito à autonomia jurídica dos cidadãos, no seu contínuo desdobramento para que se reconheçam iguais liberdades subjetivas na maior medida possível (...)” (2010: 40).

Mais adiante, o mencionado autor passou a se valer deste conceito de dignidade, partindo do ponto de vista do conceito de integridade de Dworkin, para dizer:

Se assumirmos um desenvolver jurídico do princípio da dignidade, isto é, a busca pela igual realização jurídica de liberdades subjetivas, como partindo, porém não coincidindo, com o conceito de integridade cunhado por Dworkin, poderemos desde já vislumbrar referido princípio como a exigência de adequada interpretação principiológica do caso, isto é, a busca por uma interpretação capaz de se fazer coerente no seio do Direito como a **única capaz de, no caso, implicar iguais liberdades subjetivas a todos os por ela afetados** (*idem*, p. 42).

Ora, se a dignidade consiste no reconhecimento, na maior medida do possível, de iguais liberdades individuais a todos por ela afetados na situação concreta, não se pode olvidar a posição ocupada pelo feto anencefálico, pois, sem dúvida, ele é o ser que mais sofrerá as consequências da decisão judicial que indeferir a antecipação do parto.

Partindo-se, assim, deste conceito de dignidade, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, vai-se afirmar aqui que a questão principal nos casos de

anencefalia não é aquela suposta concorrência principiológica entre o direito à vida e a liberdade da mulher. Na verdade, cuida-se de uma questão de autonomia, pois, se dignidade é o reconhecimento de iguais liberdades individuais, como garantir essa dignidade ao feto anencefálico se não há garantia de autonomia futura? A questão ainda pode ser colocada assim: é possível dizer de autonomia futura do feto anencefálico, ou apenas garantia, por pouco tempo, de uma vida biológica e não biográfica?

4. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DE MÉRITO DAADPF N. 54/2004 PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme já exposto no trabalho em análise, a ADPF n. 54 foi proposta pelo Conselho Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) em 2004, com o objetivo de obter, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), o seu pronunciamento definitivo acerca da autorização para a interrupção das gestações de fetos anencéfalos.

O julgamento definitivo desta ação somente ocorreu oito anos após sua proposição. Votaram pela procedência da ADPF n. 54/2004 os ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Celso de Mello e Gilmar Mendes. Votaram pela improcedência Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

Neste sentido, necessária faz-se a análise de alguns dos principais fundamentos utilizados pelos ministros ao proferirem seus votos acerca da inconstitucionalidade ou não da interpretação segundo a qual a gestante, ao optar por interromper sua gravidez, na hipótese de feto anencéfalo, estaria enquadrada na conduta tipificada pelo Código Penal brasileiro, inserto nos artigos 124, 126 e 128.

O ministro e relator Marco Aurélio de Mello³⁹, em seu voto acerca do reconhecimento do direito da gestante a se submeter à antecipação terapêutica do parto na hipótese em questão, em um primeiro momento, ressaltou a relevância do julgamento de mérito dessa ação, haja vista que, até 2005, foram formalizadas aproximadamente três mil autorizações para a interrupção da gestação de feto anencéfalo.

Ele ressaltou que o Brasil é o quarto país no mundo com maior número de casos de fetos anencéfalos, ficando atrás somente do Chile, México e Paraguai. A

³⁹ STF. ADPF n. 54/2004, voto do relator ministro Marco Aurélio de Mello, julgada em 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2012.

incidência é de, aproximadamente, um a cada mil nascimentos e, a cada três horas, é realizado um parto de feto anencéfalo. E expôs claramente que a antecipação terapêutica do parto na hipótese de feto anencéfalo não se confunde com aborto, haja vista que, em se tratando deste, deve ser levada em conta a hipótese de existência de algum motivo que permita a interrupção da gravidez de um feto saudável. Já no caso de feto anencéfalo, não há possibilidade de vida, mas a ausência de expectativa desta, e, por conseguinte, a interrupção da gravidez se enquadra em uma conduta atípica por não configurar crime contra a vida.

O relator enfatizou que o Brasil, desde a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, passou a ser um Estado laico e que a proteção divina é algo que jamais poderá ser exigida judicialmente. Ressaltou que o País caracteriza-se por não ser um Estado religioso e tampouco ateu, mas neutro, e, por conseguinte, ao mesmo é terminantemente proibida a promoção de qualquer tipo de religião. *In verbis*:

[...] Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem hão de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida. [...] 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 eles. **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 reprodução [...].** (Grifo dos autores).

O ministro relator expôs as informações e os dados coletados por especialistas que participaram da audiência em tela e concluiu que a anencefalia é uma doença congênita letal, haja vista não haver qualquer possibilidade da massa encefálica desenvolver-se posteriormente.

No que tange à doação de órgãos, ele evidenciou que a Resolução n. 1.752, aprovada pelo Conselho Federal de Medicina, em 8 de setembro de 2009, que autoriza os médicos a realizarem transplantes de órgãos na hipótese de fetos anencéfalos, vai contra o Parecer de n. 24/2003 (apesar de este ser responsável pela criação da resolução em questão), haja vista o parecer em análise expor claramente que, em caso de feto anencéfalo, os órgãos se tornam inúteis para ser transplantados.

Marco Aurélio de Mello defendeu que, apesar de posicionamentos contrários, o corpo da mulher não pode ser usado como um simples instrumento para carregar em seu ventre durante toda a gestação um feto anencéfalo simplesmente para que seus órgãos sejam posteriormente doados com o objetivo de salvar vidas alheias. Outrossim, a doação de órgãos deve ser voluntária, e não imposta pelo Estado. Neste sentido, a intervenção do Estado deve ser limitada e respeitar diuturnamente a escolha do interessado, devendo ser protegido tanto o físico quanto o psíquico do indivíduo. O que se busca é a proteção em sua integridade.

De acordo com Rodotà⁴⁰, o direito não pode se apossar da vida. No centro, situa-se a pessoa, sua liberdade e sua dignidade. Deve-se superar a ideia abstrata de “sujeito” de direito e passar-se definitiva e irreversivelmente a considerar este como “pessoa” que tende a ocupar o centro da situação (tradução dos autores).

O ministro e relator defendeu que o direito à vida não é absoluto, visto que se admite a pena de morte em caso de guerra declarada, conforme inserto no artigo 5º, XLVII, e no artigo 84, XIX, da Carta Magna.

Ademais, consoante o já exposto alhures, o Código Penal prevê o aborto ético ou humanitário (em caso de gravidez resultante de estupro, mesmo o feto sendo sadio): “Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada,

⁴⁰ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 309-313, *in verbis*: “[...] *En cualquier caso, de la vida, no puede adueñarse el derecho. En el centro se sitúa la persona, su libertad y dignidad. Debe superarse la idea abstracta de sujeto del derecho y pasar definitiva e irreversiblemente a la persona que tiene a ocupar el centro del escenario* [...]”.

o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão⁴¹.

Merece destaque a proteção dada pelo ministro ao direito à saúde (física e psíquica) da gestante, à sua dignidade, liberdade, autodeterminação e privacidade, e que, obrigar estas mães a prosseguirem com a gravidez seria uma das formas mais cruéis de tortura, ensejando uma depressão que pode levá-las, inclusive, ao suicídio. Senão veja-se:

Relatos como esse evidenciam que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica a família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito.

Por fim, o ministro e relator da ADPF em análise ressaltou caber tão somente à mulher a escolha de interromper ou dar continuidade à gravidez em caso de feto anencéfalo, assegurando à mesma o direito de vivenciar suas escolhas, suas crenças e seus valores, sendo esta uma forma de respeito à sua autodeterminação.

Neste contexto, a liberdade e a dignidade da pessoa ocupam o eixo central. Superam qualquer perspectiva patrimonial. São inegociáveis, estão fora do mercado. O direito não pode, portanto, amparar supostas manifestações da autonomia de vontade que implique a cessão de dignidade ou liberdade. Do mesmo modo, os

⁴¹ STF. ADPF n. 54/2004, voto do ministro Gilmar Mendes, julgada em 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863&caixaBusca=N>>. Acesso em: 1º de abril de 2012. Neste mesmo sentido foi o fundamento utilizado pelo ministro Gilmar Mendes ao julgar pela procedência da ADPF n. 54. Veja-se: “[...] A hipótese específica de aborto de fetos anencéfalos está compreendida entre as excludentes de ilicitude, estabelecidas pelo Código Penal. Na legislação brasileira, o aborto não é punido em duas situações: quando não há outro meio de salvar a vida da mãe (aborto necessário ou terapêutico) e quando a gravidez é resultante de estupro, caso em que se requer o consentimento da gestante, porque a intenção é proteger a saúde psíquica dela. Todavia, era inimaginável para o legislador de 1940 [ano da edição do Código Penal], em razão das próprias limitações tecnológicas existentes. Com o avanço das técnicas de diagnóstico, tornou-se comum e relativamente simples descobrir a anencefalia fetal, de modo que a não inclusão na legislação penal dessa hipótese de excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa, não condizente com o Código Penal e com a própria Constituição [...]”.

direitos fundamentais são inderrogáveis, fazem parte do indecível, sobre os quais não se pode decidir (RODOTÀ, 2011)⁴² (tradução dos autores).

Outrossim, a autodeterminação pode ser considerada como um potente e obrigatório instrumento para limitar as pretensões dos parlamentares de apoderarem-se, por meio da lei, da vida humana e de qualquer outro poder que, de qualquer forma, quiser perseguir este objetivo invasivo (RODOTÀ, 2011)⁴³ (tradução dos autores).

Neste mesmo sentido foi o voto do ministro Luiz Fux⁴⁴, que, ainda, enfatizou o desafio dos operadores do Direito Civil contemporâneo em interpretar o verdadeiro significado da palavra “bioética”, devido à sua dubialidade. Veja-se:

A situação narrada bem representa o desafio enfrentado pelos operadores do Direito Civil contemporâneo para decifrar os enigmas daquilo que a doutrina convencionou chamar de “bioética”. A expressão, atribuída ao oncologista Van Rensselaer Potter, que a utilizou pela primeira vez em sua Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, artigo “Bioethics, the science of survival”, publicado em 1970, é de compreensão dúbia, dando origem a diversas vertentes surgidas ao longo da história, que não comportariam a devida análise diante do estrito objeto deste julgamento. Tendo sido idealizada por Potter como uma ética voltada para a preservação da vida em geral em face do progresso científico experimentado em nossa era, a bioética foi definida pela *Encyclopedia of Bioethics* como “o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo a visão, as decisões, a conduta, e as políticas – das ciências da vida e do cuidado da saúde, empregando uma variedade de metodologias éticas em um contexto interdisciplinar” (New York: MacMillan Editorial Reich, 1995, rev. ed., v. 1, p. XXI *apud* SARLET, Ingo Wolfgang & LEITE, George Salomão. *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 48).

⁴² RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 14, *in verbis*: “[...] *La libertad y la dignidad de la persona se colocan así en el punto central. Superan cualquier perspectiva patrimonial de la persona. Son innegociables, están fuera del mercado. El derecho no puede entonces amparar supuestas manifestaciones de la autonomía de la voluntad que impliquen cesión de dignidad o libertad. Del mismo modo, los derechos fundamentales son inderrogables, forman parte de lo indecible, de aquello sobre lo que no puede decidirse [...]*”.

⁴³ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 312, *in verbis*: “[...] *La autodeterminación constituye un potente y obligado instrumento para limitar las pretensiones de las mayorías parlamentarias de apoderarse por medio de la ley de la vida de las personas y de cualquier otro poder que, por cualquier medio, quisiere perseguir este objetivo [...]*”.

⁴⁴ STF. ADPF n. 54/2004, voto do ministro Luiz Fux, julgada em 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 1º de dezembro de 2012.

O ministro Fux estacou os riscos sofridos pela gestante na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, haja vista que pesquisas realizadas constataram que 38% dos fetos anencéfalos morreram de forma espontânea dentro do útero. Outrossim, em 15% dos casos, ocorreu grande aumento do volume do líquido amniótico, conhecido como poli-hidrânio. Trata-se de fatos que, conseqüentemente, trarão grandes riscos à saúde e à vida da gestante.

Além disso, ele ressaltou a inexistência de direitos fundamentais absolutos e a relevância da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como forma de se vedar o excesso. Veja-se:

A segunda premissa diz respeito à postura **garantista**, em relação ao acusado, que é consectário natural do Estado Democrático de Direito. Reserva legal, não retroatividade da lei penal, individualização da pena e devido processo legal são garantias constitucionais dos réus em geral. É inegável que a tipificação e punição de um crime interferem, inexoravelmente, com os direitos fundamentais, notadamente com o direito à liberdade. Por vezes, interferirá também com o direito de propriedade, em caso de multa ou perda de bens. Porém, como já se assentou, nenhum direito fundamental é absoluto e existe sempre a possibilidade de tais direitos colidirem entre si ou com outros bens e valores constitucionais. Há uma tensão permanentemente entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos individuais dos acusados. Para serem medidas válidas, a criminalização de condutas, a imposição de penas e o regime de sua execução deverão realizar os desígnios da Constituição, precisam ser justificados e não poderão ter natureza arbitrária, caprichosa ou desmesurada. Vale dizer: deverão observar o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, inclusive e especialmente na dimensão da vedação do excesso.

O ministro em questão concluiu, em seu voto, que a interrupção da gravidez quando envolver a hipótese em análise deve ser descriminalizada, por dever ser protegida não só a saúde física e psíquica da gestante, mas também a sua autonomia privada em poder, por si só, optar por interromper ou dar continuidade à gravidez.

A ministra Rosa Weber⁴⁵, em seu voto, ressaltou que, para o ordenamento jurídico brasileiro, o que está em voga é o direito da mãe, e não o do feto, visto que este conforme asseverou o Conselho Federal de Medicina (CFM), jamais terá condições de auferir a vida.

⁴⁵ STF. ADPF n. 54/2004, voto da ministra Rosa Weber, julgada em 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204755&caixaBusca=N>>. Acesso em: 1º de abril de 2012. “[...] para o direito, o que está em jogo, no caso, não é o direito do feto anencefálico à vida, já que, de acordo com o conceito de vida do Conselho Federal de Medicina (CFM), jamais terá condições de desenvolver uma vida com a capacidade psíquica, física e afetiva inata ao ser humano, pois não terá atividade cerebral que o qualifique como tal. O que está em jogo, portanto, segundo ela, é o direito da mãe de escolher se ela quer levar adiante uma

Por outro lado, o ministro Ricardo Lewandowski⁴⁶ julgou pela improcedência da ADPF n. 54 ao fundamento de que se deve aplicar o texto da lei em sua integralidade, não podendo o Judiciário interpretá-la, sob pena de modificar o seu sentido. Veja-se:

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão julgante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.

Entretanto, de acordo com Rodotà⁴⁷, pareceria que o direito é exatamente o contrário da vida, pois é o campo da inevitável regularidade, uniformidade, igualdade nas decisões. A regra fixa está destinada a ser expulsa desta dinâmica. Não é que o direito deva considerar-se impotente diante da vida multiforme, mas precisa buscar novas modalidades neste cenário (tradução dos autores).

gestação cujo fruto nascerá morto ou morrerá em curto espaço de tempo após o parto, sem desenvolver qualquer atividade cerebral, física, psíquica ou afetiva, própria do ser humano [...]”. Neste mesmo sentido: STF. ADPF n. 54/2004, voto do ministro Luiz Fux, julgada em 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204850&caixaBusca=N>>. Acesso em: 1º de maio de 2012. “(...) o direito brasileiro protege a decisão da mulher que queira interromper a gestação de um feto anencéfalo. Se (a mulher) for pela interrupção da gravidez, (essa decisão) é ditada pelo mais forte e mais sábio dos amores: o amor materno. O amor materno é tão forte, tão sábio, tão incomparável em intensidade com qualquer outro amor, que é chamado por todos de instinto materno. Essa decisão da mulher é mais que inviolável, é sagrada [...]”.

⁴⁶ STF. ADPF n. 54/2004, voto do ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 1º de abril de 2012. Neste mesmo sentido foi o voto proferido pelo ministro Cezar Peluso pela improcedência da ADPF n. 54: STF. ADPF n. 54/2004, voto do ministro Cezar Peluso, julgada em 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204881&caixaBusca=N>>. Acesso em: 1º de abril de 2012. *In verbis*: “[...] Não cabe ao STF atuar como legislador positivo [...] o Legislativo não incluiu o caso dos anencéfalos nas hipóteses que, no artigo 124 do Código Penal, autorizam o aborto. Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização legislativa, mediante atos lícitos de pressão. Não temos legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em panaceia que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional [...]”.

⁴⁷ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 11, *in verbis*: “[...] Parecería que el derecho es exactamente lo contrario que la vida, pues es el campo de la inevitable regularidad, uniformidad, igualdad en las decisiones. La regla fija está destinada a ser expulsada de esta dinámica. Ahora bien, no es que el derecho deba considerarse impotente ante la vida multiforme, sino que debe buscar nuevas modalidades en este escenario [...]”.

5. A AUTONOMIA PRIVADA NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Antes de iniciar o exame sobre o princípio da autonomia privada e fazer as considerações finais sobre o julgamento da ADPF n. 54/04, é mister que se faça um breve esboço sobre o alcance que se pretende dar, nesta pesquisa, à expressão Estado Democrático de Direito.

Sem qualquer pretensão de esgotar a imensa gama de temas que giram ao seu redor, basta levar em consideração que se trata de um paradigma político-jurídico, previsto na Constituição da República⁴⁸, que caracteriza a sociedade contemporânea como aquela “orientada aos ideais de liberdade e igualdade, de construção e reconhecimento de uma comunidade de homens livres e iguais [...]” (CHAMON JÚNIOR, 2010: 24).

Quando analisada sobre o prisma filosófico, a expressão conduz à análise dos pressupostos de justificação e legitimidade do Direito, isto é, ao plano da validade das normas jurídicas. Nessa forma de abordagem, Chamon Júnior (2010) discorreu sobre as maneiras de justificação do Direito sob o enfoque do paradigma jurídico-liberal e do paradigma jurídico-social e, ao final, apoiando-se na teoria de Habermas, o autor mencionado sustentou o seguinte:

O que Habermas de vez em quando é qualquer pretensão de justificação do Direito, e de suas normas, em uma autodeterminação moral – a dotar os sujeitos de prerrogativas naturalizadas em razão de sua autonomia moral –, ou em uma autodeterminação ética – a fazer com que a finalidade do Direito se transformasse na materialização e consecução de um concreto e excludente ideal de vida boa. Antes, o que está a justificar o Direito é nossa autodeterminação político-democrática como desdobramento de nossa autonomia pública, de nossa autonomia jurídica [...] (CHAMON JÚNIOR, 2010: 24).

Assim, se a nova ordem democrática afasta qualquer justificação do Direito com base em um *ethos* comum, isto é, um padrão de vida boa, típico do Estado Social, não se pode aceitar, por exemplo, que o Estado obrigue a mulher grávida de feto anencefálico a esperar tortuosos nove meses de gestação para dar luz a uma criança sem expectativa de vida.

Obrigá-la significa atentar contra a sua autonomia privada, posto que a mulher suportará uma situação que custará sérios transtornos à sua integridade psíquica, em prejuízo do desenvolvimento de seus direitos de personalidade.

⁴⁸ O artigo 1º, *caput*, da Constituição da República de 1988 estabelece que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, 2009: 9).

De acordo com Rodotà⁴⁹, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade passa a ocupar um papel essencial. Assim, verifica-se que é no próprio ordenamento jurídico que podem ser trabalhados fatores jurídicos que se opõem ao desenvolvimento da personalidade e da plenitude da vida. A ciência e a tecnologia estão alterando radicalmente a vida e suas relações com o direito (tradução dos autores).

Não há nenhum limite absoluto para a presença de lei, mas a regulamentação jurídica específica de um modo particular de ser da regulamentação legal é que pode dificultar o livre desenvolvimento da personalidade (tradução dos autores).

Neste sentido, a professora Ana Carolina Brochado Teixeira (2010), citando o professor Casabona, discorreu sobre o princípio da autonomia, em seu aspecto patrimonial e existencial, para dizer que:

A autonomia consiste no autogoverno, em manifestação da subjetividade, em elaborar as leis que guiarão a sua vida e que coexistirão com as leis externas, ditadas pelo Estado. Significa o reconhecimento da livre decisão individual, racional e não coagida, sobre seus próprios interesses sempre que não afete interesses de terceiros. Ela é possível na contemporaneidade porque “o sujeito moderno é concebido enquanto ser que se autodetermina, que decide livremente sobre sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e à natureza através da razão” (TEIXEIRA, 2010: 2-3).

E não se diga que, no caso de anencefalia, a liberdade da mãe para decidir se quer ou não levar adiante a gestação prejudica os interesses do feto, primeiro porque este tem uma mera expectativa de desenvolver uma provisória e inconsciente vida biológica sem poder desenvolver qualquer aspecto biográfico de sua existência; por outro lado, porque a decisão da mulher funda-se na autonomia necessária ao desenvolvimento de seus direitos da personalidade, tão caros ao Estado Democrático de Direito.

Com efeito, observa-se que o princípio da autonomia privada constitui o cerne que serviu de fundamentação para a decisão da ADPF n. 54/04. Este foi o caminho necessário para se chegar à decisão justa e adequada a este *hard case* recentemente decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

⁴⁹ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010. p. 13, *in verbis*: “[...] *El derecho al libre desarrollo de la personalidad pasa a ocupar un papel esencial. Y, paradójicamente, diría, es en el propio ordenamiento jurídico donde pueden anidarse factores que se oponen al desarrollo de la personalidad, a la plenitud de la vida. La ciencia y la tecnología están alterando radicalmente la vida y sus relaciones con el derecho [...]*”.

Não se trata, então, de um conflito ou tensão de princípios, mas o que está em evidência é a autonomia da gestante e do próprio feto. Ao se proibir a antecipação do parto em uma suposta garantia de dignidade do feto, estar-se-ia comprometendo a sua autonomia futura, pois a vida, em seus amplos e complexos sentidos, pressupõe tanto a dimensão biológica – atinente aos aspectos vitais do pleno funcionamento do organismo – como a dimensão biográfica – esta última ligada ao processo vital, no qual a pessoa cresce e desenvolve sua identidade e sua personalidade, tendo a possibilidade de se relacionar com as pessoas e o mundo exterior.

A noção aqui apresentada foi trabalhada com propriedade por Maria de Fátima Freire de Sá, a qual, citando José Afonso da Silva, disse o seguinte:

Vida, na Constituição Federal, “não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade, até que mude de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte” (SA, 2002: 31).

Neste seu trabalho, Sá dedicou maior abordagem à situação do paciente em estado terminal, mas suas observações também se aplicam à proteção da vida pré-natal, tanto é que logo em seguida a autora destacou o seguinte problema:

O que fazer com os nascituros portadores de doenças congênitas do sistema nervoso central, cujas vidas, se mantidas obstinadamente, significarão condenação ao sofrimento permanente ou ao estado vegetativo de vida? (*idem*, p. 32).

Obviamente que não se pode descartar o aspecto biográfico da vida do feto anencefálico, pois isso não encontraria respaldo no Estado Democrático de Direito, já que uma decisão como essa significa condená-lo ao sofrimento permanente, dele e de sua família, em grave violação de sua dignidade.

Neste sentido, necessário faz-se ressaltar que o livre desenvolvimento da personalidade não envolve a definição de uma área reservada às decisões individuais sem relação alguma com as normas jurídicas. Indica um instrumento que faz possível a busca autônoma de uma política da identidade pessoal.

Na verdade, se for adotada uma versão diferente, o resultado seria uma interpretação limitada e excessiva ao mesmo tempo. Limitada porque a determinação de uma área atribuída em exclusão à autonomia individual, apesar de favorecer o poder que se exerce livremente neste âmbito específico, pode acabar cerceando a

sua possibilidade de expansão em outros âmbitos distintos, igualmente relevantes para o desenvolvimento da personalidade. Excessiva porque a renúncia a todo vínculo com a dimensão do direito pode debilitar o próprio poder individual diante de obstáculos que impedem ou dificultem seu exercício (RODOTÀ, 2010)⁵⁰ (tradução dos autores).

Merecem destaque alguns trechos da entrevista realizada com a microempresária Cátia Corrêa (a primeira mulher no Estado de São Paulo a conseguir uma autorização judicial para interromper a gravidez, antes do julgamento definitivo da ADPF n. 54/2004, ao descobrir que estava grávida de feto com anencefalia), cujo sofrimento vivenciado por ela ao descobrir o infortúnio foi demonstrado de forma clara: “Meu mundo parou. Os médicos falavam, mas eu já não ouvia nada. Eles diziam que ou morreria na barriga ou nasceria e morreria no parto. É uma sensação muito ruim a de querer o seu filho e saber que ele vai nascer morto”⁵¹.

Thiany Lima Alves da Penha, 19 anos, ajuizou ação com o objetivo de interromper sua gravidez de feto anencéfalo, ação esta que foi julgada improcedente. Aos nove meses de gestação, Thiany teve deslocamento de placenta e sua filha morreu em seu ventre.

Além de sofrer a dor de saber que sua gravidez estava fadada ao fracasso, Thiany teve que unir forças para lutar contra o preconceito da sociedade e da igreja. Veja-se:

[...] Na rua as pessoas me chamavam de assassina. A Igreja de Teresópolis vivia atrás de mim pra me falar sobre pecado. Comecei as ter problemas com a gravidez. Meu medo foi aumentando. No meu primeiro parto tive eclampsia (pressão alta

⁵⁰ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 38, *in verbis*: “[...] *El libre desarrollo de la personalidad es una fórmula que no implica la definición de un área reservada a las decisiones individuales sin relación alguna con la regla jurídica. Indica, más bien, un instrumento que hace posible la búsqueda autónoma de una política de la identidad personal. En efecto, si adoptáramos una versión diferente, el resultado sería una interpretación al mismo tiempo limitada y excesiva. Limitada, porque la determinación de un área atribuida en exclusiva a la autonomía individual, pese a favorecer el poder que se ejerce libremente en ese ámbito específico, puede acabar cercenando sus posibilidades de expansión en otros ámbitos distintos, igualmente relevantes para el desarrollo de la personalidad. Excesiva, porque la renuncia a todo vínculo con la dimensión del derecho puede debilitar el propio poder individual frente a obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio. [...]*”.

⁵¹ Estado de Minas. Mães falam sobre a dor de decidir sobre o aborto de anencéfalos. *Portal EM*, Belo Horizonte, 11 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2012/04/11/interna_nacional,288131/maes-falam-sobre-a-dor-de-decidir-sobre-o-aborto-de-anencefalos.shtml>. Acesso em: 1º de abril de 2012.

na gestação) e fiquei dois dias em coma. Me tornei uma gestante de risco, mas perante a justiça não havia como provar [...]. Eu gostaria de saber se o jurista que negou o meu pedido teria a mesma postura se a mulher dele estivesse passando pelo que passei [...]”⁵².

Neste sentido, dúvidas não pairam de que, em respeito ao livre desenvolvimento da personalidade da gestante, somente a esta é cabível a decisão de interromper ou dar continuidade a uma gravidez de feto anencéfalo, mesmo sabendo que esta gestação está predestinada ao fracasso.

6. CONCLUSÃO

Conforme exposto pelo ministro Ayres Britto⁵³, o julgamento da ADPF n. 54/2002 foi um dos “mais importantes julgamentos que o Supremo Tribunal Federal já realizou, em toda a histórica republicana”.

A sociedade contemporânea passa incessantemente por modificações. O processo de integração dos países que deu ensejo à globalização obriga todos a repensarem uma série de questões, atentando para a necessidade em se reconstruírem novos paradigmas já instalados no ordenamento jurídico nacional.

Nestes termos, necessária faz-se uma nova releitura acerca do claudicante Código Penal brasileiro, em vigor desde 1940, haja vista que, nesta época, inexistiam métodos para se diagnosticar um feto com anencefalia.

De acordo com Fux⁵⁴, a interrupção da gestação de fetos anencefálicos diz respeito à saúde pública, devendo esta questão ser tratada com uma política de assistência social eficiente, que dê à gestante todo o apoio necessário em uma situação tão lastimável, e não com uma repressão penal sem qualquer fundamento razoável. Seria o punir pelo punir, como fosse o Direito Penal a panaceia de todos os problemas sociais.

⁵² MONTENEGRO, Karla Bernardo. “Fui chamada até de assassina”. Depoimento de mulher que tentou na justiça autorização para interrupção de gravidez. *Projeto Ghente*, Rio de Janeiro, setembro/outubro, 2004. Disponível em: http://www.ghente.org/entrevistas/materia_anencefalo_contra.htm>. Acesso em: 1º de abril de 2012.

⁵³ STF. ADPF n. 54/2004, voto do ministro Ayres Brito, julgada em 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204879&caixaBusca=N>>. Acesso em: 1º de abril de 2012.

⁵⁴ STF. ADPF n. 54/2004, voto do ministro Luiz Fux, julgada em 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 1º de dezembro de 2012.

Assim, o direito tem o poder de entrar na vida dos indivíduos de maneiras muito distintas em relação ao modo como pode ser utilizado. Existe uma luta **pelo** direito que vale a pena combater e viver, porém, existe também uma luta **por meio** do direito que a vida empreende a cada instante (RODOTÀ, 2010)⁵⁵ (tradução dos autores).

Neste diapasão, plausível foi a decisão do Supremo Tribunal Federal ao deliberar pela procedência da ADPF n. 54/2004, dando autonomia às mães gestantes de fetos anencéfalos em escolher por interromper ou dar prosseguimento à sua gravidez e respeitando, assim, o seu livre-arbítrio.

⁵⁵ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 69, *in verbis*: “[...] *El derecho, por tanto, puede entrar en la vida de maneras muy distintas, relacionadas con el modo en que puede ser utilizado. Existe una lucha por el derecho, que merece la pena combatir y vivir, pero existe también una lucha por medio del derecho, que la vida emprende a cada instante.* [...]”.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 342p.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002. 240p.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 190p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária realizada em 31 de agosto de 2007. Brasília: Diário da Justiça, 2007. 220p. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/adpf54.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54/2004, voto do ministro Ayres Brito, julgada em 12 de abril de 2012. Brasília, DF: STF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204879&caixaBusca=N>>. Acesso em: 1º de abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54/2004, voto do ministro Cezar Peluso, julgada em 12 de abril de 2012. Brasília, DF: STF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204881&caixaBusca=N>>. Acesso em: 1º de abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54/2004, voto do ministro Gilmar Mendes, julgada em 12 de abril de 2012. Brasília, DF: STF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863&caixaBusca=N>>. Acesso em: 1º de abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54/2004, voto do ministro Luiz Fux, julgada em 13 de abril de 2012. Brasília, DF: STF, 2012. 19p. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 1º de dezembro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54/2004, voto do relator ministro Marco Aurélio de Mello, julgada em 11 de abril de 2012. Brasília, DF: STF, 2012. 80p. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54/2004, voto do ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 1º de abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54/2004, voto da ministra Rosa Weber, julgada em 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204755&caixaBusca=N>>. Acesso em: 1º de abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Temas de interesse geral são debatidos em relevantes ADPFs ajuizadas no Supremo. *Notícias STF*, Brasília, 10 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115825&caixaBusca=N>>. Acesso em: 29 de abril de 2012.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Dignidade e diferença: há futuro para os direitos da personalidade?*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de & NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: teoria e prática no Direito Privado. Atualidades IV*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 1-45.

DWORKIN, Ronald M. *O império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 536p.

ESTADO DE MINAS. Mães falam sobre a dor de decidir sobre o aborto de anencéfalos. *Portal EM*, Belo Horizonte, 11 de abril de 2012. Disponível em <http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2012/04/11/interna_nacional,288131/maes-falam-sobre-a-dor-de-decidir-sobre-o-aborto-de-anencefalos.shtml>. Acesso em: 1º de abril de 2012.

FIUZA, César. Crise e interpretação no Direito Civil da escola de exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de & NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23-58.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 232p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 354p. (Coleção Tempo Universitário, vol. 101).

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 616p.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de & NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-216.

MIGALHAS. Religiosos e OAB divergem sobre aborto de fetos anencéfalos. *Portal Migalhas*, 23 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/>>

Quentes/17,MII104465,41046-Religiosos+e+OAB+divergem+sobre+aborto+de+fetos+anencefalos>. Acesso em: 2 de abril de 2012.

MONTENEGRO, Karla Bernardo. “Fui chamada até de assassina”. Depoimento de mulher que tentou na justiça autorização para interrupção de gravidez. *Projeto Ghente*, Rio de Janeiro, setembro/outubro, 2004. Disponível em: <http://www.ghente.org/entrevistas/materia_anencefalo_contra.htm>. Acesso em: 1º de abril de 2012.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 204p.

RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010. 328p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer – eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 154p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de & NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 347p.

STIGERT, Ludmila Castro Veado. *Os direitos fundamentais na gestação de fetos anencéfalos: uma análise sob a ótica da teoria discursiva do Direito e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: PUC/Minas.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 407p.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de & NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 115-130.

VAN CAENEGEM, Raoul Charles. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 288p.