

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JURISDIÇÃO

**O ABORTO ANENCEFÁLICO LIDO A PARTIR DA TEORIA DE
DWORKIN**

VIRGÍNIA SOPRANA DIAS

Itajaí/SC, dezembro de 2013

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JURISDIÇÃO

**O ABORTO ANENCEFÁLICO LIDO A PARTIR DA TEORIA DE
DWORKIN**

VIRGÍNIA SOPRANA DIAS

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa

Itajaí/SC, dezembro de 2013

AGRADECIMENTOS

Minha gratidão ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina,
pelo investimento nesta sua servidora,
e também ao meu orientador, professor Alexandre,
pelas (brilhantes!) aulas e pelo estímulo
que somente um verdadeiro mestre poderia dar.

Não poderia deixar de agradecer a Deus...
pela família que me deu,
cuja paciência e apoio nesta empreitada foram fundamentais.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho *al mio ragazzo* FAO,
a meus pais e a minha Helena, meus amores incondicionais.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador, de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

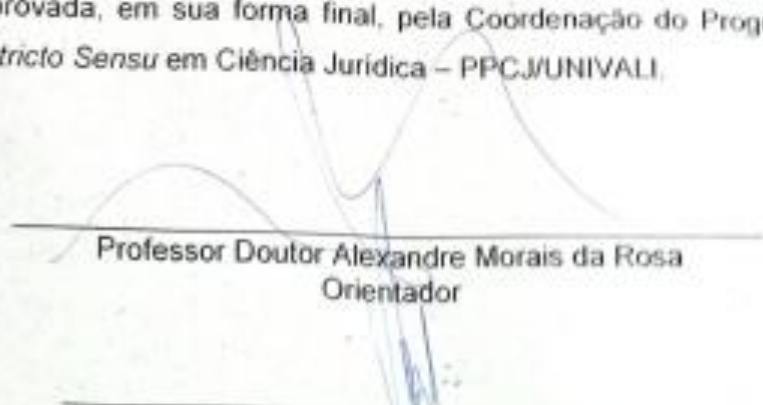
Itajaí/SC, dezembro de 2013

Virgínia Soprana Dias

Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

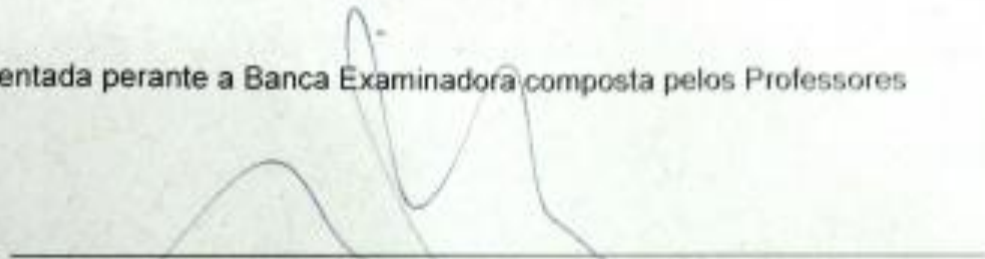
Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa
Orientador

Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coordenador/PPCJ

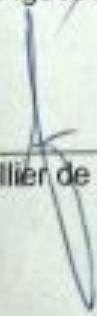
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Alexandre Morais da Rosa (UNIVALI) – Presidente



Doutor Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva (ESMESC) – Membro



Doutor Luis Carlos Cancellier de Olivo (UFSC) – Membro

Itajaí(SC), dezembro de 2013.

ROL DE CATEGORIAS¹

Rol de Categorias que a autora considera estratégicas à compreensão do trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Casos difíceis

São considerados casos difíceis (*hard cases*) aqueles em que o intérprete do direito depara-se com normas imprecisas, de conteúdo aberto, que deverão ser preenchidas mediante um esforço interpretativo singular do magistrado.²

Coerência

É a adequação que se instala nas razões do magistrado que se vale de argumentos de princípio, e que faz com que sua decisão seja mais dificilmente refutada. É por meio da coerência que uma decisão pode ser considerada racional, válida e justa.³

Constituição

É a norma jurídica suprema de um país, um corpo de princípios morais abstratos que precisam ser constantemente interpretados, pois não param no tempo.⁴

Decisão judicial

A decisão judicial é o resultado da prática interpretativa. É uma construção do juiz que se baseia no direito existente, principalmente nos princípios, que estão intrinsecamente contidos nas regras jurídicas.⁵

Direito como integridade

O direito como integridade é a fonte de inspiração da interpretação da prática jurídica, ao mesmo tempo em que é produto dela, pois ela é essencialmente argumentativa. O direito como integridade recomenda aos juízes que decidem

¹ As categorias estão expostas em ordem alfabética.

² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 260.

⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1999. Op. cit., p. 241 e 476.

⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1999. Op. cit., p. 44 e 45.

casos difíceis que interpretem e reinterpretem, detalhadamente, o material com o qual trabalham, a prática jurídica.⁶ Para Dworkin, a integridade do direito pressupõe equidade, justiça e devido processo legal: “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 comunidade. [...] A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito.”⁷

Princípios

O princípio, elemento do sistema jurídico, é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.⁸

Política

“Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de

⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1999. Op. cit., p. 273.

⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1999. Op. cit., p. 203.

⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Op. cit., p. 36.

estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).”⁹

Positivismo jurídico

“O positivismo jurídico pressupõe que o direito é criado por práticas sociais ou decisões institucionais explícitas; rejeita a ideia mais obscura e romântica de que a legislação pode ser o produto da vontade geral ou da vontade de uma pessoa jurídica.” Orienta-se na direção da objetividade científica, com ênfase na realidade observável, não na especulação filosófica, desassociando o direito da moral e de qualquer valor transcendente. Para o positivismo jurídico, a ciência jurídica é vista de modo semelhante às ciências exatas e naturais. Logo, a ciência do Direito, deverá também fundar-se em juízos de fato, que se propõem ao conhecimento da realidade e não em juízos de valor, lembrando que o Direito, como ato emanado pelo Estado, é norma: cujo caráter é imperativo e cuja força é coativa.¹⁰

Regras

“As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ela é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita; ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão.”¹¹

⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Op. cit., p. 36.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. XII e 324-325.

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Op. cit., p. 39.

SUMÁRIO

RESUMO	X
RESUMEN.....	XI
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	5
O ABORTO DE ANENCÉFALOS – ASPECTOS: HISTÓRICO, TÉCNICO, SOCIAL E MORAL	5
1.1. O ABORTO – CONCEITO E REGISTROS HISTÓRICOS	5
1.2. ASPECTO TÉCNICO – A ANENCEFALIA COMO ARGUMENTO	13
1.3. A QUESTÃO DA RELIGIOSIDADE E A PERSPECTIVA SOCIAL E MORAL	16
CAPÍTULO 2	28
INTERPRETANDO A DEFESA ARGUMENTATIVA	28
2.1. ASPECTOS TEÓRICO-JURÍDICOS DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DE DWORKIN.....	28
2.2. JUSTIFICATIVAS DE VALOR	32
2.3. A DEFESA ARGUMENTATIVA NUM CASO DIFÍCIL.....	35
CAPÍTULO 3	43
O ABORTO DE ANENCÉFALOS SOB A LUZ DE DWORKIN	43
3.1. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL BRASILEIRO	43
3.2. A ARGUMENTAÇÃO DOS CASOS DIFÍCEIS – SIMILITUDES DO ABORTO EM DWORKIN COM A VOTAÇÃO DA ADPF N. 54 PELO STF	46
3.3. EM DEFESA DAS SOLUÇÕES ARGUMENTATIVAS (ÀS QUESTÕES MORAIS NOS CASOS DIFÍCEIS)	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	70

RESUMO

A presente pesquisa visa a apresentar uma análise da problemática do aborto de anencéfalos, tratado recentemente pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Focada na teoria da interpretação proposta por Ronald Dworkin, a análise do caso concreto possibilita a identificação, nos casos considerados “difíceis”, de questões morais, sociológicas e políticas. O aborto é um tema historicamente polêmico não só no Brasil, com uma imensa diversidade de opiniões de cunho pessoal, político, moral, religioso, cujos debates, se não forem muito bem administrados, podem vir a se converter em desavença. A discussão do aborto de anencéfalos no direito brasileiro muito lembra àquela conferida no famoso caso norte-americano *Roe contra Wade*, o qual ficou marcado, segundo o supracitado autor, pela precária defesa argumentativa. Essa discussão na esfera judicial chama a atenção pela forma de interpretação do direito, que, em atenção às razões expostas pelos ministros julgadores, refletiu um discurso jurídico frágil, autocontraditório e norteado por juízos de valor. Diante desse contexto, o exame dos argumentos, discrepantes e frágeis, operados na mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal conclui que, de alguma forma, a revisão das decisões contribui para uma conscientização de que algum tipo de controle do conteúdo argumentativo é necessário. Somente com esse propósito, as decisões das cortes brasileiras, em especial a Corte Suprema, podem seguir gerando os efeitos esperados na legislação infraconstitucional e na vida social, refletindo a legitimidade que lhe é tocante. A presente dissertação insere-se na linha de pesquisa Direito e Jurisdição.

Palavras-chave: Aborto de anencéfalos. Argumentação. Interpretação. Juízos de valor.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación pretende presentar un análisis de la problemática del aborto de fetos con anencefalia, discutido recientemente por la *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54* en el *Supremo Tribunal Federal* brasileño. El estudio de caso, que tiene como base la teoría de interpretación propuesta por Ronald Dworkin, permite la identificación, en los casos considerados difíciles, de aspectos morales, sociológicos y políticos. El aborto es un tema históricamente polémico, no solo en el Brasil, que tiene una inmensa variedad de opiniones de índole personal, política, moral y religiosa, cuyo debate, si no bien administrado, podría convertirse en grandes conflictos. El debate del aborto de fetos con anencefalia en el Derecho Brasileño rememora el famoso caso norteamericano *Roe vs Wade*, el cual se destacó por la lánguida defensa argumentativa. Ese debate llama la atención en la esfera jurídica por la forma de interpretación del Derecho, considerando que en las razones expuestas por los magistrados, se evidenció un discurso jurídico frágil, autocontradictorio y direccionado por juicios de valor. Frente a dicho contexto, la evaluación de los argumentos discrepantes y frágiles tratados en la decisión del *Supremo Tribunal Federal* concluye que de alguna manera la revisión de las decisiones contribuye para la concienciación de la necesidad de un control argumentativo del contenido. Solo con este propósito, las decisiones de las Cortes Brasileñas, particularmente la *Corte Suprema*, podrán continuar generando los efectos esperados en la legislación infraconstitucional, y en la vida social, reflejando la legitimidad que le corresponde. El presente trabajo de disertación se encuadra en la línea de estudio de Derecho y Jurisdicción.

Palabras clave: Aborto de fetos con anencefalia. Argumentación. Interpretación. Juicios de valor.

INTRODUÇÃO

Os avanços na medicina e nas ciências biológicas das últimas décadas têm possibilitado detectar um número maior de anomalias e dispor de recursos terapêuticos sempre mais eficazes, dando ao homem um poder maior de intervenção sobre a vida humana.

O surgimento de técnicas que envolvem o controle da reprodução do ser humano é acompanhado de muita expectativa por parte da sociedade; todavia, nem todas as novidades da medicina e da ciência são sinônimos de melhoria, já que a unanimidade das opiniões acerca dessas novidades parece algo utópico.

Nessas últimas décadas, as discussões sobre os rumos que a ciência e a medicina vêm tomando, mais especificamente a pesquisa biomédica que possibilita a prática da interrupção da gestação, têm gerado um campo fértil para discussões morais, sociológicas, políticas...e judiciais.

Argumentos morais, de caráter religioso, sociológico e político, surgem em cena, levados por associações e grupos de indivíduos de concepções das mais liberais às mais conservadoras, os quais levantam suas bandeiras argumentativas, ora em favor, ora contrários ao aborto, sempre movidos por um fervor emotivo bastante marcante.

Na esfera judicial, onde essas discussões costumam desaguar, o complexo tema tem sido tratado de modo muito delicado e particularmente intrigante do ponto de vista argumentativo.

Os Estados Unidos viram em seus tribunais a contenda de grande repercussão jurídica, denominada caso “*Roe contra Wade*” – a qual definiu a proibição dos estados norte-americanos de decidir com base em leis contrárias ao aborto, revelando, inclusive, a existência de um problema (universal) de moral política: teria a Constituição o encargo de zelar tão somente pelos direitos individuais específicos predefinidos em uma limitada relação outrora considerada importante por estadistas (já falecidos), ou seu dever maior seria para com ideais morais abstratos a se explorar e reinterpretar ao longo das gerações?

No Brasil, a prática do aborto é considerada crime pelo Código Penal, contudo admite algumas exceções.

Nosso Supremo Tribunal Federal,¹² por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, decidiu pela ampliação do rol de exceções legais ao crime de abortamento, mostrando que a experiência judicial brasileira nem sempre opera dentro do nível de atuação que lhe previu a Constituição Federal, e não raramente reflete nas suas decisões influências sociais, morais e políticas dos julgadores.

A problemática abordada por esta dissertação consiste no levantamento dos argumentos de Ronald Dworkin acerca do aborto, acompanhada do questionamento se o aborto estaria também no Brasil desfigurando a política nacional e tornando confuso seu direito constitucional.

As opiniões expressadas pelos ministros do STF serão analisadas com o intuito de reconhecer nelas a realidade argumentativa desenhada por Dworkin. Esta pesquisa justifica-se, pois pretende contribuir para deslindar a sinuosidade dos caminhos que algumas decisões judiciais percorrem, pela análise do conteúdo das razões oferecidas nos votos dos julgadores.

Por meio de seus próprios argumentos acerca do tema do aborto de anencéfalos, e com o escopo de confrontar algumas justificativas aparentemente contraditórias, a intenção é questionar a lógica argumentativa da decisão. O objetivo do presente escrito, desta forma, incide em analisar a prática do aborto em casos de anencefalia sob uma perspectiva crítica, visando a garantir que se possa disfrutar de real segurança jurídica, um tribunal constitucional legítimo, um ordenamento infraconstitucional lógico e, enfim, uma sociedade um pouco mais harmônica.

Buscar-se-á atingir tal objetivo por meio de uma pesquisa bibliográfica, em especial com as construções teóricas de Ronald Dworkin, expondo-as como pensamento que possa servir de sugestão à construção das decisões judiciais coerentes que reflitam uma conjuntura jurídica sensata.

O texto será estruturado em três capítulos.

¹² De ora em diante também se referirá a ele simplesmente como “STF”.

No primeiro capítulo serão abordados os aspectos técnicos e as perspectivas religiosa, social e moral que envolvem a interrupção da gestação em geral e no caso específico da anencefalia do feto.

O segundo capítulo trará a exposição de importantes aspectos da teoria do direito de contribuição de Dworkin (presentes nas obras *Levando os Direitos a Sério*, *Uma Questão de Princípio*, *O Império do Direito* e *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*, que esclarecem como é construído e moldado o senso de interpretação do direito em cada indivíduo), bem como será abordado especificamente o instituto do aborto sob a perspectiva de Dworkin, para o qual se faz uso da obra *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*.

No terceiro capítulo são abordadas as razões constantes dos votos dos ministros do STF, na análise da ADPF n. 54, momento em que se parte para o exame pontual das influências sociológica, teológica e política na construção teórica das premissas metafísicas das opiniões daqueles sobre o aborto, confrontando, na análise de caso, as implicações expostas nos capítulos precedentes, a fim de verificar a aplicação da tese de Ronald Dworkin na experiência judicial brasileira.

Finalmente, pretende-se comentar a característica das decisões judiciais, como a decisão na ADPF n. 54, cujo conjunto argumentativo causa, no mínimo, surpresa, além de um pouco de desconforto.

Além disso, quanto à metodologia, seguiu-se a sugerida pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – NBR's 14724, 6027 e 6024, juntamente com o auxílio da obra *Prática da Pesquisa Jurídica – ideias e ferramentas úteis ao pesquisador do Direito*,¹³ registrando-se que, na Fase de Investigação, o método utilizado foi o Indutivo; na Fase de Tratamento dos Dados, o Cartesiano; e, no presente Relatório da Pesquisa, é empregada a base indutiva. Foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. Nesta dissertação, as categorias principais estão grafadas em letra maiúscula, e seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

¹³ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica** – ideias e ferramentas úteis ao pesquisador do Direito. 9. ed. rev. Florianópolis: OAB-SC Editora coedição OAB Editora, 2005.

Enfim, o presente trabalho encerra-se apresentando suas considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos, destacados, seguidos do incentivo à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a teoria da argumentação de Dworkin aplicada aos casos difíceis no direito brasileiro.

CAPÍTULO 1

O ABORTO DE ANENCÉFALOS – ASPECTOS: HISTÓRICO, TÉCNICO, SOCIAL E MORAL

*There is no one who finds nothing sacred, and there is nothing that adds power to human motivation like the tincture of sacred...people will die for a dogma who will not stir for a conclusion.*¹⁴

1.1.O ABORTO – CONCEITO E REGISTROS HISTÓRICOS

O abortamento, ou antecipação terapêutica do parto,¹⁵ ocorre quando há interrupção da vida intrauterina, dada em momento diferente daquele do nascimento, ou seja, antes do termo normal. Etimologicamente, o termo aborto deriva do latim *abortus* (*ab* = privação, *ortus* = nascimento),¹⁶ sendo o produto a ação abortamento.

Aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina.¹⁷

¹⁴ SHAIKH, Sa'diyya. et al. **Sacred choices**: the case for contraception and abortion in world religions. New York: Oxford University Press, 2003. p. 30.

¹⁵ Alguns autores chamam de antecipação terapêutica do parto o “aborto necessário”, ou “aborto terapêutico”, aquele praticado quando a gestante se encontre sob real e iminente perigo de vida, bem como inexistentem outros meios de salvar sua vida. BITENCOURT, César Roberto. Op. cit. p. 143.

Na discussão da ADPF n. 54, uma das consequências da sua decisão acabou sendo a assunção da expressão “antecipação terapêutica do parto” no rol de exceções à proibição da prática do aborto no Código Penal brasileiro, o que levou a mais uma onda de críticas. “Eufemismo a que recorrem ministros, envergonha a língua e as consciências até de abortistas. In **Veja**, Blog Reinaldo Azevedo. Disponível em:< <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/eufemismo-a-que-recorrem-ministros-envergonha-a-lingua-e-as-consciencias-ate-de-abortistas/>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

¹⁶ ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Belém do Pará: UNAMA, 1999. p. 193;

¹⁷ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 135.

O Direito deixou registros da reprovação histórica à prática do aborto: na Babilônia – pelo Código de Hammurabi¹⁸ –, e ainda pelos Hebreus.¹⁹

Na Grécia, contudo, há relatos de que Aristóteles aconselhava o aborto quando o feto²⁰ ainda não tivesse adquirido alma, traduzindo uma preocupação pelo controle de natalidade – temendo um possível desequilíbrio entre a população e a produção alimentícia local.²¹

[...] e quanto ao número de filhos, em não sendo permitido pelas leis do país abandoná-los, se alguns matrimônios se fazem fecundos, ultrapassando os limites impostos à população, será preciso provocar o aborto antes de que o embrião tenha recebido o sentimento e a vida.²²

Semelhantemente posicionava-se Platão, que recomendava o abortamento às mulheres com mais de 40 anos. Os filhos, uma vez nascidos, pertenciam a *Polis*. Logo, a preocupação de Platão reflete o contexto de uma civilização empenhada em conceber filhos saudáveis e não portadores de qualquer tipo de deficiência para a formação de uma Cidade em plenitude de vigor.²³

Na Roma antiga, o aborto, a gravidez e o parto eram considerados temas relacionados exclusivamente à mulher. Por sua vez, o feto

¹⁸ § 209 Se um *awilum* bateu na filha de um *awilum* e a fez expelir o (fruto) de seu seio, pesará 10 siclos de prata pelo (fruto) de seu seio.

§ 210 Se essa mulher morreu, matarão a sua filha.

§ 211 Se pela pancada fez a filha de um *muskênum* expelir o (fruto) de seu seio, ele pesará 5 siclos de prata.

§ 212 Se essa mulher morreu, ele pesará ½ mina de prata.

§ 213 Se bateu na escrava de um *awilum* e a fez expelir o (fruto) de seu seio, ele pesará 2 siclos de prata.

§ 214 Se essa escrava morreu, ele pesará 1/3 de uma mina de prata.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 186-187.

¹⁹ Conforme os escritos do historiador judeu Flávio Josefo (37 ou 38 a. C.) **The Writings of Flavius Josephus**. Disponível em <http://www.biblestudytools.com/history/flavius-josephus/against-apion/book-2/chapter-1.html>. Acesso em: 15 fev. 2013.

²⁰ O termos “feto” e “embrião” são usados nesta dissertação como sinônimos, sem levar em consideração a idade gestacional.

²¹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio H. **Comentários ao código penal**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 270.

²² ARISTÓTELES. **Política**. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2013.

²³ PLATÃO. **A República**. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda. 1997. p. 163-164.

era considerado uma parte do corpo da mãe – *mulieris pars vel viscerum*,²⁴ como uma espécie de apêndice; por essa razão, ela, a mulher gestante, era o sujeito da conduta criminosa por excelência. Não era uma conduta típica durante a República, nem nos primeiros anos do Império.²⁵

Curiosamente, no direito romano, o aborto chegou a ser punível nos casos em que lesasse um interesse masculino.²⁶ A conduta típica nesse caso era semelhante à do homicídio praticado com envenenamento, e o bem jurídico tutelado era não o feto em si, mas a garantia da descendência do pai.

Já no século XIX, o Código de Napoleão previa como crime a prática do aborto, cuja pena inicialmente era a morte e posteriormente a prisão perpétua. Antes dele, no período da Revolução Francesa, o Código Penal de 1791 já determinava que todos aqueles que fossem cúmplices do aborto fossem flagelados e condenados a vinte anos de cárcere.

Muitas das convicções a respeito do aborto hoje já foram simplesmente argumentos desprezados no passado, e, sem dúvida, geraram muitas discussões até ocuparem a posição atual. A postura da mulher, as considerações biológicas acerca do feto e da gravidez, o estilo de família, a liberdade sexual, as intervenções externas, os interesses políticos e até mesmo os próprios parâmetros de avaliação mudaram desde a Antiguidade até os dias atuais, assumindo diferentes funções e significados.²⁷

A temática do aborto no ordenamento do Brasil teve suas origens em 1830, com a promulgação do Código Criminal do Império. A conduta prevista pelo artigo 199, contido no capítulo dos “Crimes contra a segurança da pessoa e da vida” era, então, a seguinte: “Ocasionar aborto, por qualquer meio empregado, interior ou exteriormente, com consentimento da mulher pejada”, cuja pena prevista era a de prisão e trabalho, de um a cinco anos. Não se punia, à época, o aborto praticado pela própria gestante.

²⁴ ALVES. Ivanildo Ferreira. Op. cit. p. 56.

²⁵ ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: **Enciclopédia Garzanti del diritto**. Italia: Garzanti, 1995. p. 2.

²⁶ Sob o governo de Septímio Severo (193-211 d.C.), a lei romana passou a tratar do aborto como uma privação do pai ao direito de possuir sua prole. GALEOTTI, Giulia. **História do aborto**. Coimbra: Edições 70. p. 75

²⁷ GALEOTTI, Giulia. Op. cit. p. 45.

Novamente, em 1890, o aborto voltou a ser tipificado, constando do artigo 300 e seguintes do Código Penal da República, o qual estabeleceu atenuantes, previu punição para a prática de autoaborto, e referiu-se aos conceitos de aborto legal ou necessário.²⁸

O Código Penal de 1940, Decreto-Lei n. 2848, de inspiração italiana, trouxe a conduta de praticar o aborto em seu Capítulo Primeiro “Dos crimes contra a vida”, com reservas ao aborto praticado para salvar a vida da mãe (aborto necessário) e nos casos de violência sexual.²⁹ O vigente Código Penal brasileiro, que carrega implicitamente o princípio do direito à vida, dispõe da seguinte forma a questão do aborto:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos

Aborto provocado por terceiro

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos

Parágrafo único: Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou

²⁸ DO ABORTO. Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção: No primeiro caso: – pena de prisão cellullar por dois a seis annos. No segundo caso: – pena de prisão cellullar por seis mezes a um anno.

§ 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir-se a morte da mulher: Pena – de prisão cellullar de seis a vinte e quatro annos.

§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina: Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante: Pena – de prissão cellullar por um a cinco annos.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria.

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia: Pena – de prisão cellullar por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profisão por igual tempo ao da condemnação. **BRASIL, Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890.** Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s>. Acesso em: 20 mar. 2013.

²⁹ Art. 128, I e II – em caso de consentimento da gestante ou de seu representante legal. **BRASIL, Decreto-lei 2.848, de 7 de setembro de 1940. Código Penal.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I. se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II. se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.³⁰

Em outros países o tema também sofreu modificações legais, igualmente enfrentando polêmica. Um dos mais conhecidos casos ocorreu nos Estados Unidos,³¹ repercutindo grande influência no mundo jurídico:

Na década de 1970, no estado americano do Texas, uma decisão particular da Suprema Corte fez surgir um novo precedente, modificando a posição de contrariedade a respeito do aborto, que era dominante desde a independência americana. Na famosa disputa *Roe* contra *Wade*³², a suprema Corte reconheceu o direito à interrupção voluntária da gravidez a Norma L. McCorvey, que sustentava ter sido vítima de estupro. O argumento que justificava a posição da Corte era que o direito da mulher em decidir por si mesma pela continuidade ou não da gravidez estaria amparado pelo direito à privacidade, considerado constitucionalmente um direito fundamental, contra o qual nenhum dos estados norte-americanos poderia legislar.³³

³⁰ BRASIL, **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

³¹ Ainda que sob o sistema do *common law*, o direito norte-americano é bastante influente nas demais jurisdições. Seus precedentes, fontes primárias do direito naquele país, são decisões que orientam formalmente seus magistrados, além de fomentar debates em casos semelhantes noutros Estados, como no Brasil, muito embora haja importantes distinções jurídicas entre os dois países.

³² U.S. Supreme Court. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Disponível em

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

³³ A decisão do caso *Roe v Wade*, de 1973 abriu precedente e proibiu que normas estaduais ou federais que tratassem do tema o contrariassem. É considerada a 1ª despenalização do aborto dos Estados Unidos da América: O estado do Texas possuía uma lei que autorizava o aborto tão

Os Estados Unidos são um país de maioria cristã,³⁴ além de contar com grande percentual de cidadãos filiados a agremiações sociais, partidos políticos e a outros grupos religiosos, cuja posição influencia sobremaneira as decisões políticas, bem como jurídicas, daquela nação.

Após uma decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em abril de 2012, que tornou legal o aborto nos casos de gravidez de fetos anencéfalos, as mulheres que dali em diante optarem pela antecipação terapêutica do parto precisam tão somente de laudo médico (assinado por dois profissionais), não mais necessitando de autorização judicial, até então obrigatória.

Quando da propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54,³⁵ que questionava a constitucionalidade dos tipos penais que incriminam a prática de aborto desconsiderando a exceção da hipótese de o feto ser portador de anencefalia, e que ensejou a supracitada decisão do STF, argumentou-se que o maior avanço seria justamente o fim da instabilidade jurídica outrora enfrentada pelas gestantes, que deveriam esperar semanas ou mesmo meses por uma decisão judicial, que por sua vez poderia ser desfavorável ao pedido de interrupção da gravidez.

somente nos casos em que a vida da mãe fosse ameaçada pela gravidez. A autora, gestante, afirmou que essa lei violava seus direitos constitucionais. O caso *Roe v. Wade* é o caso emblemático sobre o aborto, até os dias atuais, pelas questões que levanta. De acordo com o tribunal, o direito de privacidade sob a Emenda 14 é amplo o suficiente para abranger a decisão da mulher se deve ou não interromper sua gravidez. O tribunal decidiu que o direito de a mulher não é absoluto. O Estado pode regular as ações da mulher nos casos em que a lei sirva a um "interesse público relevante". O tribunal rejeitou o argumento Texas de que no momento da concepção, o nascituro deve ser considerado uma pessoa nos termos da Constituição, decidindo que, nos estágios iniciais da gravidez (antes do final do primeiro trimestre) a mulher e seu médico são livres para fazer a sua escolha sobre o aborto, sem a interferência do Estado. Para a fase posterior da gravidez, o Estado pode regular a escolha da mulher, mas apenas para servir ao interesse convincente de promover a saúde da mãe. Para a etapa posterior à viabilidade, o estado buscando promover a sua participação na potencialidade da vida humana poderá, se quiser, regular e até mesmo proibir o aborto, exceto quando for necessário para preservar a vida da mãe. *Roe v. Wade* transformou a política nacional, dividindo os Estados Unidos em *pro-Roe* (pró-escolha) e *anti-Roe* (pró-vida), inspirando um forte ativismo de ambos os lados.

Roe v. Wade Case Brief. **4LawSchool**. Disponível em:

<<http://www.4lawschool.com/conlaw/roe.shtml>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

³⁴ Conforme dados do ano de 2012 da Pew Center, 73% da população norte-americana é composta por cristãos. Disponível em: <<http://www.pewforum.org/2012/10/09/nones-on-the-rise/>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

³⁵ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF é a ação ajuizada exclusivamente no STF que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. A ADPF é disciplinada pela Lei Federal n. 9.882/99. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>>. Acesso em 03 nov. 2013.

O respeito à dignidade humana é reforçado na Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina no Conselho da Europa³⁶ que trata em seu primeiro artigo que “as partes na presente convenção protegerão a dignidade e a identidade de *todos os seres humanos* (grifamos) e garantirão a todas as pessoas, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina”. Antes mesmo da assinatura da Convenção já existia na Europa o reconhecimento de que “desde o momento da fertilização do óvulo a vida humana se desenvolve como projeto contínuo, e que não é possível fazer uma distinção nítida durante as primeiras fases embrionias do seu desenvolvimento”, por meio da Recomendação 1.046 do Conselho da Europa. Em dezembro de 2010 a Corte Europeia de direitos Humanos decidiu que a opção pela interrupção da gravidez não é um direito da gestante, por não estar previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Os juízes argumentaram que sobre esse assunto não há consenso e não cabe ao conselho da europa legislar.³⁷

A maioria dos países da Europa permite o “abortamento a pedido”. Na Alemanha a mulher que tem intenção de abortar (até as 12ª semanas) precisa passar por um conselho regulador do Estado que a informará as alternativas ao aborto bem como suas consequências, ficando obrigada a aguardar um período de 3 dias após receber essas informações. De maneira semelhante operam Bélgica, Finlândia, Hungria, Itália, Luxemburgo e Holanda.³⁸

A política atual francesa vê como grave desigualdade entre homens e mulheres o não reconhecimento do abortamento como direito absoluto da mulher, e para remediar o problema, François Hollande, primeira ministra do parlamento francês, colocou como prioridade de seu mandato a elaboração de

³⁶ Essa Convenção, assinada em 4 de abril de 1997, em Oviedo, capital do principado de Astúrias (província da Espanha) abordou a matéria da concepção humana.

³⁷ A Polônia chegou a ser condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos ao pagamento de 45 mil euros de indenização a uma gestante que foi impedida de abortar seu feto com má formação genética, pois a falta de agilidade na elaboração e apresentação dos exames pré-natais que diagnosticassem a anomalia do feto não permitiu que a mulher respeitasse o prazo de gestação em que é autorizado o aborto no país. Essa decisão da Corte reflete o pensamento de que um país que permite o aborto mas dificulta que ele seja realizado viola direitos da mulher e por isso tem o dever de indenizá-la. PINHEIRO, Aline. Maioria de países na Europa permite aborto de anencéfalo. **Consultor Jurídico**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-abr-12/maioria-paises-europeus-permite-aborto-feto-anencefalo>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

³⁸ SÁ, Paula. Maioria de países da EU permite aborto a pedido. **Diário de Notícias**. Disponível em: < http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=652146>. Acesso em: 21 dez 2013.

uma lei que permitiu, com a recente aprovação em plenário, o abortamento a “mulheres que não queiram levar a termo a gestação”, o que alterou a lei anterior (de 1975), que tão somente permitia abortar às mulheres que estivessem em “situação de dificuldade”. Estima-se que aproximadamente 220 mil abortos são realizados todos os anos na França. Desde janeiro de 2013, a prática abortiva é totalmente reembolsada pelo Seguro Social no país.³⁹

Buscando afastar-se da linha mais liberal na temática do aborto, da qual muitos países europeus têm feito parte, a Espanha tem no governo atual (com maioria no parlamento) a determinação de restringir os casos de abortamento autorizado para somente as primeiras 12 semanas de gestação, ou as primeiras 22 semanas, nos casos que envolvem risco à saúde da mãe. Desde 2010 as possibilidades legais para o abortamento são bastante amplas, mas com a nova “Lei de proteção da vida do concebido e dos direitos da mulher grávida” devem ser permitidos apenas os casos que se inserirem nas duas hipóteses acima explicitadas. Em caso de aprovação da nova lei, a má formação fetal deixaria de ser uma justificação legal para a prática do aborto.⁴⁰

O parlamento irlandês aprovou uma nova lei que tratou o aborto admitindo a interrupção da gravidez quando a vida da mãe estiver em risco. Muito controversa, ainda mais sendo a Irlanda um país fortemente católico, a votação deixou reflexos, como o afastamento do cargo da ministra dos Assuntos Europeus, ocorrido após ter defendido seu voto contrário à proposta da lei.⁴¹

Áustria, Bulgária, Romênia, Dinamarca, Estônia, Grécia, Letônia, Lituânia, Eslováquia, Eslovênia e Suécia são países que legalizaram o abortamento, se esse for solicitado pela mulher. Contudo, diferem-se nos prazos gestacionais máximos estipulados por suas leis.

³⁹ Parlamento da França aprova flexibilização do direito ao aborto. **G1 Mundo**. Portal G1. Disponível em :< <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/01/franca-flexibiliza-direito-ao-aborto.html>>. Acesso em: 28 de jan. de 2014.

⁴⁰ Aborto deixará de ser um direito da mulher em Espanha. **Euronews**. Disponível em: < <http://pt.euronews.com/2013/12/20/aborto-deixara-de-ser-um-direito-da-mulher-em-espanha/>>. Acesso em: 21/12/2013.

⁴¹ Parlamento irlandês aprova controversa lei do aborto. **Euronews**. Disponível em: < <http://pt.euronews.com/2013/07/12/parlamento-irlandes-aprova-controversa-lei-do-aborto/>>. Acesso em: 21 dez. 2013.

Na Grã-Bretanha a interrupção voluntária da gestação somente pode ser praticada até as 24^a primeiras semanas, sendo necessários pareceres de dois médicos.

Na América Latina destaca-se a posição do Uruguai. Nesse país, pioneiro em sua posição mais liberal no continente, foi aprovada recentemente a legalização do aborto nos primeiros 3 meses de gestação. Cidadãs uruguaias (tão somente) que desejem abortar, após serem submetidas a um comitê formado por psicólogos, médicos e assistentes sociais, e deles receber informações e alternativas ao abortamento, poderão dirigir-se a centros de saúde, inclusive públicos, onde se sujeitariam ao procedimento de modo legal. Ainda é permitido o aborto em casos de risco à saúde da mãe, de estupros ou má formação fetal que seja incompatível com a vida extrauterina, antes da 14^a semana de gestação.

Segundo o último levantamento da ONU, casos de má formação fetal autorizavam até 2009 abortamentos em 51 países, o que correspondia a um percentual de 47%. Estatísticas apontavam que naquele ano 97% dos países permitiam o aborto para salvar a vida da gestante, enquanto “preservar a saúde mental das mulheres” era uma justificativa legal para 67% dos países no mundo. Entre 1996 e 2009 países como Beni, Colômbia, Etiópia, Fiji, Guiné, Jordânia, México, Nepal, Suíça e Togo admitiram a má formação fetal como justificativa legal para autorizar o abortamento.⁴²

1.2. ASPECTO TÉCNICO – A ANENCEFALIA COMO ARGUMENTO

Em virtude da realidade enfrentada pelo Judiciário brasileiro, outrora responsável pela análise dos numerosos pedidos de autorização de procedimentos abortivos em caso de anomalia fetal incompatível com a vida, a lentidão do procedimento judicial levou alguns profissionais da área da saúde, juntamente com o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, por intermédio da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) a propor, ainda junho de 2004, a APF n. 54.

⁴² *World abortion policies 2011*. Disponível em:

<<http://www.un.org/esa/population/publications/2011abortion/2011wallchart.pdf>>. Acesso em: 22 dez 2013.

Muito embora o primeiro registro de autorização judicial para a prática da interrupção da gravidez de feto anencefálico tenha ocorrido em 1991, no estado do Mato Grosso do Sul⁴³, o tema da anencefalia no Brasil, aflorou midiaticamente no ano de 2012, quando foi julgada no Supremo Tribunal Federal a ADPF n. 54, refletindo na ampliação do rol de excludentes de ilicitude da prática abortiva no Código Penal brasileiro.

Aberto ao amplo debate, muitos grupos posicionaram-se e ofereceram elementos argumentativos bastante ricos. O Supremo Tribunal Federal, buscando examinar a constitucionalidade material das normas que tratam da tipificação do abortamento nos casos em que o feto não possua cérebro, ou o possua em parte, elaborou um corpo bastante denso de argumentos justificadores para o posicionamento da Corte.

Com a participação de 11 ministros, decidiu-se pela legalidade da prática do aborto nos casos de anencefalia do feto: a ação relatada pelo ministro Marco Aurélio Mello teve como resultado o placar de oito votos a favor e dois votos contrários.⁴⁴

Conforme comentado anteriormente, a partir da decisão do STF, o direito brasileiro passou a permitir a realização do aborto – sempre que for essa a vontade da gestante – em casos de gestação de feto anencéfalo – além de casos de ocorrência de violência sexual, ou que envolvem risco à vida da mãe, já anteriormente previstos pelo ordenamento.

A tese que aqui se defenderá é a de que a vida humana intrauterina também é protegida pela Constituição, mas com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido. Sustentar-se-á, por outro lado, que a proteção conferida à vida do nascituro não é uniforme durante toda a gestação. Pelo contrário, esta tutela vai aumentando progressivamente na medida em que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extrauterina. O tempo de gestação é,

⁴³ DINIZ D. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? **Revista Physis** 2003; 250-253.

⁴⁴ STF decide que é possível aborto de fetos anencéfalos. **Folha de São Paulo**, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1075365-stf-decide-que-nao-e-crime-o-aborto-de-fetos-anencefalos.shtml>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

portanto, um fator de extrema relevância na mensuração do nível de proteção constitucional atribuído à vida pré-natal.⁴⁵

Buscando uma maior clareza do tema da anencefalia, esta se caracteriza por uma má-formação do tubo neural fetal. Sabe-se que ela se dá sem motivação aparente, embora alguns estudos afirmem que o uso de entorpecentes, do tabaco, deficiências nutricionais ou de vitaminas, baixa ingestão de ácido fólico, além de fatores genéticos, ambientais, enfermidades metabólicas e exposição à radiação possam influenciar a má-formação do feto. Em consequência, o feto não apresenta encéfalo e calota craniana, ou os possui de forma parcial. Numa linguagem mais técnica, a definição é ricamente detalhada:

Anencefalia é um defeito no tubo neural (uma desordem envolvendo um desenvolvimento incompleto do cérebro, medula, e/ou suas coberturas protetivas). O tubo neural é uma estreita camada protetora que se forma e fecha entre a 3ª e 4ª semanas de gravidez para formar o cérebro e a medula do embrião. A anencefalia ocorre quando a parte de trás da cabeça (onde se localiza o tubo neural) falha ao se formar, resultando na ausência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo. Fetos com esta disfunção nascem sem testa (a parte da frente do cérebro) e sem um *cerebrum* (a área do cérebro responsável pelo pensamento e pela coordenação). A parte remanescente do cérebro é sempre exposta, ou seja, não protegida ou coberta por ossos ou pele. A criança é comumente cega, surda, inconsciente, e incapaz de sentir dor. Embora alguns indivíduos com anencefalia talvez venham a nascer com um tronco rudimentar de cérebro, a falta de um *cerebrum* em funcionamento permanente deixa fora de alcance qualquer ganho de consciência. Ações de reflexo tais como a respiração, audição ou tato podem talvez se manifestar. A causa da anencefalia é desconhecida. Embora se acredite que a dieta da gestante e a ingestão de vitaminas possam caracterizar uma resposta, cientistas acreditam que há muitos fatores envolvidos.⁴⁶

⁴⁵ SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.) **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 30.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). op. cit. p. 115.

Trata-se de ocorrência rara (1/1.000 gestações ou 1/10.000 gestações, conforme as estatísticas) e pode ser diagnosticada por meio de exame ultrassonográfico, feito a partir da décima segunda semana da gravidez, por ocasião de ausência da calota do crânio e de parênquima cerebral identificável.⁴⁷ Como é considerada uma patologia ainda incurável, mesmo após seu diagnóstico, a medicina não dispõe de recursos para a sua cura. Uma metade dos fetos anencefálicos não chega a completar o período gestacional, morrendo ainda no ventre. Os especialistas afirmam que, daqueles que nascem, são raros os casos que sobrevivem.⁴⁸

1.3. A QUESTÃO DA RELIGIOSIDADE E A PERSPECTIVA SOCIAL E MORAL

Embora, no Ocidente, tenha-se dado ainda no Século XVIII a separação das questões ditas religiosas (em geral individuais) das seculares (fixadas no campo da política), tende-se a acreditar, ilusoriamente, que os temas religiosos não sejam parte integrante do conjunto de convicções que fazem as pessoas serem o que são.

Temas polêmicos como os que envolvem a reprodução do ser humano são eminentemente religiosos, e já que a liberdade religiosa que se vivencia hoje permite revelar aquelas questões deixadas a cargo de nossas convicções individuais, as razões outrora mantidas na intimidade são trazidas à tona, contribuindo para a discussão e formação de uma opinião pública. Todo posicionamento defendido pelas religiões, pelo elevado grau de influência moral que exercem, mostram-se verdadeiramente válidos para a edificação das teorias sobre o abortamento.

⁴⁷ “Art. 2º O diagnóstico de anencefalia é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª

(décima segunda) semana de gestação e deve conter:

I—duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável;

II—laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.”

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, **Resolução n. 1989/2012**, publicada no D.O.U. de 14 de maio de 2012, Seção I, p. 308 e 309. Disponível em:<

http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012.

⁴⁸ ABC.MED.BR, 2013. **Anencefalia**: causas, sinais e sintomas, diagnóstico, evolução. Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/340714/anencefalia-causas-sinais-e-sintomas-diagnostico-evolucao.htm>>. Acesso em: 5 set. 2013.

O posicionamento da Igreja Católica, por exemplo, possui particularidades: sua justificativa sofreu alterações ao longo dos anos. Até 1869 considerava-se se o feto havia cumprido o período de “aquisição” de alma, que representava quarenta dias para meninos e oitenta dias para meninas⁴⁹; a prática do aborto de fetos “animados” era punida com a excomunhão. Após 1869, ano em que foi condenada a prática abortiva pelo Papa Pío IX, com a promulgação da *Bula Apostolicae Sedis*, o foco passou ao momento da concepção, findando a diferenciação dada até então de feto “inanimado” e feto “animado”.

Ainda no século V, Santo Agostinho mostrava-se não estar seguro de que o feto, no momento da concepção, fosse dotado de alma por Deus. Contudo, condenava as mulheres que, a fim de evitar as consequências do sexo, utilizassem “venenos” que as esterilizassem ou que destruíssem o feto trazido no útero.⁵⁰ Completava suas razões explicando que em abortos praticados no início da gestação um “filho” poderia morrer antes de adquirir vida. Antes disso, não haveria homicídio algum.

São Jerônimo considerava que o feto somente era um ser humano quando adquirisse membros e a aparência de ser humano.⁵¹

Após a adoção da Religião Cristã como religião oficial do Império Romano, com o Editto da Tessalônica, de Teodósio Magno, o aborto passou a ser condenado por todas as nações cristãs.

De fato, as tradições, os hábitos, os costumes, as crenças populares, a moral, as instituições, a ética, as leis(...) estão profundamente marcadas pelas lições cristãs. O alcance da doutrina cristã, que é fundamentalmente religiosa, teve sua utilização histórica, seus desvios e interpretações circunstanciais, mas o que importa dizer é que foi capaz de produzir suficiente abalo no espírito humano.⁵²

⁴⁹ PIAZZETA, Naele Ochoa. **O princípio da igualdade no Direito Penal brasileiro**: uma abordagem de gênero. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 112.

⁵⁰ Sant'Agostino **De nuptiis et concupiscenti Libri due**. Disponível em <http://www.augustinus.it/latino/nozze_concupiscenza/index2.htm>. Acesso em: 15 fev. 2013.

⁵¹ Epístolas 121.4, **Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum**, 56.16, citado por Dworkin, Ronald. 2003. Op. cit. p. 55.

⁵² BITTAR, Eduardo C.B. et ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 154.

O insigne filósofo católico São Tomás de Aquino afirmava que o feto, no momento da concepção, não possuía alma intelectual ou racional, adquirindo-a em momento posterior, e tomando forma de ser humano e adquirindo órgãos de humano, ideia adquirida sob influência de Aristóteles⁵³.

A posição atual oficial da Igreja Católica sobre a vida do feto encontra-se na *Instrução sobre o respeito pela vida humana em sua origem e sobre a dignidade da procriação* – publicação de 1987, da Sagrada Congregação do Vaticano para a Doutrina da Fé⁵⁴. Nela a premissa de que todo ser humano possui direito à vida, do momento da concepção até a morte, impera.

Desde os primórdios, a opinião da Igreja Católica foi clara e imperativa: contra o aborto, tanto o prematuro quanto o tardio.⁵⁵ As raízes dessa proibição, segundo muitos filósofos católicos, são mais profundas que a da Instrução do Vaticano de 1987, e tem ligação com outras históricas preocupações como as demais questões envolvendo a sexualidade. A força do seu posicionamento é, em geral, devida às teorias sobre a animação do feto – que é a justificativa dada em defesa da opinião.⁵⁶

No texto da Instrução evidencia-se, portanto, a tese de que o feto é pessoa a partir do momento da concepção, mas isso não quer dizer que há um século, quando se defendia que o feto somente era humano a partir do momento que adquiria a forma humana, que a Igreja Católica fosse a favor do aborto praticado antes da aquisição da forma humana: naquela época a justificativa para se condenar o aborto era a de que se tratara de um insulto ao dom divino de criar a vida.

⁵³ Acreditava na doutrina hilemorfismo, que sustenta ser a alma humana ligada necessariamente ao corpo humano, do mesmo modo que um objeto relaciona-se logicamente com a matéria-prima da qual é feito. Apesar de São Tomás de Aquino ter entendido que o embrião não era uma miniatura de humano que simplesmente crescia de tamanho até o nascimento, mas sim um organismo que passa por estágios de desenvolvimento vegetativo, entrando em seguida em uma etapa de desenvolvimento de sensações para finalmente adquirir intelecto e razão, o Santo ainda acreditava que era o pai o responsável pela alma gerativa, restando à mãe o simples papel de nutrição.

⁵⁴ Disponível em

<http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_po.html>. Acesso em: 20 jan. 2013.

⁵⁵ Conforme estudos de John Noonan, publicados pela Harvard University sob o título “A Nesrly Absolute Value in History”, o aborto é considerado quase um valor absoluto na história da Igreja. DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 54.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 55.

Assim, os argumentos em destaque são os de que “Deus dá a vida”; “a vida de um ser humano (inocente) não pode ser tolhida por outro ser humano”; “o início da vida humana se dá no momento da concepção; e abortar é tolher uma vida humana inocente, independente do momento do desenvolvimento do feto”.

Dworkin comenta que os cristãos católicos dificilmente deixam de se manifestar publicamente em relação ao assunto aborto.⁵⁷ O argumento chave do posicionamento é a ideia de que a vida, criação de Deus, possui um valor intrínseco e sagrado, e que por essa razão não pode ser sacrificada.

Entre os teólogos metodistas, têm-se que a personalidade humana é adquirida em estágios mais avançados da gravidez. Não deixando de considerar que quase nada é tão sagrado quanto trazer ao mundo uma nova vida que possa compartilhar o dom da graça divina, ainda sim, é legítimo questionar: uma nova vida trazida ao mundo estaria ou não destruindo a realização teologicamente compreendida dos seres humanos já existentes? A nova vida que estaria a caminho poderia vir a não receber aqueles cuidados tidos como necessários à plena realização humana? Poderia essa nova criança deixar mais difícil a vida da família já existente? E, no caso de uma resposta afirmativa, colocaria a mulher numa posição de escolha quanto à continuidade ou não da gestação.⁵⁸

No Budismo há correntes que consideram as práticas abortivas inadmissíveis, e esse posicionamento é justificado por serem atos contrários à vida de um outro “ser”; enquanto há aqueles que o toleram em especial quando o feto apresente problemas de desenvolvimento ou a gravidez seja considerada de risco.⁵⁹ A doutrina budista é firmemente contrária ao aborto, o que quer dizer que ela defende os valores da vida humana, refutando os argumentos que apoiam a eliminação da vida ainda no útero; contudo, a grande decisão acerca da prática ou não do aborto deve caber à gestante.⁶⁰

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 50.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 51.

⁵⁹ E desde que o abortamento não seja produto de inveja, gula ou desilusão.

⁶⁰ LECSO, Phillip A. A buddhist view of abortion. In: STEFFEN, Lloyd (edited). **Abortion: a reader**. Cleveland, Ohio: Pilgrim Library of Ethics, 1996. p. 144.

A doutrina espírita condena o abortamento, por ser uma prática que ceifa a vida de uma criança já viva, impedindo “a alma de passar pelas provas a que serviria de instrumento o corpo que se estava formando”.⁶¹ Viver é o primeiro direito natural do homem, dado por Deus, segundo o Espiritismo, e transigir a lei de Deus seria crime.

Para o Islamismo, o nascituro⁶² não dispensa maiores cuidados até os cento e vinte dias de gestação. Após esse tempo, o feto seria considerado “formado”. Todavia, para algumas correntes, o aborto somente deve ser admitido em caso de risco à vida da mulher, ou a outra criança ainda em fase de amamentação, ou quando for caso de malformação fetal. Há direcionamentos diversos dentro da religião islã, inclusive (e principalmente) para a exceção prevista dentro do período limítrofe. Isso reflete a flexibilidade da decisão nos países muçulmanos e se deve ao fato de o Alcorão não trazer posicionamento preciso a respeito do aborto.⁶³

⁶¹ O tema é tratado objetivamente na obra *O livro dos espíritos* – primeiro dos cinco livros que constituem o corpo doutrinário do espiritismo – nas seguintes questões:

Questão 358. Pergunta – Constitui crime a provocação do aborto, em qualquer período da gestação? Resposta – “Há crime sempre que transgredis a lei de Deus. Uma mãe, ou quem quer que seja, cometerá crime sempre que tirar a vida a uma criança antes do seu nascimento, por isso que impede uma alma de passar pelas provas a que serviria de instrumento o corpo que se estava formando”.

Questão 880. Pergunta – Qual o primeiro de todos os direitos naturais do homem? Resposta – “O de viver. Por isso é que ninguém tem o de atentar contra a vida de seu semelhante, nem de fazer o que quer que possa comprometer-lhe a existência corporal”.

Questão 344. Pergunta – Em que momento a alma se une ao corpo?

Resposta – “A união começa na concepção, mas só é completa por ocasião do nascimento. Desde o instante da concepção, o Espírito designado para habitar certo corpo a este se liga por um laço fluídico, que cada vez mais se vai apertando até ao instante em que a criança vê a luz. O grito, que o recém-nascido solta, anuncia que ele se conta no número dos vivos e dos servos de Deus.”

Questão 372. Pergunta – Que objetivo visa a Providência criando seres desgraçados, como os cretinos e os idiotas?

Resposta – “Os que habitam corpos de idiotas são Espíritos sujeitos a uma punição. Sofrem por efeito do constrangimento que experimentam e da impossibilidade em que estão de se manifestarem mediante órgãos não desenvolvidos ou desmantelados.”

É clara a posição de salvaguarda da gestação, mesmo naquelas em que o feto possui malformações graves, físicas ou mentais, já que o corpo é o instrumento para a evolução do espírito.

KARDEC, Allan. **O livro dos espíritos**. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira. Obra disponível em < <http://www.febnet.org.br/wp-content/uploads/2012/07/135.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

⁶² A palavra nascituro dispõe de vários significados, sendo o que mais nos interessa aquele que o define como sendo o concebido no ventre materno e que está para nascer. José Náufel coloca que nascituro é o “Ser humano já concebido, em estado de feto, e que ainda não veio à luz. Aquele que está concebido e cujo nascimento se espera como fato futuro (...)”. NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Parma. 1984, p. 706.

⁶³ SHAIKH, Sa'diyya. et al. Op. cit. p. 105.

A respeito do aborto praticado antes do prazo de 120 dias, existem quatro posicionamentos diferentes no Islamismo Clássico [...]. O primeiro posicionamento defende a permissão incondicional para pôr fim à gravidez sem necessidade de alguma justificação ou de alguma deformidade do feto. Esta visão é adotada pela Escola de Zaydi e por alguns estudiosos das escolas de Hanafi e de Shafi'i. A Escola de Hanbali permite o aborto se feito por métodos orais até 40 dias após a concepção. A segunda linha de pensamento defende a permissão condicional. Essa possui esta característica, pois, neste caso, o aborto somente ocorrerá se houver uma boa justificativa. Para essa linha de pensamento, o aborto injustificado não é proibido, mas, somente, reprovado. Esta é a opinião da maioria dos doutos provenientes das escolas de Hanafi e de Shafi'i. Na terceira linha de pensamento, esta prática é alvo de extrema reprovação. Essa visão é defendida por alguns juristas da Escola de Maliki. Na quarta linha de pensamento, o aborto é terminantemente proibido. Esta visão é compartilhada pelos outros juristas da Escola de Malike, além de estudiosos provenientes das escolas jurídicas de Ibadiyya e de Imamiyya.⁶⁴

O Judaísmo atribui ao nascituro o título de “pessoa” com seu nascimento completo e com vida. Logo, para a lei judaica, o feto não é pessoa. Por consequência, o abortamento não é um assassinato. Caso fosse, não seria permitido que se praticasse o aborto para salvar a vida da gestante, por exemplo, já que significaria tirar a vida de um inocente para salvar outra vida.⁶⁵ Embora não o considere pessoa, levar o feto ao aborto, na tradição judaica, não é tido como algo correto: é grave. Contudo, o bem-estar da mãe é a preocupação fundamental. Semelhante ao que ocorre no Islamismo, alguns grupos aceitam o aborto em casos em que a mulher corre perigo de morrer. Mais do que priorizar a vida biológica de um feto sobre a vida da mãe, desenvolvida em sua plenitude, o respeito à criação divina parece se impor. Há, todavia, tradições que julgam que o aborto deve ser exigido em nome do senso de dever religioso de uma mulher, tratando-se de uma “escolha da vida neste mundo em detrimento da vida em outro mundo”.⁶⁶

⁶⁴ SHAIKH, Sa'diyya. et al. Op. cit., p. 121.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 52.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 52-53.

Os batistas não possuem uma opinião uníssona a respeito da questão do aborto, conforme testemunho de John Dooling, Juiz Federal de Nova York, que opinou acerca da *Emenda Hyde* – a qual proibia o uso de fundos federais de assistência médica nos Estados Unidos para financiar abortos.⁶⁷ Em 1973, durante a *Southern Baptist Convention* – Comissão Conjunta Batista para Assuntos Públicos, ficou definido que não se poderia impor aos cidadãos que aceitassem juízo moral emitido por membro do Corpo de Cristo. Contudo, em 1976, a Assembleia Batista do Sul rejeitou atitudes indiscriminadas para com o aborto como contrárias à concepção bíblica.⁶⁸

A opinião de alguns religiosos batistas, tal como a do próprio presidente da *Southern Baptist Convention*, admite que, nos casos em que a gravidez ocorresse de modo involuntário ou em casos de malformação do feto, ou, ainda, quando houver fortes razões familiares para se opor à gravidez, o abortamento poderá ser uma escolha aceitável.⁶⁹

Durante a votação da ADPF n. 54 pelo STF, registrou-se a participação da sociedade, que se manifestou por meio de grupos, como católicos, por exemplo, que representam hoje 57% da população brasileira,⁷⁰ os quais se posicionaram contrários à ampliação da exceção legal, acompanhados de outros grupos religiosos igualmente contrários à legalização do aborto de anencéfalos. As manifestações ainda contaram com a participação de grupos feministas,⁷¹ de grupos apelidados de Pró-escolha e Pró-vida, todos expondo seu posicionamento a fim de influenciar a alteração da legislação.

A opinião pública manifesta seu posicionamento de modo bastante particular, questionando, como na ocasião, os aspectos morais do aborto. As organizações intituladas Pró-vida defendem veemente a proibição da

⁶⁷ DWORNIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 48.

⁶⁸ DWORNIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 50.

⁶⁹ DWORNIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 50 e ss.

⁷⁰ Dados da pesquisa Datafolha, realizada pelo jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornada-mundial-da-juventude/2013/noticia/2013/07/populacao-catolica-cai-de-64-para-57-diz-datafolha.html>>. Acesso em: 23 set. 2013.

⁷¹ Muitos defendem no discurso pró-aborto que a “IV Conferência Mundial sobre a Mulher: Ação para a Igualdade, o Desenvolvimento e a Paz”, ocorrida em Pequim – China, em setembro de 1995, tratou o aborto como um direito reprodutivo reconhecido à mulher. No entanto, o tema “aborto” simplesmente não era um tema constante na agenda daquela conferência, e atribuir equivalência aos conceitos de “controle de fecundidade” (esse sim, tema da conferência) e “abortamento” não parece apropriado.

prática abortiva.⁷² Muitos de seus seguidores incluem-se também no grupo dos teólogos ou religiosos. Aqueles apelidados Pró-escolha, da mesma maneira, são muitas vezes representantes do grupo feminista, defendendo a bandeira da liberdade individual da gestante. Até aí, sem surpresas.

Contudo, em pesquisa recentemente realizada, 22% dos católicos se disseram contrários a leis que criminalizem o aborto; o mesmo foi respondido por 16% dos evangélicos pentecostais, 23% dos evangélicos não pentecostais e 42% dos espíritas kardecistas.⁷³ Questiona-se: até que ponto a opinião individual pode ser diversa, e até que ponto é coerente com a opinião dada enquanto integrante de algum movimento?

Pessoas que pertencem a grupos moralmente conservadores com relação à questão do aborto – que acreditam que sua prática não é moralmente permissível e que alçam cartazes e suas vozes defendendo a manutenção da vida acima de tudo – ainda assim, pensam que as mulheres deveriam ter garantida sua liberdade de escolha quanto ao que corresponde ao seu corpo, e que essa não deve ser uma decisão arbitrariamente estatal. Esse posicionamento já parece um pouco intrincado.

Muitos, ainda, lembram que a separação de Igreja e Estado é a chave para a limitação da atuação estatal, e que, sendo as questões relativas ao abortamento intrinsecamente religiosas, a liberdade de decidir sobre ele está contida no tema da liberdade religiosa no Estado laico.

Todas as crenças religiosas, ao refutarem o aborto, de forma absoluta ou admitindo exceções particulares,⁷⁴ demonstram não ter por base o pressuposto de que o feto é uma pessoa, mas “todas afirmam uma ideia diferente,

⁷² Muitos adeptos dos grupos antiaborto manifestaram-se, à data da primeira exibição do filme “Horton e o mundo dos Quem”, nos Estados Unidos. Na animação, o personagem Horton repete insessantemente a frase “uma pessoa é sempre uma pessoa, não importa o tamanho que tenha”, frase que foi imediatamente reconhecida (e celebrada) pelo grupo como “*slogan* pró-vida”.

Disponível em:

<<http://g1.globo.com/Noticias/Cinema/0,,MUL3495067086,00CRITICA+HORTON+LANCA+UM+MANIFES TO+PELA+VIDA+PARA+O+BEM+E+PARA+O+MAL.html>>. Acesso em: 10 out. 2013.

⁷³ População católica no Brasil cai de 64% para 57%, diz Datafolha. **Portal G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornada-mundial-da-juventude/2013/noticia/2013/07/populacao-catolica-cai-de-64-para-57-diz-datafolha.html>>. Acesso em: 23 set. 2013.

⁷⁴ Fica claro que, quanto mais exceções são admitidas, mais difícil é aceitar a defesa de que o feto tem direito à vida. Aceitar que não se pode tolher a vida de um feto, por ser ela sagrada, mas abrir exceção para casos como de gravidez resultante de estupro, mostra-se ilógico, justamente porque nesse caso o feto é um ser absolutamente inocente quanto à violência sexual sofrida pela mãe.

que está na base das opiniões sobre o aborto que a maioria das pessoas defende: a ideia de que qualquer forma de vida humana tem um valor intrínseco e sagrado e que devemos nos empenhar em não sacrificar”.⁷⁵

As posições religiosas demonstram que o valor intrínseco da vida é o valor forte posto em reflexão. Logo, elas não poderiam defender tais concepções, principalmente aquelas que tentam restringir a atuação do Estado, já que “proteger as pessoas contra agressões homicidas – particularmente as que são demasiado frágeis para proteger a si mesmas – é um dos deveres mais centrais e indiscutíveis do governo”.⁷⁶

Uma série de valores são postos em jogo: a vida do nascituro, a obrigatoriedade de tutela do Estado sobre ele, a viabilidade da manutenção da gestação, a inviabilidade de vida extrauterina, o feto sujeito de direitos, a saúde física e psicológica da mãe, a privacidade, os interesses próprios, a liberdade e a autodeterminação por parte da gestante. Argumentos como esses são facilmente identificados nas razões: umas conservadoras, outras mais liberais, outras posicionadas em meio termo. Naquelas mais liberais, o que se consideraria egoísmo, não seriam sequer as razões dadas: a negação delas é que constituiria um grave erro moral. Mas até que ponto são essas as questões-chave de toda a reflexão? Aquiescer que se discuta o mérito de questões morais não seria andar em círculos?

A hostilidade entre os diferentes agrupamentos sempre marcou as discussões. Também ocorreu algo semelhante nos Estados Unidos, durante o julgamento do caso *Roe contra Wade*, em que a hostilidade entre religiões acabou tendo o caráter de conflito entre seitas: “A guerra entre os grupos antiaborto e seus adversários é a versão norte-americana das terríveis guerras civis religiosas da Europa do século XVII”.⁷⁷

Muitas vezes, as pessoas discordam entre si de modo intenso e truculento sem conhecer a fundo o conteúdo da divergência. Pensa-se, e a retórica política categoricamente coloca a questão dessa forma, que o objeto da divergência seja uma questão moral e enigmática: o discurso de o feto ser pessoa é um nítido exemplo; o momento a partir do qual o feto é considerado

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 52.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 43.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 30.

detentor do direito à vida, e a amplitude desse direito em não havendo expectativa de sobrevivência após o nascimento; ou, ainda, admitido o direito à vida, saber qual sujeito possui mais legitimamente esse direito: se o feto ou a gestante... Esses são os exemplos recorrentes.

Nos últimos anos, os filósofos da política e do direito, os teóricos das ciências sociais, os linguistas, os estruturalistas, os pragmatistas e os desconstrucionistas produziram teorias inovadoras, e às vezes muito influentes, que outras pessoas tentaram aplicar a questões sociais e políticas. Contudo, essas teorias ainda não contribuíram para iluminar a qualidade do debate político público tanto quanto poderiam tê-lo feito, e isso se deve em parte ao fato de que, embora essas teorias tenham implicações inequívocas para algumas controvérsias políticas contemporâneas, não foram construídas tendo em vista essas controvérsias, nem em resposta a elas.⁷⁸

Até que ponto os magistrados tomam decisões com base em convicções morais? Estariam as decisões judiciais brasileiras refletindo um debate jurídico objetivo, pautado em teorias *prêt-à-porter*? Porque da maneira com que vêm se apresentando, as discussões parecem escapar da seara racional da política nacional, deixando o direito constitucional brasileiro vago e nebuloso.

Muitas justificativas de opinião, assim como muitas razões de votos de decisões judiciais, apresentam estrutura que, em análise detalhada, não é compatível com as questões morais defendidas. Não se trata de uma incoerência textual, nem mesmo jurídica, mas de uma dissonância entre o que se defende moral e metafisicamente e aquilo que se discute judicialmente. Isso porque, conforme já defendido, uma imensa maioria compartilha das mesmas convicções, mas discute e justifica de modo inadequado.

Observemos com ponderação: a questão, no caso do aborto de anencéfalos, não seria bem saber se o feto é pessoa ou não, se ele irá sobreviver após o nascimento e em que estado isso se dará. Quase todos compartilham, implícita ou explicitamente, a ideia de que a vida é algo com valor intrínseco. Logo, a maior contribuição que o debate pode trazer ao direito não está ligada a questões metafísicas, mas a ensaios argumentativos que

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 39.

respondam a questões práticas, de modo objetivo e em harmonia com preceitos constitucionais. A filosofia política, a filosofia do direito, as ciências sociais organizam suas teorias justificadoras que se aplicam a questões sociais e políticas. No entanto,

[...] essas teorias ainda não contribuíram para iluminar a qualidade do debate político público tanto quanto poderiam tê-lo feito, e isso se deve em parte ao fato de que, embora essas teorias tenham implicações inequívocas para algumas controvérsias políticas contemporâneas, não foram construídas tendo em vista essas controvérsias, nem em resposta a elas.⁷⁹

Assim, Dworkin comenta que, se o feto é uma criatura com interesses próprios, desde o princípio ele teria o direito, como qualquer ser humano, a não ser morto. É uma teoria derivativa, pois deriva da condição de ser humano. Quem segue essa linha de raciocínio, logicamente, acredita que o governo, proibindo o aborto, teria uma responsabilidade derivativa de proteger o feto. Essa linha de pensamento intitulou-se, conforme o autor, “objeção derivativa do aborto”.

Em contraste com a primeira, os seguidores da chamada “objeção independente” (que não deriva de nenhuma premissa anterior), adotam o valor intrínseco e inato da vida: a vida é sagrada em si mesma e, em sendo assim, praticar o aborto seria ferir esse caráter sagrado da vida biológica da criatura, antes mesmo (ou independentemente de) que ela possa ter movimentos, sensações ou interesses próprios. Desse modo, quem defende esse raciocínio considera que o governo deve tutelar a vida justamente por seu valor intrínseco.

O equilíbrio necessário para conciliar a responsabilidade estatal de defesa do valor intrínseco da vida e a liberdade pessoal parece ser o elemento chave. Discutir se o Estado protegeria melhor um valor incontestável coagindo a uma decisão consensual, ou se protegeria melhor incentivando a proteção desse valor incontestável, mas compreendendo que as pessoas são responsáveis por decidir por si próprias, parece muito mais razoável.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 38.

O jurista, sabe-se, não é um ser neutro. Parafraseando Francesco Galgano,⁸⁰ a cultura geral de um jurista possui um nexu estrito com o que ele entende da própria matéria. De certa forma, ainda que pareça embaraçoso, é possível ao magistrado posicionar-se contrário a determinada prática, como a de interromper a gestação, sem trair crenças pessoais. A decisão que elege a razão de modo constitucional prescinde que se adentre ao plano das questões de convicção íntima.

Partindo-se para a análise da prática moral, é evidente que “enquanto não tivermos clareza sobre que juízo ou prática moral o direito reflete, não poderemos criticá-lo de forma inteligente. Contudo, assim que tivermos essa clareza, restará ainda perguntar se essa prática, ou juízo, é sensato, bem fundado ou coerente com outros princípios que o direito alega servir”.⁸¹ Passado esse momento, a construção da resposta jurídica na prática poderá ter muito mais legitimidade.

⁸⁰ GALGANO, Francesco. **Tutto il rovescio del diritto**. Bologna: Giuffrè Editore, 2007.

⁸¹ Lembrando a observação de Hart. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CAPÍTULO 2

INTERPRETANDO A DEFESA ARGUMENTATIVA

Se algumas pessoas resolvessem portar cartazes nos quais proclamassem a crença em círculos quadrados, não estaríamos sendo sensatos se as entendêssemos como se estivessem afirmando que os círculos podem ser quadrados. Procuraríamos alguma outra ideia coerente para lhes atribuir, uma ideia diferente que pretendessem expressar ao afirmarem o que afirmaram. [...] Assim, não podemos afirmar que ‘entendemos’ as pessoas se atribuirmos essa ‘ideia’ a elas: atribuir incoerência constitui, antes, uma confissão da incapacidade de compreender.⁸²

2.1. ASPECTOS TEÓRICO-JURÍDICOS DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DE DWORKIN

É com certa dificuldade que se posiciona contemporaneamente Ronald Dworkin entre as demais construções teórico-jurídicas ditas tradicionais, justamente pelo seu caráter discordante e suas notáveis contribuições interpretativas ricas em minúcias não muito usuais (não se insere nem no positivismo nem no jusnaturalismo, segundo Mackie).⁸³ Sua teoria “construtivista”⁸⁴ destaca-se pela importância no cenário pós-positivista.

A teoria da interpretação de Dworkin caracteriza-se por não aceitar a limitação do direito ao conteúdo formalmente escrito, não se ajustando dessa forma ao modelo positivista. É uma teoria que defende que o direito abrange valores morais, necessariamente ligados aos princípios constitucionais, que abrigam, por sua vez, o elenco daqueles direitos individuais tidos como invioláveis.

⁸² DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 30.

⁸³ MACKIE, John. The third theory of law. In: COHEN, Marshal. **Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence**. New Jersey: Rowman and Allenheld Publishers, 1984. p. 161-170.

⁸⁴ Incluída como categoria interpretativa já no sistema jurídico contemporâneo.

Também decorre desse caráter moral do direito outro aspecto político-constitucional, em que se evidencia o papel do magistrado frente aos princípios de justiça e sua posição de aplicador dessa justiça, ainda que o faça em detrimento da intenção do legislador e da própria lei.

Dworkin dá grande atenção à prática argumentativa do direito, cuja estrutura abrange inclusive os personagens envolvidos: os participantes da própria prática social argumentativa.⁸⁵

Os princípios, que ocupam a base do sistema constitucional, são as ferramentas de que se vale a teoria constitucional, tratando tanto do aspecto da individualização do direito a determinados sujeitos, bem como da interpretação daquilo que, para eles, seja o direito. Isso é possível graças à característica “aberta” dos princípios, que leva à conclusão tanto de que a interpretação dada por esses sujeitos engloba um leque de valores ético-políticos gerais, ou seja, deles enquanto grupo, quanto de que aquilo que entendem por seu direito individual esteja acompanhado de uma carga pessoal moral.

Individualizar o direito significaria, logo, considerar os diversos princípios que poderiam emergir nas diferentes situações e colocaria em posição de grande destaque o magistrado, em especial as Cortes constitucionais e supremas, em sua atividade interpretativa.

Dworkin não aceita o distanciamento do direito da moral. Para ele, não é possível a norma considerada injusta fazer parte do ordenamento, ainda que seja válida. A análise do autor pressupõe uma interpretação constitucionalista, acompanhada da base filosófica.

Dentro do que seria o alvo das críticas da teoria dworkiana, está a incapacidade do positivismo jurídico de oferecer as respostas às demandas da prática jurídica, já que os princípios “invadem as membranas semipermeáveis” das normas, e funcionam como apoio às decisões dos magistrados (alargando a margem do direito instituído).⁸⁶

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. 2007. Op. cit., p. 17-18.

⁸⁶ A crítica de Dworkin se refere especialmente às contribuições de Hart: para Hart, em síntese, as regras que formam o direito poderiam ser identificadas por uma regra social de reconhecimento, que valida as demais regras jurídicas, de onde derivam, por sua vez, os direitos e as obrigações. Em não se podendo identificar essa regra, valer-se-iam os juízes de uma margem de discricionariedade para a decisão das contendas. Entre as décadas de 1960 e 1980, seus escritos sobre as teorias de Hart, somados às demais contribuições filosóficas, foram compilados na obra **Levando os direitos a sério** (1977). Em linhas gerais, Dworkin rebate o autor, dando ênfase aos

A “Teoria Pura do Direito” de Kelsen⁸⁷ teria o condão de apontar as possíveis interpretações de uma norma jurídica, cuja palavra final caberia ao Estado. Contudo, ela é alvo de crítica, já que não define um método para que se chegue à correta interpretação. Esse já é um importante limitador da legitimidade da autoridade, já que o magistrado escolherá dentre as opções previstas na lei aquela que, segundo ele, é relevante o bastante e correlaciona-se com a situação analisada.

Dworkin critica Hart quando esse coloca a impossibilidade do legislador em antever plenamente todas as condutas possíveis, e também no momento em que admite a existência da tal margem de discricionariedade do julgador.⁸⁸ Assevera que, nos chamados “casos difíceis”,⁸⁹ a figura “juiz” não se utiliza do poder discricionário, eivado de valores pessoais, mas, ao contrário do que afirma a teoria positiva, valendo-se bravamente de codificações, diretrizes, precedentes, (lanterna) e princípios, persegue o direito nos conceitos e nas entrelinhas dos casos parecidos, e o captura tal qual um Hércules.⁹⁰ Um novo direito nesse momento não é criado, esclarece; mas é encontrado aquele justo, que pertence às partes.

Com lentes voltadas a uma base principiológica, a construção da argumentação implica ao magistrado, além da elaboração dos conteúdos jurídicos, a aplicação do direito de modo que justifique tais conteúdos

princípios: 1) que não se adequariam à discricionariedade (se existisse), pois são a ela incompatíveis; 2) por meio deles, o magistrado reconheceria de qual das partes é o direito; e 3) que não poderiam ser identificados por uma regra única de reconhecimento.

⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁸⁸ Que atua dentro da chamada “zona de penumbra” das regras, local cujo preenchimento fica livremente a cargo dos intérpretes. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. de Antônio de O. Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁸⁹ Ou *hard cases*: trata-se de expressão que define no direito as situações práticas em que se verifica incerteza em razão de antinomia (existência de diversas normas contraditórias, lacuna, ausência de norma específica); ou, mesmo nos casos em que existe a norma, seja ela considerada injusta; e, ainda, nos casos em que já haja precedente, diante da necessidade de modificá-lo. (In: DWORKIN, Ronald. 2007, prefácio) Muitos casos práticos que se apresentam, dependendo do ângulo em que são analisados, podem vir a receber a adjetivação “difíceis”. Para Dworkin, o que pode fazer com que um caso comum seja visto como “difícil” pode ser tão somente a existência de um forte argumento que venha a ser contrário aos princípios.

⁹⁰ Assim também se refere Morais da Rosa ao super-juiz, capaz de desbravar, com seu método argumentativo e permeado pela política e pela moral, o direito outrora oculto. In: ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolagem de significantes**. Tese: Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2004. p. 180-181.

Dworkin menciona esse juiz imaginário, dotado de capacidade e paciência sobre-humanas: Hércules desempenhou importantes papéis em **Levando os direitos a sério** (capítulo 4) e **O império do direito** (capítulo 7). DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

racionalmente, ou seja, de modo congruente. Essa intenção objetiva justamente dar legitimidade à atividade judicante.

O direito se apresenta na série de decisões jurídicas individualizadas, referindo-se às teses nas quais essas decisões estão contidas (códigos ou exame de precedentes): este é o palco argumentativo no qual, segundo Dworkin, se faz o direito. Dworkin se propôs desenvolver uma teoria que pudesse dar uma resposta ao problema da interpretação jurídica e da definição do direito.

A teoria de Dworkin tem lugar no cenário de democracia constitucional,⁹¹ justamente pelo fato de admitir que o direito possua um núcleo de princípios “invioláveis”. A fim de que seja plenamente verificável na prática jurídica, o direito aplicado deverá compromissar-se com o significado, a origem e a evolução da conquista desses princípios. Destarte, tal compromisso é o ponto de partida para a busca de soluções argumentativas às questões emergidas da interpretação dos direitos.

Nesse contexto, Dworkin trabalha uma nova proposta de teoria de perspectiva interna, que seja capaz de formular critérios para organizar o conteúdo argumentativo do direito com base na problemática vivida no caso concreto. Esse fim ainda não é compreendido pelo senso comum teórico, pois trabalha a autocompreensão da tradição (chamada de comunidade por Dworkin) por meio da interpretação e da verificação de coerência. O que quer dizer que o autor observa quais os valores que sua comunidade elege e os contrapõe ao discurso jurídico por ela construído, identificando assim os pontos de incompatibilidade.

Esse exercício interpretativo ajuda a esclarecer o direito na medida em que o identifica, utilizando chaves linguísticas para construir o significado de determinados conceitos jurídicos: Assim, estabelece-se necessariamente o vínculo entre o senso (a presença de características relevantes) e a correlação (a dimensão de alçada) de um conceito, o que nada mais é do que dizer que a atribuição de um significado a algo é dada pela busca nesse “algo” de determinadas características tidas por relevantes pela maioria dos

⁹¹ A democracia constitucional é um sistema político-jurídico caracterizado pelo vínculo da soberania popular e eleição de um conjunto de direitos constitucionais ditos fundamentais.

membros de uma classe, ou seja, “busca pelo senso”, chegando-se, na sequência, à análise da possibilidade de que o conceito que possui senso se refira a determinada situação. Trata-se de mediar um caso segundo os próprios valores em que esteja culturalmente inserido.

De modo totalmente empírico, um determinado conceito é dado por um grupo de pessoas que o analisam diretamente, segundo as características construídas e definidas por elas mesmas como relevantes; e é da existência desse senso que irá decorrer, por sua vez, a correlação: havendo senso, há correlação à situação. Com base nisso é que se poderá conferir à prática jurídica o sentido adequado que lhe compete.⁹²

Dentro do universo jurídico, que trabalha no campo de realidades tão plurais, a argumentação construída em meio a valores refletirá, obrigatoriamente, a atividade intelectual de um ser permeável a seu meio; porém tendenciosamente desapaixonado, para que seja justo.

2.2. JUSTIFICATIVAS DE VALOR

A obra *Domínio da vida* aponta as variantes encontradas nas decisões acerca da interrupção da vida nos seus dois extremos: nascimento e morte. Decisões desse gênero pressupõem discussões morais profundas e divergências contrastantes de opinião.

Uma decisão dessa natureza perpassa pela valoração de bens jurídicos e pela discussão de valores: diante da (aparente) colisão entre um direito fundamental e o bem-estar coletivo, busca-se garantir justiça. Na verdade, sua intenção não é afirmar que direitos individuais estariam em conflito com a noção do bem comum, já que tanto os direitos individuais quanto o bem-estar social justificam-se ambos a partir da noção de igualdade.⁹³

Dworkin trabalha as instituições de modo personificado, o que quer dizer que elas podem ser injustas, independentemente da opinião que se tenha a respeito delas, já que, para ele, determinadas práticas, como, por

⁹² DWORKIN, Ronald. 2007. Op. cit. p. 8.

⁹³ Presente nas obras *Levando os Direitos a Sério* (DWORKIN, Ronald. 2002. p. 184.) e *Uma Questão de Princípio* (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001).

exemplo, torturar um bebê, são e sempre serão atitudes repudiadas, ainda que uma grande maioria de pessoas resolva pensar que sejam aceitáveis.

O julgamento valorativo, ou seja, o julgamento amparado na opinião, não tem por si função justificadora, a menos que possa ser sustentado por uma argumentação moral. O ponto de partida para debater o aborto em Dworkin são os argumentos constitucionais: para que a argumentação moral possa sustentar o julgamento de valor, é necessário que estejam nele contidos aqueles direitos considerados fundamentais.

Dworkin sustenta, expressamente, que há verdades objetivas sobre valor. Como ele acredita que algumas instituições possam ser realmente injustas e alguns atos realmente errados, independentemente de quantos acreditem que eles não o sejam, pressupõe, portanto, que assertivas sobre valores podem ser verdadeiras ou falsas.

É preciso, então, indagar se a presunção que se tem de aparente verdade está correta. Do questionamento, advém a surpresa de que as afirmações de valores, em grande parte, revelam-se construções de nosso meio social, expressões particulares de emoção ou construções inconscientes de modelos de como se deve agir socialmente.

Para Dworkin, os juízos morais ou políticos têm importância na discussão; ainda que não venham a atuar como justificadores, eles relatam qual posição representa o sujeito, o que lhe agrada, e como algo se materializa dentro do que ele entende por viver bem.

Para quem exerce um cargo político, ainda maior tem de ser a preocupação por essas questões, já que extremos como a vida e a morte são temas corriqueiros em decisões políticas. Corriqueiros, mas não menos complexos. Mais do que afirmar uma opinião, preocupar-se com que essa opinião seja legítima é fundamental para os que exercem algum tipo de poder.

Muitos direitos e garantias constitucionais, que têm elevada carga valorativa, podem ser encontrados fazendo o papel de justificantes das sentenças em casos judiciais. Muitas dessas decisões, parecendo ter chegado a um resultado correto, ao final sugeriram que a linha de raciocínio trilhou caminho equivocado.

Certos parâmetros mostram-se imprescindíveis quando se pretende demonstrar quais dos juízos morais identificados numa decisão prática são verdadeiros. O principal deles, apontado por Dworkin, é a valoração intrínseca que se dá à vida. Esse parâmetro afasta muitas das questões ontológicas que frequentemente são suscitadas em casos difíceis.

Isso porque, logicamente, quando observados os princípios constitucionais que circundam a polêmica decisão (em especial o direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana), nota-se o profundo conteúdo moral que carregam.

Mas, para o autor, a vida humana ocupa um lugar de superioridade diante dos demais bens jurídicos amparados pelo ordenamento brasileiro; e, para a discussão da prática do aborto, é levantada a bandeira do direito fundamental do feto à vida.⁹⁴

A vida humana, para Dworkin, tem aceção inviolável, o que para muitos absorve uma conotação mais teológica, com o termo “sagrado”. Dworkin evita o uso desse termo, embora faça entender que, com ele, se atinja mais diretamente a ideia que se deseja transmitir, ou seja, o sentido real. Para ele, algo pode vir a se tornar sagrado pelo seu uso no tempo, isto é, mesmo em âmbito secular.

A inviolabilidade da vida é tida pelo autor, então, como um valor intrínseco, algo que vai além do próprio ordenamento. O valor intrínseco aplica-se àquilo que por si só é bom ou valioso, não porque atenda aos interesses de alguém ou porque seja desejado por alguém, mas por sua qualidade inerente.⁹⁵

No caso da vida humana, ela passa a ser inviolável por ocasião de processo evolutivo, ou de processo criativo, já que a noção de sagrado é baseada na convicção da existência de um processo misterioso de formação do ser humano, decorrente de força da natureza (própria ou interna) ou por obra de entidade divina. Contudo, o caráter não se restringe a isso. Tanto um processo quanto o outro envolvem outros aspectos, como os biológicos (da

⁹⁴ FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 133.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald, 2003. Op. cit., p. 97 e ss.

genética) e também sociais e morais,⁹⁶ o que, para Dworkin, quer demonstrar a complexidade do “investimento criativo”, prerrogativa que se deve respeitar e proteger.⁹⁷

Por ocasião desse dever de respeito e proteção, a destruição da vida dá-se por diferentes graus de frustração, uns mais brandos, outros mais graves, é o que Dworkin chama de teoria “métrica do desrespeito” ao valor: lembra, assim, que as formas de frustração podem ir desde pobreza, projetos não finalizados, simples falta de sorte, e até a própria morte.⁹⁸

2.3.A DEFESA ARGUMENTATIVA NUM CASO DIFÍCIL

Nos chamados casos difíceis, expressão que se enquadra para definir o julgamento da ADPF n. 54, percebe-se que as resoluções carecem de um maior empenho por parte do juiz, em virtude dessa sua peculiaridade.

Na verdade, nenhuma decisão judicial é resultante da aplicação de equações matemáticas, em que as partes funcionam como meras variáveis. A aplicação da lei aos casos difíceis é ainda mais “difícil”, e os argumentos jurídicos precisam ser bem equalizados, já que aquele argumento forte pertencente a uma decisão poderá não ser levado em consideração em outra, dependendo do contexto.

Ronald Dworkin não admite que possa haver um momento sequer em que o juiz deixe de lado o direito e construa uma saída, na falta de alternativas, com base em seus próprios juízos e valores. Ao tratar da positividade

⁹⁶ A prevalência da dignidade da pessoa humana é ilustrada nas Declarações adotadas pela UNESCO, como em especial na terceira delas – Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos, de 16 de outubro de 2003 – que a coloca em posição superior às investigações científicas, como aquelas que envolvem a manipulação de embriões. Berlinger et al., citado por Reinaldo Pereira e Silva, questiona o impacto que iniciativas e avanços científicos teriam sobre o bem-estar humano e sobre as gerações futuras, enquanto esse esclarece que, ante a rapidez com que o conhecimento humano avança sobre as áreas médicas, ainda que se venha a admitir que os resultados da investigação científica sejam eticamente neutros, em razão de poderem ser usados para o bem ou para o mal, essa circunstância não significa que o processo da investigação em si seja neutro. SILVA, Reinaldo Pereira e. A declaração universal sobre bioética e direitos humanos. **Revista Sequência**. n. 52, jul. 2006. p. 229-242.

E complementa: “os resultados da investigação científica são expressos pela tecnologia, cuja pretensão de neutralidade ética simplesmente não existe, pois a tecnologia é a garantia de poder sobre os homens e o poder raramente é bom para todos.” SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: LTr, 2002. p. 168-170.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald, 2003. Op. cit., p. 116.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald, 2003. Op. cit., p. 124.

do direito, o autor discute o poder discricionário que possuiria o juiz ao interpretar e decidir casos concretos.

Dworkin é categórico ao afirmar que o juiz nessa situação não cria um novo direito, pelo menos não o deveria criar, já que essa é uma função exclusiva do legislativo. Segundo ele, os juízes não devem inventar novos direitos, mas têm o dever de investigar quais são os direitos das partes, ainda que não haja uma regra clara para o caso.

Ao decidir um caso e elaborar a sentença para ele, o magistrado logicamente não o faz com base única e exclusivamente em sua (extensa) bagagem teórico-jurídica, mas utiliza-se de subjetividade, inclusive para decidir intimamente qual a teoria do direito cujo caminho ele seguirá e cuja lógica defenderá.

O juiz usa o que Ronald Dworkin chama de interpretação criativa, buscando na estrutura formal do ordenamento também a ideia da intenção, a fim conduzir seu trabalho sob um determinado propósito:

Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é o direito em alguma questão judicial [...] com o crítico literário que destrinça as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo.⁹⁹

A defesa argumentativa na atividade judicial, atendendo à teoria da integridade de Dworkin, pressupõe coerência (axio)lógica. Analisando a estrutura de uma decisão, percebe-se que ela é composta de fatos, de normas e de argumentos de justificação. As normas podem subdividir-se em regras e princípios. As primeiras, para serem aplicáveis em determinado caso concreto devem seguir uma lógica.

Não estando presente essa lógica, a norma não será tida como válida naquela situação. Já com os princípios ocorre de modo diverso: eles não seguem a lógica. A ligação fato-princípio-conclusão não é conclusiva. As regras não podem sofrer valoração, ou seja, não podem ser confrontadas no sentido de uma valer mais que a outra, já que, ou valem para o caso concreto, ou não valem. Já os princípios, quando entram em conflito, sobressaem-se valorativamente uns com relação a outros.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2007. Op. cit., p. 275.

Assim, quando um juiz poderá mudar as regras do direito em vigor? Quando considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira, o princípio justifica a mudança, e, para isso, é necessário que haja diferença no grau de importância dos princípios, pois não será qualquer um deles que motivará a mudança.

O autor subdivide “princípios” em princípios em sentido estrito (que se referem ao âmbito individual) e políticos (cujo intuito é coletivo); e afirma não ser possível a identificação do conteúdo de regras e de princípios, na justificação de uma decisão, sem que se atenha para a moral política:

Argumentos de política justificam decisão política, já os argumentos de princípio justificam uma decisão política mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou grupo.¹⁰⁰

O processo de construção da interpretação, segundo Dworkin, perpassa pelas etapas de identificação das regras e dos princípios que envolvem o caso concreto e pela escolha da justificativa moral e verificação da justificativa política. Ainda, é possível que posteriormente se tenha de rever e reformular o que se aplica na prática – uma etapa pós-interpretativa de reforma.

Afastando o juiz das decisões de cunho pessoal, ou seja, baseadas em convicções pessoais, Dworkin propõe uma teoria que funcione como ferramenta aos intérpretes do direito que necessitam dessa visão mais apurada para elaborar a decisão. A ferramenta proposta indica o uso de razões coerentes e a atenção quanto à justificação, já que todas as decisões devem ter apoio consistente nos princípios, de maneira que não haja incoerências entre uma decisão semelhante e outra. A integridade do direito pressupõe perfeita justificação política e moral da decisão, e o juiz está comprometido com essa integralidade, ao menos quanto ao seu ideal político:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. 2002. Op. cit., p. 129.

Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.¹⁰¹

Seguindo essa proposta, Dworkin tratou do tema do aborto nos Estados Unidos. Seus argumentos permearam a esfera constitucional norte-americana e colocaram a questão da decisão deliberada acerca da interrupção da vida como exemplo de um caso difícil cujo dilema moral atraiu (e atrai) muitos olhares.

A dúvida suscitada de se o feto pode ou não haver interesses e ser sujeito de direitos mostrou-se muito mais profunda do que aparentemente era tida. A questão do feto enquanto “ser” e outras concepções metafísicas puderam ser sinalizadas e, uma a uma, foram sendo afastadas com o estabelecimento de padrões, em especial, aquele que coloca a vida como bem jurídico cujo valor é intrínseco.

Os Estados Unidos têm uma tradição ativista antiaborto bastante relevante. Muitos movimentos manifestam-se quando alguma decisão jurídica está em construção nas Cortes, e o fazem, em geral, atribuindo ao feto o *status* de “pessoa”.

Esse predicado permite que seja evocada a XIV Emenda Constitucional americana, que dispõe, na “Seção 1” que as pessoas nascidas ou naturalizadas naquele país são cidadãos dos Estados Unidos e dos estados onde vivem. Os estados, por sua vez, não podem legislar de forma que limitem benefícios, privilégios ou a imunidade dos cidadãos americanos. Em especial, estabelece a impossibilidade desses estados de privar as pessoas da vida, da liberdade ou da propriedade sem um processo legal, ou de negar a qualquer pessoa, resguardada pela jurisdição, a proteção às leis.¹⁰²

Essa aceção de “pessoa” dada ao feto nas discussões do caso *Roe contra Wade*, ocasionou nos debates sobre o aborto a falha na correta

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. 2007. Op. cit., p. 291.

¹⁰² SECTION 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html>. Acesso em: 15 out. 2013.

compreensão dos discursos. Na visão dworkiana, a sentença deveria ser reformulada, transformando-se a natureza dos debates para reconhecer a importância intrínseca da vida humana. Essa orientação poderia proporcionar uma maior harmonia social e jurídica, tendo em vista que o argumento moral de que o feto é pessoa não se coaduna com a defesa de outros direitos.¹⁰³

Dworkin explora o fator da responsabilidade na discussão de que, se os estados norte-americanos teriam a incumbência ou não de proteger os direitos e interesses do feto, principalmente diante da XIV Emenda. Essa responsabilidade derivativa¹⁰⁴ é mais evidente no texto do autor do que as próprias defesas dos potenciais interesses do feto enquanto cidadão norte-americano sujeito de direitos constitucionais.

O Estado, para Dworkin, tem o encargo de garantir as liberdades individuais, o que também quer dizer que ele não pode atuar de modo a obstaculizar o exercício dessa liberdade, principalmente a responsabilidade individual.¹⁰⁵ Essa última posição se daria quando, por exemplo, ele nega o financiamento dos procedimentos abortivos – impedindo que as mulheres financeiramente carentes o realizem por mera falta de recursos.¹⁰⁶

Os interesses do Estado no tema, segundo a Constituição dos Estados Unidos, colocam-no em posição personificada. Segundo a Primeira Emenda à Constituição,¹⁰⁷ não se pode legislar sobre a criação de religião nem sobre a negação do direito ao seu exercício ou do direito de opinião. Essa limitação liberal levaria à conclusão de que um Estado não poderia impor às pessoas a forma como devam pensar a vida humana, seu significado e seu valor.

Mas esclarece Dworkin que a interpretação dessa limitação, quando bem acertada, elucida que o Estado não estaria desrespeitando nenhum

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 87.

¹⁰⁴ É derivativa justamente porque parte da ideia de que o feto é sujeito de direitos e interesses. DWORKIN, Ronald. 2007. Op. cit., p. 261.

¹⁰⁵ Lembrando, defendia Rousseau em seu *Contrato Social* que o Estado é uma comunidade organizada politicamente, cuja função precípua é expressar o que venha a ser a vontade geral: “obrigar um indivíduo a se submeter à vontade geral é forçá-lo a ser livre”. Assegurava o filósofo que os direitos naturais “vida” e “liberdade”, deveriam ser preservadas pelo governo, que é o agente executivo do Estado.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 246.

¹⁰⁷ *Amendment I: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.* Disponível em: < http://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment >. Acesso em: 23 nov. 2013.

direito individual resguardado pela Primeira Emenda, mas sua atitude de valorar intrinsecamente um bem jurídico de modo algum iria de encontro à liberdade do outro em valorá-lo também, ou não – algo que tão somente reflete a convicção pessoal de cada um.

A polêmica do critério estabelecido pela decisão *Roe contra Wade* reside no interesse dos Estados em definir o termo inicial de viabilidade fetal, que se daria a partir do segundo trimestre da gestação. Essa predefinição estaria ligada ao interesse estatal em proteger a vida por seu valor intrínseco. O fato da imposição desse limitador temporal, contudo, não quer interferir no direito de escolha da gestante, pois, argumenta-se: ela terá todo esse período de tempo até o termo indicado para deliberar livremente, antes que o Estado lhe negue essa prerrogativa.

Outra preocupação diz respeito às restrições ao direito de autonomia procriadora, que correspondem, por exemplo, à insistência na ideia de incentivar maior reflexão por parte das mulheres gestantes, fazendo com que tenham que aguardar mais 24 horas, com o intuito de fazê-las refletir sobre sua posição, e a obrigatoriedade da notificação conjugal do aborto. Segundo Dworkin, a ajuda financeira para manutenção da gravidez seria uma alternativa concedida pelo Estado, a fim de descartar essa carência do rol de motivos para a prática do aborto.

A responsabilidade governamental nesses casos impõe que os Estados se comprometam a aplicar a lei, e os questiona: até que ponto poderiam legitimamente criar normas para extirpar uma vida (já que, justamente, estão comprometidos com a proteção da vida)?¹⁰⁸ Uma certeza, pode-se ter: nunca é legítima uma prática governamental que ardilosamente condiciona a um caminho, tolhendo a liberdade de escolha.

A possível colisão entre a responsabilidade derivativa e a privacidade foi outra questão visada pelo autor. A privacidade foi um dos argumentos do juiz Blackmun na sentença do caso *Roe*. A privacidade é um direito constitucional, todavia, o argumento foi discutido pelo grupo feminista –

¹⁰⁸ Como será visto no capítulo seguinte, no Brasil a decisão que examinou o tema do aborto não levou à obrigatoriedade da sua prática nos casos de anencefalia, mas abriu o ordenamento a essa opção e deixou a gestante livre para decidir sobre a manutenção ou não da gravidez nessas circunstâncias.

que, apesar das incontáveis divergências internas de opinião, tem grande número de adeptos da vertente pró-aborto.

A objeção feminista à justificativa da privacidade para apoiar o direito das mulheres gestantes em optar pelo aborto antes do final do segundo trimestre de gestação (esse era o argumento do magistrado em seu parecer) consistia no argumento de que a deliberação da mulher, em se tratando de aborto, correlaciona-se ao ideal de igualdade dos sexos. Para Dworkin, o grupo feminista perdera a chance de adicionar mais um argumento às suas lutas por reconhecimento de direitos: aquela do juiz. Isso porque, tanto o fato de se tratar de direito constitucional, quanto a necessidade de reconhecimento da igualdade dos sexos pareciam argumentos perfeitamente pertinentes para se defender a privacidade.

Já outros argumentos desse mesmo movimento, como o de que a liberdade de escolha acerca da prática do aborto faz parte do direito à privacidade, são, segundo Dworkin, mais complicados de se aceitar. Essa impertinência deve-se ao fato de que o Estado atua em assuntos ainda que sejam privados (intervém na família, por exemplo, amparado por leis de proteção à criança, à mulher, etc.); além, lembra-se, do fato de que o Estado interferirá no aborto pela mesma razão que interfere no parto.¹⁰⁹

Com a decisão da Suprema Corte americana, no caso discutido, fica permitida a prática do aborto nos primeiros dois trimestres de gestação, pelo menos até que haja uma reforma e ela venha a ser revogada. Essa é, sem dúvida, uma preocupação marcante nos comentários do autor, já que uma possível revogação da decisão do caso *Roe contra Wad* poderia ocasionar insegurança jurídica. O caso *Roe contra Wade* é mesmo o grande referente de “casos difíceis” quanto às discussões sobre o aborto nos Estados Unidos.

A intenção de Dworkin é esclarecer que o modo de apresentação dos debates sobre o aborto é enganoso. Segundo ele, esse grande enigma para a correta interpretação da ideia do valor objetivo e intrínseco da vida (que, repete-se, independe do valor pessoal atribuído para cada um), caso fosse desvendado, poria fim a qualquer discussão sobre o aborto. No entanto, peca-se nesse intuito.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 72.

Diante de toda a repercussão que o tema do aborto causou nos Estados Unidos, gerou e continua gerando no cenário político brasileiro, e da indiscutível constatação de que a ADPF n. 54, tratou-se igualmente de um caso difícil, e não há como escapar da lógica da defesa argumentativa proposta por Dworkin. Essa é a melhor opção se o desejo é realmente entender as convicções morais e políticas das pessoas sobre quando seja possível ser permitida a prática do aborto e sobre de que modo o governo pode definir essa permissão, já que até agora essas importantes decisões têm apresentado graves autocontradições, em debates muito baralhados.

CAPÍTULO 3

O ABORTO DE ANENCÉFALOS SOB A LUZ DE DWORKIN

3.1. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL BRASILEIRO

Bastante marcante tem sido o crescimento da importância social do Poder Judiciário, já que no Brasil vive-se atualmente uma verdadeira judicialização da política e das relações sociais, lembra Daniel Sarmento:

Por um lado, a Justiça passou a ocupar-se dos grandes conflitos políticos e morais que dividem a Nação, atuando muitas vezes como árbitro final, e decidindo questões tormentosas e delicadas, que vão dos direitos das minorias no processo legislativo até os debates sobre aborto e pesquisa em células-tronco. Por outro, ela foi descoberta pelo cidadão brasileiro mais humilde, que, apesar dos problemas ainda persistentes do acesso à prestação jurisdicional, tem passado a procurá-la com uma frequência cada vez maior para resolver aos seus problemas cotidianos. Assim, de instituição quase desimportante em regimes constitucionais pretéritos, o Poder Judiciário converteu-se numa espécie de 'guardião das promessas'.¹¹⁰

O Supremo Tribunal Federal desempenha um importante papel no cenário do ativismo judicial brasileiro. É a Corte que exerce o controle da constitucionalidade – sua função típica, estabelecida pelo artigo 102, *caput*, da Constituição Federal – interpretando, efetivando e moldando o direito brasileiro. No papel de individualizador do direito, destaca-se por sua inconfundível função interpretativa.

O Brasil não é um país adepto da estabilidade de preceitos constitucionais. Desde a sua promulgação em 1988, a “Constituição Cidadã” já sofreu 72 emendas, mais seis emendas de revisão.

¹¹⁰ Citado pela Ministra Cármen Lúcia nas razões de seu voto. ADPF n. 54 – Inteiro Teor. Disponível em: < <http://www.jurisciencia.com/wp-content/uploads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-ADPF-54-Anenc%C3%A9falo.pdf> >. Acesso em 22 dez. 2013.

O STF é uma corte constitucional e, por isso, tem a atribuição de verificar as normas, retirando do ordenamento aquelas que estejam em dissonância com a Constituição, trabalhando como um “legislador negativo”. Logo, ao Supremo é vedada a prerrogativa de criar normas jurídicas novas, resultando-lhe jurisprudência marcada pela aplicação da lei às situações fáticas que se apresentem.

A jurisprudência tem um perfil mais flexível em comparação com a doutrina, já que se nota uma constante dinâmica da ordem constitucional, que acompanha (ou intenta acompanhar) as mutações sociais. O STF, em consequência desse dinamismo, atua em cada vez mais temas e numa maior quantidade de demandas sociais.

Assim, o STF passou a ser visto como uma corte atuante na produção de mudanças sociais.¹¹¹ No caso da ADPF n. 54,¹¹² grande foi a comoção social que o julgamento causou. Em torno das discussões em Plenário, os movimentos de diversos setores da sociedade evidenciaram o interesse pela participação no julgamento (durante o qual houve diversos pedidos de admissão de *amicus curiae* e realização de audiências públicas), bem como do lado de fora (com as intensas e “tensas” manifestações de opinião).

Mais de vinte manifestações oficiais foram registradas, além da presença de pessoal da área da saúde, de ONGs, de instituições governamentais, de representantes de entidades e de pessoas físicas que se identificaram com a demanda, e dela queriam de algum modo fazer parte. As sessões contaram também com a participação do Ministério da Saúde e da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, que publicamente desejaram manifestar sua posição.

O impacto que uma decisão de Corte Superior pode causar na sociedade é proporcional ao número de pessoas que são, pela própria decisão, afetadas. Bem, partindo da registrada quantidade de interessados em

¹¹¹ No ponto de vista de muitos, como Oscar Vilhena, atuante demais – a ponto de afirmar que vivemos hoje uma “Supremocracia”. VILHENA, Oscar. Supremocracia. In: **Revista GV**, n. 8. São Paulo: 2008. p 441-463. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

acompanhar a contenda, já se poderia ter uma ideia de como a matéria da ADPF n. 54, e consequentemente a decisão do STF, repercutiriam na sociedade brasileira.

Um dos grandes reflexos da decisão do Supremo que se aponta foi a criação da expressão “antecipação terapêutica do parto” no Código Penal. A alegação que levou a essa alteração na lei foi a de que a interpretação tida até então feria princípios constitucionais – dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, IV), direito à saúde da gestante (CF, art. 6º, caput e art. 196), legalidade, liberdade e autonomia da vontade da gestante (CF, art. 5º, II) – afirmando-se que, em havendo impossibilidade de vida extrauterina, a interrupção da gestação não poderia ser considerada “aborto”. Logo, defendia-se a impossibilidade da subsunção da conduta ao tipo penal. Como comentado no capítulo anterior, essa consequência foi alvo de muitas críticas.

A decisão, contudo, tem caráter vinculante e *erga omnes*. Por essa razão, a preocupação com os caminhos traçados na construção da decisão da Corte Suprema brasileira tanto interessa ao direito, quanto à própria sociedade.

O STF, então, diante do panorama exposto, correria o risco de vir a sofrer desvio de sua função constitucional, servindo de palco para a promoção de mudanças na legislação e nas próprias políticas públicas por obra de atores que não foram eleitos democraticamente. Ainda, certas decisões de conteúdo argumentativo frágil poderiam irradiar seus efeitos e ocasionar ilusória segurança jurídica.

Nessa nova dinâmica da construção argumentativa, sugerida por Dworkin,¹¹³ é nítido que, de alguma maneira, deva existir um maior acompanhamento das decisões judiciais, a fim de que excessos de subjetivismo ou incompatibilidade entre argumentos e votos sejam identificados e que possam ser repensados, visando inclusive a dar continuidade à aplicação racional da codificação infraconstitucional.

Essa atenção às decisões da Suprema Corte brasileira não pretende pôr em dúvida a legitimidade do Tribunal, pelo contrário, almeja garantir

¹¹³ Cujas contribuições foram colhidas das obras *Levando os direitos a sério*, *Uma questão de princípio*, *O império do direito* e, em especial, *Domínio da vida*.

uma atuação rigorosamente constitucional em seus procedimentos, atrelada a princípios, a fim de firmar o Supremo ainda mais como *locus* de representação democrática.

3.2. A ARGUMENTAÇÃO DOS CASOS DIFÍCEIS – SIMILITUDES DO ABORTO EM DWORKIN COM A VOTAÇÃO DA ADPF N. 54 PELO STF

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma.¹¹⁴

No contexto da prática argumentativa, a aplicação do direito em casos difíceis dá-se pela atividade criativa do magistrado.

Contudo, insisto que, mesmo nos casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização.¹¹⁵

O direito interpretado também não se confunde com a decisão dada ao final de um caso prático, já que argumentos não são decisões, lembra Atienza.¹¹⁶ Tampouco tem lugar a falaciosa racionalização das opiniões dos juízes, que aplica leis e princípios aos fatos, “chegando-se à conclusão mediante processos de puro raciocínio”.¹¹⁷

O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral (...) é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. 1999. Op. cit., p. 17.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. 2002. Op. cit., p. 430.

¹¹⁶ Contribui o autor com a diferenciação entre o que chama *razão explicativa*, que aponta a causa e com que finalidade a decisão foi tomada – como quando se afirma que o juiz tomou uma decisão em virtude de suas fortes crenças religiosas, e *razão justificadora*, que se empenha em demonstrar que a decisão é acertada – como aquela na qual se diz que a decisão do juiz baseou-se em uma interpretação de determinado artigo da Constituição. Apesar de diferenciadas, as duas razões não se opõem, nem são suficientes para atender às exigências de argumentação de um caso difícil como o estudado, podendo ser entendidas como complementares a uma teoria da argumentação. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy editora, 2003. p. 21.

¹¹⁷ Jerome Frank, citado por ATIENZA. Op. cit., p. 22.

sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas (...) Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito (...) deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve. Sabemos (...) que essa descrição geral da interpretação no Direito não é uma licença para que cada juiz descubra na história doutrinal seja o que for que pensa que deveria estar lá. A mesma distinção é validade entre a interpretação e o ideal. O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor. As dimensões de ajuste fornecerão alguns limites. Não existe, é claro nenhum algoritmo para decidir se uma determina interpretação ajusta-se satisfatoriamente a essa história para não ser excluída. Quando uma lei, Constituição ou outro documento jurídico é parte da história doutrinal, a intenção do falante desempenhará um papel. Mas a escolha de qual dos vários sentidos, fundamentalmente diferentes, da intenção do falante ou do legislador é o sentido adequado, não pode ser remetida à intenção de ninguém, devendo ser decidida, por quem quer que tome a decisão, como uma questão de teoria política.¹¹⁸

Atienza lembra que é possível que a decisão tenha sido construída, ainda que parcialmente, de preconceitos contidos no “processo mental do juiz”; porém, isso não legitima a ausência da justificativa dos argumentos ali expostos.

A observação das razões oferecidas, do seu conteúdo material e argumentativo permitirá detectar quais delas são inadequadas, insatisfatórias e até mesmo falaciosas. O risco de que posicionamentos morais convertam-se em fatos jurídicos consolidados e indiscutíveis, ou em um discurso jurídico frágil, precisa ser afastado sob pena de comprometer a segurança jurídica.

Para Dworkin, o debate interpretativo exige argumentos descritivos e argumentos justificativos. Muito distante de uma justificação racional, adequada e satisfatória, o que foi verificado no julgamento da ADPF n. 54 mostrou-se em boa parte uma ilusão hermenêutica.

A interpretação de que o Código Penal, em seus artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, abrange a conduta de interromper a gravidez do feto

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 239-240.

anencéfalo foi acompanhada de um conjunto argumentativo, no mínimo, dissimulado, como se pode acompanhar do relato geral do acórdão da ADPF n. 54 e dos votos dos ministros participantes:

O Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, a fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do CP. Prevaleceu o voto do Min. Marco Aurélio, relator. Inicialmente, reputou imprescindível delimitar o objeto sob exame. Realçou que o pleito da requerente seria o reconhecimento do direito da gestante de se submeter à antecipação terapêutica de parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado – sem que fosse compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. Destacou a alusão realizada pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais em comento, o que os retiraria do sistema jurídico. Assim, o pleito trataria tão somente de que os referidos enunciados fossem interpretados conforme a Constituição. Dessa maneira, exprimiu que se mostraria despropositado veicular que o Supremo examinaria a descriminalização do aborto, especialmente porque existiria distinção entre aborto e antecipação terapêutica de parto. Nesse contexto, afastou as expressões “aborto eugenico”, “eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, em razão do indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra “eugenia”. Na espécie, aduziu inescapável o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os de parte da sociedade que desejasse proteger todos os que a integrariam, independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. Sublinhou que o tema envolveria a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. No ponto, lembrou que não haveria colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. Versou que o Supremo fora instado a se manifestar sobre o tema no HC 84025/RJ (DJU de 25.6.2004), entretanto, a Corte decidira pela prejudicialidade do *writ* em virtude de o parto e o falecimento do

anencéfalo terem ocorrido antes do julgamento. Advertiu que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coadunaria com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.¹¹⁹

Acompanhando o desenrolar do processo, a primeira medida cautelar deferida no feito deu-se já no início do seu curso, e reconheceu o direito da gestante de interromper a gestação quando se tratasse de feto anencéfalo, desde que a gestante estivesse de posse de laudo médico que atestasse essa condição *sine qua non* do nascituro.¹²⁰

Processos sobrestados, finalmente pôde ser confirmada a adequação processual da ADPF,¹²¹ e das decisões não transitadas em julgado. A segunda parte da cautelar deixou de ser observada, sendo revogada pelo Plenário na parte que reconhecia à gestante o direito de ser submetida à interrupção da gestação de feto anencéfalo.¹²²

Quis esclarecer Luís Alberto Barroso, em nota prévia mencionada no inteiro teor do acórdão, que a expressão “antecipação terapêutica do parto” usada para definir, no fim do julgamento, a nova exceção legal do Código Penal, não consubstancia “aborto” – já que esse envolve a vida extrauterina em potencial. O feto, nesse caso, seria visto tão somente como um aglomerado de células cuja expectativa de vida é potencialmente impossível.

A procedência da ação, em 12 de abril de 2012 (mais de oito anos após ter sido distribuída), pela maioria do Plenário, a qual acompanhou o relator Min. Marco Aurélio com votação de oito votos contra dois,¹²³ deu à gestante de feto anencéfalo a possibilidade legal de interromper sua gravidez.

¹¹⁹ LEMOS, Clécio. **Aborto de feto anencéfalo - ADPF 54**. Disponível em: <<http://cleciolemos.blogspot.com.br/2012/04/aborto-de-feto-anencefalo-adpf-54.html>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

¹²⁰ A liminar ficou vigente por um período de três meses, e garantia à gestante a antecipação terapêutica do parto.

¹²¹ Lembrando que o pedido inicial da ADPF n. 54 era a declaração de não subsunção da conduta da antecipação terapêutica do parto, numa análise à luz dos preceitos constitucionais.

¹²² Isso porque o plenário reconheceu que a liminar era satisfativa: antecipava os efeitos da decisão de mérito. Votos vencidos: Min. Marco Aurélio, Min. Carlos Britto, Min. Celso de Mello e Min. Sepúlveda Pertence.

¹²³ Elenco dos ministros votantes: Marco Aurélio, Carmen Lúcia, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Celso de Mello, Carlos Ayres Britto e Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

Nessa ocasião, foram votos vencidos os dos ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski.¹²⁴

Nas razões de decidir do Min. Marco Aurélio, consta que o anencéfalo é um morto cerebral. Para o ministro, a vida inicia-se não somente na fecundação mas também precisa ser viável, condição que o feto anencéfalo não cumpre.

Defendeu que a morte é a definida juridicamente como morte cerebral, e esse conceito é próximo ao conceito de anencefalia; que o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa humana nem será titular do direito à vida, por essa razão não há que se falar em conflito de direitos fundamentais; que também não se poderá falar em “aborto”, já que não há vida em potencial a ser tutelada, nem se poderá falar de eugenia, já que não há vida viável.

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal.¹²⁵

Ainda, aduziu que a proteção constitucional à vida não se aplicaria ao feto anencefálico, tampouco legislação de proteção à criança, já que ele não poderá gozar da vida nem se tornará uma criança. Defendeu que o direito à vida não é absoluto, que comporta gradações (o feto anencefálico ocuparia posição inferior aos demais fetos e à pessoa humana).

Colocou que, em sendo a proteção ao feto que goza de saúde perfeita passível de ponderação com os direitos da gestante, maior razão há na ponderação quando confrontados estes direitos com o feto anencefálico; a

¹²⁴ Os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello também a julgaram procedente, mas estabeleceram condições para o diagnóstico da anencefalia: “Por fim, os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello ficaram vencidos na medida em que acrescentavam, ao dispositivo da decisão prolatada pelo Colegiado, as seguintes condições de diagnóstico da anencefalia e de realização do procedimento cirúrgico de interrupção da gravidez: a) atestado assinado por, no mínimo, dois médicos especialistas; b) cirurgia realizada, sempre que possível, por médico distinto daqueles que produziram o diagnóstico; c) observância de período de três dias entre a data do diagnóstico da anencefalia e a da intervenção cirúrgica; e d) disponibilização, por parte do Poder Público, em favor de gestantes de menor poder aquisitivo, de acompanhamento psicológico, tanto antes quanto depois do procedimento cirúrgico.” ADPF n. 54 – Inteiro Teor. Disponível em: < <http://www.jurisciencia.com/wp-content/uploads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-ADPF-54-Anenc%C3%A9falo.pdf> >. Acesso em 22 dez. 2013.

¹²⁵ ADPF n. 54 – Inteiro Teor. Disponível em: < <http://www.jurisciencia.com/wp-content/uploads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-ADPF-54-Anenc%C3%A9falo.pdf> >. Acesso em 22 dez. 2013.

ponderação de direitos, em havendo, põe em prevalência os da mulher pelo princípio da proporcionalidade; a saúde física e psíquica da mulher é posta em risco com a manutenção da gestação, e sua obrigatoriedade é uma forma de violência que fere a sua dignidade;¹²⁶ a autonomia de decidir pela interrupção cabe à mulher, já que são valores e sentimentos de ordem privada, e não ao Estado.

Arguiu, ainda, que o Código Penal não disciplinou o abortamento de fetos anencefálicos porque não havia tecnologia suficiente para o diagnóstico da anencefalia à época. Contudo, segundo ele, pode-se presumir que o legislador o excluiria por colocar em risco a saúde da mãe, já que excluiu o feto fruto de estupro.

Por fim, ressaltou que a medicina diagnóstica a anencefalia do feto com 100% de certeza, e a mesma percentagem afirma que o resultado é a sua morte.

Mostrou-se argumento frágil aquele da ausência de previsão constitucional acerca do início da vida. Questão que explicita um dos pontos de grande divergência entre as opiniões, a ausência da previsão não chegou a ser mencionada nas 46 páginas do voto do Min. Marco Aurélio.

As sustentações do Ministro Relator nortearam-se na suposta inexistência de choque (nem mesmo aparente) entre direitos fundamentais, já que, como já dito, o valor intrínseco da vida não foi por ele reconhecido, pelo fato de não se saber a partir de que momento o aglomerado de células poderia ser tido como um ser humano vivo.

Esse raciocínio tem muito em comum com as vozes a ele contrárias, por mais surpreendente que isso possa parecer: os que afirmam que a incoerência do Ministro reside no fato de ele não ter admitido que o feto seja beneficiário de direitos e garantias fundamentais, igualmente cometem o mesmo equívoco: o de assumir um comprometimento com uma tese não explicável racionalmente.

O ministro Marco Aurélio cai em contradição, pois, após ter negado o reconhecimento do valor intrínseco da vida, e por consequência ter

¹²⁶ Sua interpretação tem característica de concepção derivativa. Em sendo assim, contradiz-se quando passa a analisar o possível conflito de interesses entre mãe e filho.

considerado o nascituro um ser não vivo, aponta uma contradição entre interesses, os da mulher grávida, por sua dignidade, e aqueles que vivem em sociedade e que esperam ver protegidos todos os seres humanos – tanto os que nasceram, quanto os que estejam por nascer. Desse confronto emergido, opta pela ponderação de valores, que, salvo engano, inexistem; pelo menos da parte do feto anencéfalo – que nas linhas anteriores fora já “eliminado” pelo Ministro.

Na sequência, a argumentação que tratou de criticar a técnica de interpretação partiu da Procuradoria-Geral da República, e afirmava que essa estaria em desacordo com a Constituição, já que a intenção de abrir uma exceção para a tipicidade da prática abortiva no Código Penal entraria em confronto com a Constituição. Isso porque o artigo 5º da Constituição brasileira ocupa-se justamente da proteção do direito à vida, cuja prerrogativa, tal qual anteriormente comentado, é a de possuir por si só um valor intrínseco, indiscutível. Ademais, se não pertinente o bastante, existe ainda uma garantia prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 4º, I) de proteção à vida desde a sua concepção.¹²⁷

A interpretação conforme a Constituição, arguida pela Procuradoria-Geral, na lição de Luís Roberto Barroso,¹²⁸ é um procedimento de escolha da linha interpretativa da norma legal, que se harmonize com a Constituição, que dê sentido a norma, e que descarte as demais interpretações possíveis.

O Relator tratou de defender a interpretação dada a ADPF n. 54, defendendo total conformidade com a Constituição. Mas, em seu emaranhado de considerações, percebeu-se, logo, que a interpretação dada ao caso por nada parecia conforme a Constituição.¹²⁹

¹²⁷ O Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, traz literalmente essa intenção de garantir o bem vida quando preceitua:

“ARTIGO 4 - Direito à Vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.”

Disponível em:< http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2013.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 6º ed. Ver., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2008. p.189.

¹²⁹ O marco do que se tem por interpretação conforme a Constituição, na jurisprudência do STF, é de 1987, em que o voto do Min. Moreira Alves assim dispôs: “A interpretação da norma sujeita a controle deve partir de uma hipótese de trabalho, a chamada presunção de constitucionalidade, da

No caso em tela, a interpretação não poderia ser considerada conforme a Constituição, pelo simples fato de que não é uma interpretação possível, não se harmoniza com a Constituição já que o rol do artigo 128 do Código Penal é um rol taxativo e não exemplificativo. Assim, não admitiria outras linhas interpretativas diversas daquela elencada.

Conforme visto nos capítulos anteriores, Dworkin distingue o dever estatal de proteção à vida humana, que poderá ter cunho derivativo ou independente. Será derivativo se derivar da condição de pessoa perante a Constituição, sujeita de direitos e interesses que devem ser protegidos. Será independente se for observado o valor intrínseco da vida humana, protegida independentemente de ser ou não sujeita de direitos. O que o autor critica é que o Estado parece incentivar o senso comum de que a condição derivativa é apropriada (ao mesmo tempo em que parece coagir quando se questiona sua posição quanto à acepção independente), como se buscasse passar a responsabilidade aos cidadãos – no caso do aborto, à própria mãe.

Nesse caso, em atenção ao valor intrínseco da vida, poder-se-ia falar de colisão entre bens jurídicos de diferentes titulares: a vida da mãe ou outros seus interesses *versus* a vida do feto. Mas, se a vida possui um valor intrínseco, a discussão passa a ser acerca de ser ou não legítimo colocá-la abaixo de outros direitos fundamentais, ou, ainda, acerca da possibilidade ou não de o Estado estabelecer qual vida valerá mais. Contudo, não se discorreu sob esse viés.

Nos casos em que se discutam os direitos da personalidade, em que notadamente esses direitos se choquem, parte-se para a análise da possibilidade da aplicação da técnica da ponderação.¹³⁰ Mas, segundo Dworkin, recorre-se à técnica da ponderação geralmente no deslinde de casos difíceis,

qual se extrai que, entre dois entendimentos possíveis do preceito impugnado, deve prevalecer o que seja conforme à Constituição”. (RTJ 126/53).

¹³⁰ Barroso apresenta uma estrutura dessa técnica, em que a primeira fase é de “identificação dos comandos”; passando-se, numa segunda fase, ao “exame das circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos”, e, finalmente, na terceira fase, tem-se a decisão: momento em que “examina-se conjuntamente grupos de normas e repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos elementos da disputa. Orientando que, na ponderação, “a) as regras têm preferência sobre os princípios; e, b) os direitos fundamentais têm preferência sobre as demais disposições normativas – ou a solução que prestigia a dignidade humana tem preferência sobre as demais”. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 6. ed. Atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 200.

quando estejam envolvidos princípios constitucionais e direitos fundamentais. No caso sob análise, sendo de pronto inobservado o valor intrínseco da vida do feto, já não haveria o que se falar de juízo de ponderação.

A laicidade do Estado brasileiro e a defesa do diagnóstico seguro para casos de anencefalia, somados à tese da anencefalia como anomalia incompatível com a vida extrauterina, a interrupção da gravidez em confronto com as previsões do Código Penal, foram alguns dos tópicos examinados. A primeira assertiva que se verifica no acórdão é quanto à laicidade do Estado brasileiro: “O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro às religiões”. Essa afirmação sugere que as decisões tomadas independarão de qualquer valoração de cunho religioso. No julgamento, o Ministro Relator, e os ministros Marco Aurélio Mello e Celso de Mello arguíram que o Estado é proibido constitucionalmente de intervir em temas religiosos. Segundo o Ministro Marco Aurélio Mello, esse caráter laico funcionaria como limitador da atividade do Estado, ao mesmo tempo em que não permitiria intromissão de dogmas em atos estatais.

Há que se lembrar, contudo, que as valorações religiosas nem sempre são facilmente identificáveis e isoláveis do contexto social “laico”.

As discussões da ADPF, em certo momento, passaram a argumentar em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, outro valor de elevada abstração conceitual, que deve a sua natureza polissêmica. A dignidade humana está ligada a outros princípios éticos. Trata-se de mais um julgamento valorativo e, por isso, dependente dos argumentos (morais) que o sustentam.

Quanto aos votos vencidos, há uma coerência quanto à linha interpretativa do valor intrínseco da vida. Reconhecendo o fato de o anencéfalo pertencer à espécie humana, concluiu-se, apropriadamente, que não se poderia legitimar a prática de conduta atentatória à vida.

Há no texto do acórdão uma pincelada inicial de preocupação com a insegurança jurídica, o descrédito do Judiciário, a expectativa das partes que aguardam a prestação jurisdicional de virem a receber decisões discrepantes. A fim de evitá-las, destacou-se que a “unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente

formal, gerando insegurança, a descrença no Judiciário” e angústia e sofrimento ímpares, vividos pelos que esperam a prestação jurisdicional:

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes – artigo 3º da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar sequência ao processo.¹³¹

De volta à análise específica das razões dos ministros, o voto do Min. Ricardo Lewandowski, em síntese, destacava que o legislador infraconstitucional isentara de pena, excepcionalmente, o aborto, desde que praticado por médico, em duas situações definidas taxativamente: em casos de “aborto necessário” e de “aborto sentimental” – Código Penal, art. 128, I e II. Identificava a ilegitimidade do aborto eugenésico, nos casos de aborto necessário ou terapêutico, mesmo diante da certeza de que a criança nasceria enferma ou portasse alguma deformidade, o que tornaria imputável o abortamento inclusive nesses casos. Em seu voto divergente, o Ministro Lewandowski buscou apontar o desvio da função do STF de legislador negativo que se estava evidenciando com

¹³¹ ADPF n. 54 – Inteiro Teor. Disponível em: < <http://www.jurisciencia.com/wp-content/uploads/Ac%C3%B3rdo-ADPF-54-Anenc%C3%A9falo.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

a criação de nova causa de exclusão de ilicitude no Código Penal, possível tão somente pela liberdade interpretativa disfrutada pelos ministros.

Somado a esses, argumentou ainda que, em sendo essa a vontade, Câmara e Senado poderiam ter alterado a legislação a fim de incluir o aborto dos fetos anencéfalos ao rol das exceções à aplicação da pena, o que não aconteceu.

No que concerne à interpretação em conformidade com a Constituição, lembrou que nos casos em que a lei é clara, não há espaço para a interpretação sob a alegação de ampliar seus limites a fim de deixá-la conforme a Constituição. Poder-se-ia, quando muito, restringir o conteúdo quando esse afrontasse texto constitucional; do contrário, possui caráter ilícito a criação de normas por órgão judicante, como é o caso do STF. Ainda, arguiu que era perfeitamente possível alterar a legislação para excluir a anencefalia do tipo penal do abortamento, se essa fosse vontade do Congresso Nacional.

Defendeu que não há como afirmar que à época da promulgação do Código Penal (1940), ou de sua reforma (1984), inexistiam métodos científicos para detectar eventual degeneração fetal, pois exames capazes de detectar a anomalia já eram disponíveis.

Arguiu que a anencefalia não é a única doença congênita letal, existindo outras, as quais foram explicitadas em audiência pública; que existem vários diplomas infraconstitucionais em vigor no País que resguardam a vida intrauterina. Se fosse declarada procedente a ADPF n.54, esses também teriam de ser havidos como inconstitucionais.

Ainda, expôs que a Portaria nº 487, de 2 de março de 2007, do Ministério da Saúde, reflete justamente a preocupação das autoridades médicas com o sofrimento dos fetos anencefálicos que, apesar de serem dotados de um sistema nervoso central incompleto, podem sentir dor e reagir a estímulos externos.

No voto do Min. Luiz Fux, arguiu-se que o Direito à vida não é absoluto, ainda que mereça forte proteção, não subsiste ante iminência de risco à saúde física ou psíquica da mãe, sendo razoável a aceitação do término da vida a fim de afastar dores mais graves (princípio da proporcionalidade). Obrigar uma

mulher a continuar uma gestação anencefálica equivaleria a submeter essa mulher à tortura.

Defendeu o ministro que penas privativas de liberdade devem ser empregadas somente em hipóteses extremas, quando não haja meios alternativos e eficazes para a proteção do bem jurídico, e que o respeito aos direitos fundamentais impõe limites à atividade legislativa e à interpretação do ordenamento; que a lacuna normativa existente não deve ser corrigida com a incriminação da conduta, e que o legislador, se pudesse à época conhecer a anomalia, teria previsto a hipótese de permissão do aborto, como o fez para os casos de abortamento sentimental, em que se admite a supressão da vida de feto sadio para salvaguardar a saúde psíquica da mulher.

No voto do Min. Ayres Britto, nota-se que coloca o feto anencefálico como um natimorto cerebral, e nesse caso considera não haver crime, embora admita outras interpretações como a de que a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico é crime, pois há vida desde a concepção, e a de que o fato é típico, mas não é punível pelo princípio da proporcionalidade.

Menciona o silêncio constitucional acerca do início da vida; afirma que os dispositivos polissêmicos do código penal autorizariam a interpretação; afirma ser inevitável a morte do feto anencefálico e ser atípico o fato “interrupção da gravidez de feto anencefálico”, já que aborto pressupõe vida em potencial.

Para a Min. Cármen Lúcia “há que se distinguir (...) ser humano de pessoa humana (...) O embrião é (...) ser humano, ser vivo, obviamente (...) Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana” *[sic.]*¹³²

Considera que seja necessário preservar a dignidade da vida, princípio fundamental assegurado na Constituição, e que o direito à saúde é um reflexo desse princípio. Não considera que se deva punir aborto praticado, senão como salvar a vida da gestante, mas inclui a saúde psíquica como elemento a se considerar.

¹³² ADPF n. 54 – Inteiro Teor. Disponível em: < <http://www.jurisciencia.com/wp-content/uploads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-ADPF-54-Anenc%C3%A9falo.pdf>>. Acesso em 22 dez. 2013.

Por sua vez, o voto do Min. Cezar Peluso demonstrou que a preocupação era identificar a existência de vida no feto anencéfalo, ainda que essa se manifestasse apenas em movimentos autógenos. Sobrevindo naturalmente a morte, essa seria consequência do fato de estar vivo.

Defendeu que a anencefalia é diferente da condição de morte encefálica – quando todos os sistemas param de funcionar espontaneamente, somente podendo ser mantidos de modo artificial. Esse não seria o caso do feto anencéfalo.

O Min. Peluso também refutou qualquer invocação dos princípios da autonomia da vontade, da liberdade pessoal e da legalidade como legitimadores da prática do abortamento doloso de anencéfalo, tendo como baliza a vida (não importando se viria posteriormente a revelar-se inviável).

Quanto à autonomia da vontade, essa jamais, segundo o voto, poderia ser resguardada se o intuito é disfarçá-la de legítima para cometer o delito de extirpar uma vida.

Quanto às razões do voto do Min. Joaquim Barbosa, percebe-se que defende também a impossibilidade da vida extrauterina independente. Ainda, que a tutela da vida do feto anencéfalo recebe menor proteção do direito por se tratar de vida intrauterina inviável. Associa a condição da anencefalia à morte encefálica, a qual põe fim a proteção à vida; assim, a antecipação do evento morte, resultado invariável da anencefalia, dá-se em razão de preservar a saúde da mulher e fazer prevalecer seu direito de escolha quanto a seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas e seu sentimento íntimo. Nos casos em que ocorre malformação fetal, impossibilitando a vida extrauterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto se mostrará flagrantemente desproporcional, quando em comparação com a tutela da autonomia da mulher na sua escolha livre de manter ou não a gestação até o seu termo final. Parece-lhe um contrassenso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso de aborto sentimental, permitindo a interrupção da gravidez nos casos de estupro, em que o feto é biologicamente viável, e não o fazer nos casos de malformação fetal gravíssima, como é o caso da anencefalia,

em que não existe um conflito real entre bens jurídicos detentores do mesmo grau de proteção jurídica.

O ministro defende que os direitos reprodutivos fazem parte da gama de direitos fundamentais à liberdade da mulher, e sua autodeterminação pessoal. Aduziu que o direito somente pode tutelar a vida de um feto que goze biologicamente e juridicamente da vida, sendo a interrupção da gestação anencefálica um fato atípico. Para ele, a ausência de tecnologia médica apta ao diagnóstico da anencefalia do feto justifica a ausência da previsão de ilicitude do aborto eugênico; e a expressão “aborto”, por sua vez, corresponde a um elemento normativo do tipo e, por isso, trata-se de um elemento que necessita de valoração por parte do magistrado ou intérprete (sendo necessária a busca no campo extrapenal o seu real significado: na biologia, na medicina, as quais poderão delimitar as etapas de formação da vida e suas causas de interrupção).

Para o Min. Celso de Mello, o fato de a Constituição brasileira não definir o que seja vida ou morte abre a possibilidade de o legislador fazê-lo, e que, para saber o que seja vida, bastaria saber o que é morte. Para tanto, a lei dos transplantes define como morte a morte encefálica, a ausência de atividade cerebral – logo, começando a vida com os primeiros sinais dessa atividade cerebral. Acrescentou que o Conselho Federal de Medicina considera o feto anencefálico como natimorto cerebral, dada a sua inviabilidade em ambiente extrauterino.

Em continuidade, disserta que o tipo penal aborto pressuporia gravidez em curso, em que a morte do feto seja o resultado direto e imediato das manobras abortivas, requisito que a anencefalia não preenche. Logo, mostrar-se-ia atípica a interrupção de gestação de feto anencefálico. Senão dessa forma, que configuraria hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, por existir motivo racional, justo e legítimo que possa obrigar a mulher a prolongar inutilmente a gestação e se expor a sofrimentos desnecessários, de ordem física e psíquica, com risco, inclusive, de morte. E que certamente o legislador de 1940 teria permitido o aborto anencefálico, se tivesse o conhecimento absoluto que se tem hodiernamente acerca da inexistência de vida extrauterina, principalmente porque, no momento da Assembleia Constituinte, discutiam-se emendas que

tutelavam a inviolabilidade da vida desde a sua concepção, e que essas emendas não lograram aprovação.

Continua arguindo que a anencefalia do feto possui diagnóstico certo e inalterável, e que direitos sexuais e reprodutivos são considerados internacionalmente parte integrante dos direitos humanos, o que autorizaria a mulher a optar pela antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia fetal. Assim, mostrar-se-ia desproporcional e inconstitucional a incidência de norma penal relativa ao crime de aborto ao caso de gestação de feto anencefálico.

Não poderia a Corte utilizar-se de critérios religiosos para decidir, tendo em vista a laicidade do Estado.

A Min. Rosa Weber, em suas razões, ressalta que seria falaciosa a argumentação de que a atipicidade do aborto depende da verificação científica da existência da vida no feto anencefálico; que não se poderia derivar um “dever ser” de um “ser” – a proteção ou não do feto portador de anencefalia não deve decorrer dos critérios da medicina, mas dos critérios jurídicos que envolvem o conceito de vida.

Aponta a gradação de importância da vida existente no direito penal (esse bem jurídico é diferenciado quando se observa a gradação das penas – homicídio, pena de 6 a 20 anos; infanticídio, pena de 2 a 6 anos; aborto, pena de 1 a 3 anos): além do grau diferente de reprobabilidade, é levada em consideração a situação da mãe/gestante.

Lembra que, para o direito penal, a vida não é um valor absoluto (o que se comprova exemplificadamente pela excludente do crime de aborto em caso de estupro). Também coloca que o direito penal protege o feto, mas somente nos casos em que haja vida no fruto da concepção. Ainda, defende que, ao direito, o que importa é a possibilidade de haver atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social.

Busca a definição da vida no Biodireito – tendo a morte sido determinada na lei de transplantes de órgãos como morte encefálica, aquela em que não há mais atividade cerebral no indivíduo, a contrário senso vida é a existência de atividade cerebral.

Para a ministra, não cabe anencefalia do feto no tipo penal aborto, já que este pressupõe a interrupção da vida em desenvolvimento que possa ter algum grau de complexidade psíquica, não sendo o caso da anencefalia, que inviabiliza consciência e possibilidade de relações intersubjetivas. Logo, a interrupção de gestação de feto portador de anencefalia seria fato atípico.

Defende que, num Estado Democrático de Direitos, os valores teriam o mesmo peso, sem que uma visão de mundo se sobreponha a outra. Contudo, ressalta que, no caso analisado, haveria dúvida sobre a aplicação da proteção à vida do feto, mas não haveria dúvida alguma quanto à tutela dos direitos fundamentais da gestante.¹³³

Em todos os votos da maioria, nota-se menção a Débora Diniz, antropóloga do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis), doutora em Antropologia e com estágio pós-doutoral em Bioética. Seu estudo evidencia uma preocupação por satisfazer os interesses do maior número de indivíduos, no que compete à qualidade de vida, razão que a levou a propor à Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) que intentasse ação no STF, visando a permitir o aborto de fetos portadores de anencefalia. Para tantas pessoas, como Diniz, a morte imediata do feto portador de anencefalia é uma frustração muito menos terrível do que a pena a que se submeteriam pessoas cujos investimentos emocionais seriam dolorosamente frustrados, além da breve e penosa vida (ou sobrevida) da criança, que não conseguiria concretizar significativa parte do investimento natural.

Já para outras pessoas, seria uma frustração eliminar precocemente uma vida sem dar tempo a um possível maior investimento natural (ainda que improvável), ou a que a própria criança pudesse executar qualquer tipo de investimento humano, por mais ínfimo que possa ser no caso da anencefalia. As correntes mais conservadoras identificam-se, em geral, com esse viés.

Aqueles que discutem se o feto tem interesses e direitos a serem protegidos pelo Estado e pela sociedade poderão passar a vida inteira

¹³³ A ministra, em suas razões, admitiu que conceitos científicos são mutáveis e considerou que anencéfalos podem sobreviver por meses. Mas acabou votando a favor da interrupção da gravidez nesses casos “porque não está em jogo o direito do feto, mas sim da mulher”.

debatendo a natureza, a quantidade e o grau de importância desses interesses ou direitos, sem, contudo, chegar a uma conclusão racional e objetiva.

Contudo, aos que não admitem que o feto anencéfalo, na ocasião do abortamento, esteja vivo (como é o caso do relator¹³⁴ da ADPF n. 54), ou que admitem a sua vida, mas colocam esse bem jurídico do nascituro em posição inferior a algum outro bem de um terceiro titular (por exemplo os que legislaram pela exceção da tipificação do aborto em caso de estupro no direito brasileiro), preocupações como a qualidade de vida, os desenvolvimentos humanos e outras de mesmo gênero não têm razão de ser.

A impressão que se extrai deste julgado é a de que seu conjunto argumentativo não permitiu ao julgador dar as explicações pertinentes sobre os motivos de sua convicção. O conjunto argumentativo falhou porque os critérios da aplicação de muitos dos conceitos (que, por sua vez, descrevem valores) ali presentes não eram os mesmos entre um e outro ministro, nem entre ministros e movimentos participantes; não se sabia, apesar do consenso de que conceitos exprimem valores, com que espécie de valor se estava lidando, ou como aquele valor deveria ser expresso. Uma concepção sobre um conceito “[...] revela uma atitude a respeito desse vasto território pré-compreensivo, dê-se, o intérprete, conta disso ou não”, afirma Dworkin. Logo, no julgado, a discordância em muitos momentos era apenas ilusória.

3.3. EM DEFESA DAS SOLUÇÕES ARGUMENTATIVAS (ÀS QUESTÕES MORAIS NOS CASOS DIFÍCEIS)

As justificativas expostas pelos ministros do STF são reflexos do seu dever, enquanto magistrados, de dar uma resposta às demandas reais, aplicando (interpretando, efetivando e moldando) as regras do direito, de forma harmônica segundo a Constituição.

¹³⁴ Defendeu, amparado pela Resolução n. 1.752/2004 do Conselho Federal de Medicina, que um anencéfalo é um natimorto cerebral e que “[...] jamais se tornará pessoa. Não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura[...]” cujos direitos individuais não podem ser prevalecer sobre os da mãe.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Voto do Min. Ricardo Lewandowski. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j. 11/04/2012j. Informativo do STF. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-fetoanencefalo.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2013.

No caso do julgamento da ADPF n. 54, uma preocupação era a de que as posições morais de alguns ministros pudessem ser convertidas em fato jurídico, gerando efeitos para toda a sociedade a partir de opções meramente pessoais.

Dworkin estabelece que a existência de valores políticos independe do sentimento que se tenha em relação a eles, pois possuem uma estrutura profunda e normativa.

Porém, assim como um cientista pode ter por objetivo, como um tipo específico de projeto, revelar a natureza mesma de um tigre ou do ouro ao expor a estrutura fundamental dessas entidades, assim também um filósofo político pode pretender revelar a natureza mesma da liberdade ao expor sua essência normativa.¹³⁵

A justificação dos argumentos de valor pressupõe que se passou a entendê-los de modo não hierárquico. Uma teoria do valor, objetiva,¹³⁶ é fundamental para que se construa uma argumentação moral. Por sua vez, a moralidade somente poderá ser discutida dentro de seu próprio âmbito e de modo independente.

Lembra-se que “[...] a justificativa não precisa se ajustar a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática”.¹³⁷

Nos julgamentos dos ditos casos difíceis, a elaboração das premissas normativas e fáticas pode vir a suscitar problemas. Dentre as atribuições que não se referem a premissas normativas, estão as da interpretação e da pertinência.

A fim de que um problema de interpretação ou de pertinência não prejudique a justificação em casos difíceis, é essencial que a decisão tenha sentido com relação ao sistema, ou seja, que cumpra os requisitos de consistência e coerência, e em relação ao mundo, tal como lembra Atienza.¹³⁸

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 217.

¹³⁶ É objetiva justamente porque o valor é objetivo, embora não se possa estabelecer facilmente uma verdade sobre o valor de modo determinado.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. 1999. Op. cit., p. 79.

¹³⁸ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Op. cit., p. 126.

Quando se justifica uma determinada decisão, é necessário que se ofereçam razões particulares, tantas quantas sejam necessárias em favor dessa decisão. Contudo, além dessas razões particulares, a norma deverá indicar que tais razões, estando presentes, levarão retilmente àquela decisão.¹³⁹

A aceitação das decisões em sociedade carece de motivos, ou justificativas, principalmente em sociedades pluralistas em que o direito atua como integrador dos interesses sociais. Já bem leciona Manuel Atienza que “justificar uma decisão, num caso difícil, significa algo mais que efetuar uma operação dedutiva que consiste em extrair uma conclusão a partir de premissas normativas e fáticas”.¹⁴⁰

Não é porque há desacordo moral que todas as convicções morais estão equivocadas. E não é porque há consenso dentro de um movimento que elas serão verdadeiras. E a possibilidade dessa nova visão quanto aos debates sobre o aborto também não levará ao fim as divergências morais sobre o controvertido tema. Mas pode contribuir muito para que essas divergências morais harmonicamente coexistam.

Na opinião de Dworkin,

[...] se essa nova luz nos ajudar a perceber que, no fundo, essas divergências são de natureza *espiritual*, isso deveria contribuir para nossa união [...]. Poderíamos esperar ainda mais – não apenas por uma tolerância maior, mas por uma conscientização mais positiva e benéfica, ou seja, que aquilo que compartilhamos – nosso compromisso comum com a santidade da vida é algo precioso em si mesmo, um ideal unificador que podemos resgatar das décadas nas quais imperou o ódio.¹⁴¹

Aliás, o fundamento de todo sistema que queira se dizer ético é jamais deixar excluída a possibilidade de outras éticas, ou seja, é aplicar a chamada tolerância ética:

[...] apesar de prescrever suas próprias medidas e limites para o comportamento, apesar de esquematizar o direcionamento da

¹³⁹ Conforme Maccormick, 1987. Universalization and induction in law. In: **Reason in Law**; proceedings of the conference held in Bologna, 12-15 December 1984. Milão: Giuffrè, 1987. p. 91-105, citado por Atienza. Op. cit., p. 126.

¹⁴⁰ ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 22.

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. 2003. Op. cit., p. 139-140.

ação humana, apesar de prescrever seu próprio conjunto de códigos de atuação singular e social [...]. Se um sistema ético existe, deve conviver com outros e não excluí-los. A ética do plural garante essa diversidade, impedindo a formação de extremos e a exclusão de éticas ou sistemas éticos contextualmente predominantes.¹⁴²

Desse modo, opiniões de caráter pessoal ou político, de vozes mais liberais ou mais conservadoras, talvez possam coexistir de um modo mais harmônico, em que as bandeiras levantadas apenas reflitam uma divergência crítica, mas que democraticamente respeitem e possam ser respeitadas num cenário democrático, de convivência pacífica.

¹⁴² BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética geral e profissional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa orientou-se no sentido de identificar a aplicação das contribuições de Ronald Dworkin nas decisões de casos difíceis em sede de Supremo Tribunal Federal. Analisou-se em especial a decisão obtida no julgamento da ADPF n. 54, ação que refletiu na ampliação do rol de excludentes de ilicitude da prática abortiva no Código Penal brasileiro.

Viu-se que o abortamento, ou interrupção da vida intrauterina dada em momento diferente ao do nascimento, é alvo de uma dita “reprovação histórica”, desde os registros mais remotos do direito da Babilônia.

Muitas das convicções a respeito do aborto hoje já se trataram de argumentos desprezados no passado e geraram muitas discussões, nas esferas social, religiosa, política, moral, até ocuparem a posição que possuem hoje no cenário midiático.

O caso *Roe contra Wade*, exemplo estudado por Dworkin, em que a Suprema Corte norte-americana reconheceu o direito à interrupção voluntária da gravidez à Norma L. McCorvey, acabou gerando grande influência no mundo jurídico. Assim, como em muitos outros países, o tema do aborto no Brasil, em especial no caso de anencefalia, sofreu modificações legais enfrentando polêmicas desde sempre e aflorando na mídia em 2012, quando foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal a ADPF n. 54.

Temas polêmicos como os que envolvem a reprodução do ser humano transpassam a dimensão privada e invadem a estatal, revelando questões inicialmente deixadas a cargo de nossas convicções individuais, com certo cunho “sagrado”, trazendo-as ao cenário político.

Nesse contexto de discussão, durante a votação da ADPF n. 54 pelo STF, registrou-se com a maciça participação da sociedade: uns conservadores, outros mais liberais, movimentos Pró-escolha, Pró-vida, movimentos religiosos, representantes governamentais, todos expondo seu posicionamento na defesa de valores como “vida do nascituro”, “obrigatoriedade de tutela do Estado sobre ele”, a “viabilidade da manutenção da gestação”, a “inviabilidade de vida extrauterina”, a “sujeição do feto a direitos e a interesses”, a “saúde física e psicológica da mãe”, a “privacidade”, a “liberdade” e a

“autodeterminação” por parte dessa gestante, entre tantos outros que se poderia listar.

O cenário democrático poderia parecer benéfico à tamanha empreitada, contudo a discussão do mérito de questões de convicção íntima, de conteúdo moral, como o exemplo do aborto de fetos anencéfalos, demonstra o trilhar de um caminho sinuoso, principalmente se as discussões dão-se em âmbito judicial. Sinuoso e traiçoeiro, pois quando as divergências existem, mas não se conhece a fundo o seu íntimo, o seu objeto pode vir a sofrer descaracterização.

No caso da ADPF n. 54 muitas justificativas de opinião, assim como muitas razões de votos de decisões judiciais, apresentaram estrutura que, em análise detalhada, não se mostraram compatíveis com as questões morais defendidas. Não se tratou de incoerência textual, nem mesmo jurídica, mas de uma dissonância entre o que se defendia moral e metafisicamente e aquilo que se discute judicialmente. Tudo porque a maioria das pessoas, e os Senhores ministros do STF não se excluem desse elenco, compartilha das mesmas convicções, mas discute e justifica de modo inadequado.

A temática inspirou a análise das teorias do direito que se adequassem ao problema apresentado, e que pudessem contribuir para o abandono do conformismo diante de decisões inadequadas, operadas principalmente em “casos difíceis”.

A proposta teórica de Ronald Dworkin apresentou-se como boa técnica de avaliação do direito posto nos casos concretos, principalmente no exemplo de caso difícil estudado. Dworkin se propôs defender que o julgamento valorativo, ou seja, o julgamento amparado na opinião, não tem por si função justificadora, o que permitiu concluir que seria imprescindível uma justificativa dada por meio da argumentação moral, com argumentos constitucionais, para que se pudesse sustentar. Isso porque o autor reconhece que tanto os juízos morais quanto os políticos têm importância na discussão. Porém, mais do que afirmar uma opinião, deve-se preocupar se essa opinião é de fato legítima; se sua argumentação moral é válida.

No caso difícil do julgamento da ADPF n. 54, nota-se que as resoluções por parte do juiz traziam cunho pessoal, ou seja, estavam baseadas em convicções pessoais. Essa ética individualista presente no acórdão acaba por

dilacerar a tendência para o reconhecimento de uma universalidade ética, já que não são encontrados nas razões princípios éticos que possam ser reconhecidos e partilhados pelo maior número de indivíduos. Essa ética individualista não é eficaz para regular conflitos intersubjetivos e, quando exercida ao extremo, agride a oportunidade de reconhecimento de alteridade.

Quando as éticas individualistas se sobrepõem em autoridade à ética do que é comum, público, coletivo, de interesse geral, a esfera pessoal se sobrepõe a todo e qualquer mecanismo de conscientização macroética. E o direito deve ter como atributo constante o compromisso com a ética do coletivo: as decisões, as interpretações devem ser pautadas nesse ideal.

A intenção de Dworkin é esclarecer que o modo de apresentação dos debates sobre o aborto é ilusório. Segundo ele, a correta interpretação da ideia do valor objetivo e intrínseco da vida (que independe do valor pessoal que cada pessoa atribua a determinado assunto), caso fosse seriamente explorada, poria fim às ferrenhas discussões sobre o aborto.

Do que pôde ser verificado no julgamento da ADPF n. 54, muito do que se argumentou mostrou-se distante do ideal principiológico de Dworkin. Muito distante de uma justificação racional, adequada e satisfatória. Mais do que a discussão quanto ao posicionamento “favorável” ou “contrário” ao aborto de anencéfalos, o objetivo a que se propôs o presente trabalho era justamente expor a fragilidade do conjunto argumentativo da decisão da ADPF n. 54.

A observação do conteúdo das razões oferecidas possibilitou detectar quais são inadequados e quais são satisfatórios. É importante que seja afastado o risco de que posicionamentos morais inadequados convertam-se em fatos jurídicos consolidados e indiscutíveis, ou num discurso jurídico frágil, sob pena de se comprometer a segurança jurídica.

O Supremo tribunal Federal, Corte que exerce o controle da constitucionalidade, é uma corte bastante atuante na produção de mudanças sociais, e, por essa razão, a chance de se pôr em prática as análises propostas por Dworkin tem sido defendida.

O STF, quando sujeito ao acompanhamento das decisões com a finalidade de se evitar excessos de subjetivismo ou incompatibilidade entre argumentos, só terá a ganhar com o reforço de sua legitimidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Belém do Pará: UNAMA, 1999.

ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: **Enciclopédia Garzanti del diritto**. Italia: Garzanti, 1995.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy editora, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de ética geral e profissional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Eduardo C.B. et ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas Corpus*. Constrangimento ilegal. *Habeas Corpus* nº 181.636-1, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF. 6 de dezembro de 1994. **Lex**: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, mar. 1998.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 6º ed. Ver., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERNANDES, Maíra Costa. **Interrupção de gravidez de feto anencefálico**: uma análise constitucional. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GALEOTTI, Giulia. **História do aborto**. Coimbra: Edições 70.

GALGANO, Francesco. **Tutto il rovescio del diritto**. Bologna: Giuffrè Editore, 2007.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. de Antônio de O. Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio H. **Comentários ao código penal**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LECSO, Phillip A. A buddhist view of abortion. In: STEFFEN, Lloyd (edited). In: STEFFEN, Lloyd (edited). **Abortion**: a reader. Cleveland, Ohio: Pilgrim Library of Ethics, 1996.

MACCORMICK, 1987. **Universalization and induction in law**. In: Reason in Law; proceedings of the conference held in Bologna, 12-15 December 1984. Milao: Giuffre, 1987.

MACKIE, John. **The third theory of law**. In COHEN, Marshal. Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence. New Jersey: Rowman and Allenheld Publishers, 1984.

NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Parma. 1984.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – ideias e ferramentas úteis ao pesquisador do Direito**. 9. ed. rev. Florianópolis: OAB-SC Editora co-edição OAB Editora, 2005.

PIAZZETA, Naele Ochoa. **O princípio da igualdade no Direito Penal brasileiro**: uma abordagem de gênero. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

PLATÃO. **A República**. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1997.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no processo penal como bricolagem de significantes**. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2004.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.) **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SHAIKH, Sa'diyya. et al. **Sacred choices**: the case for contraception and abortion in world religions. New York: Oxford University Press, 2003.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: LTr, 2002. p. 168-70.

_____. A declaração universal sobre bioética e direitos humanos. **Revista Sequência**. n. 52, jul 2006. p. 229-242.

ABC.MED.BR, 2013. **Anencefalia**: causas, sinais e sintomas, diagnóstico, evolução. Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/340714/anencefalia-causas-sinais-e-sintomas-diagnostico-evolucao.htm>>. Acesso em: 5 set. 2013.

Aborto deixará de ser um direito da mulher em Espanha. **Euronews**. Disponível em: <<http://pt.euronews.com/2013/12/20/aborto-deixara-de-ser-um-direito-da-mulher-em-espanha/>>. Acesso em: 21 dez. 2013.

ARISTÓTELES. **Política**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2013.

BRASIL, **Decreto-lei 2.848, de 7 de setembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

BRASIL, **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s>. Acesso em: 20 mar. 2013.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Anencefalia. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamentaln. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Voto do Min. Ricardo Lewandowski. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j. 11/04/2012j. Informativo do STF. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-fetoanencefalo.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 9.882/99**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, **Resolução n. 1989/2012**, publicada no D.O.U. de 14 de maio de 2012, Seção I, p. 308 e 309. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012.

Eufemismo a que recorrem ministros envergonha a língua e as consciências até de abortistas. In **Veja**, Blog Reinaldo Azevedo. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/eufemismo-a-que-recorrem-ministros-envergonha-a-lingua-e-as-consciencias-ate-de-abortistas/>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

KARDEC, Allan. **O livro dos espíritos**. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira. Obra disponível em <<http://www.febnet.org.br/wp-content/uploads/2012/07/135.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

Parlamento da França aprova flexibilização do direito ao aborto. **G1 Mundo**. Portal G1. Disponível em :< <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/01/franca-flexibiliza-direito-ao-aborto.html>>. Acesso em: 28 de jan. de 2014.

PINHEIRO, Aline. Maioria de países na Europa permite aborto de anencéfalo. **Consultor Jurídico**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-abr-12/maioria-paises-europeus-permite-aborto-feto-anencefalo>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

População católica cai de 64 para 57%. **Portal G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornada-mundial-da-juventude/2013/noticia/2013/07/populacao-catolica-cai-de-64-para-57-diz-datafolha.html>>. Acesso em: 23 set. 2013.

Roe v. Wade Case Brief. **4LawSchool**. Disponível em: <<http://www.4lawschool.com/conlaw/roe.shtml>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

Sant'Agostino **De nuptiis et concupiscenti Libri due**. Disponível em <http://www.augustinus.it/latino/nozze_concupiscenza/index2.htm>. Acesso em: 15 fev. 2013.

STF decide que é possível aborto de fetos anencéfalos. **Folha de São Paulo**, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1075365-stf-decide-que-nao-e-crime-o-aborto-de-fetos-anencefalos.shtml>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

The Writings of Flavius Josephus. Disponível em <http://www.biblestudytools.com/history/flavius-josephus/against-apion/book-2/chapter-1.html>. Acesso em: 15 fev. 2013.

U.S. Supreme Court. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973), Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

VILHENA, Oscar. Supremocracia. In: **Revista GV**, n. 8. São Paulo: 2008. p 441-463. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

73% da população norte-americana é composta por cristãos. Disponível em:<<http://www.pewforum.org/2012/10/09/nones-on-the-rise/>>. Acesso em: 22 abr. 2013.