

RECEBIDO EM: 05/10/2015

APROVADO EM: 05/01/2016

**RACIONALIDADE NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO:
ANÁLISE DOS PADRÕES DECISÓRIOS
E DA RAZÃO FUNDANTE DA DECISÃO
NO JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO
DE DESCUMPRIMENTO DE DIREITO
FUNDAMENTAL N.º 541**

***RATIONALITY IN THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME
COURT: ANALYSIS OF STANDARDS AND FOUNDING REASON
FOR THE DECISION IN THE TRIAL OF THE "ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL" N. 54***

Jone Fagner Rafael Maciel Correio

Procurador Federal

Procuradoria Federal no Estado do Rio Grande do Norte

Especialista em Direito Público pela UnB

Mestrando em Direito Constitucional pela UFRN

1 Trabalho finalizado na base de pesquisa Constituição Federal Brasileira e sua concretização pela Justiça Constitucional, capitaneada pelo Professor Doutor Leonardo Martins, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ADPF nº 54: o objeto da ação; 2 Suporte fático dos Direitos Fundamentais: âmbito de proteção, intervenções e delimitação para resolução de possíveis colisões; 3 A decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal: análise dos votos dos Ministros; 4 A decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal: análise dos votos dos Ministros; 4.1 Votos favoráveis à antecipação: a) suporte fático restrito; b) suporte fático amplo; 4.2 Votos contrários à interrupção; 5 A ementa do acórdão e o padrão decisório da Corte; 6 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente estudo analisa, embasado em uma hermenêutica pós-positivista dos direitos fundamentais, especialmente na concepção pertinente ao suporte fático destes direitos segundo exposto por Virgílio Afonso da Silva, os métodos ou padrões decisórios utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que tratou da antecipação terapêutica do parto dos fetos anencefálicos, de modo a avaliar a congruência dos fundamentos adotados, bem como se é possível extrair do julgado, a partir dos padrões utilizados, uma razão de decidir que confira racionalidade à atuação da Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional. Direitos fundamentais. Suporte Fático. Padrões de Decisão.

ABSTRACT: This study analyze based on the post positive hermeneutics of fundamental rights, specially in the concept of fatic support that was exposed by Virgílio Afonso da Silva, the methods and standards were utilized by judges of the Brazilian Supreme Court during the trial of the action “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” n. 54, in which argues the abortion of anencephalic fetuses, in order to evaluate the congruency adopted in the judgment, and if is possible to extract a reason from confirm the rationality of action in court based on the utilized standards.

KEYWORDS: Constitutional. Fundamental Rights. Fatic Support. Standards.

INTRODUÇÃO

O aumento da visibilidade do Supremo Tribunal Federal em vista do fato de participar de forma mais decisiva do cenário político nacional, principalmente quando é chamado a decidir questões de grande interesse e repercussão sociais, tem trazido, a reboque, críticas a uma atuação que se diz mais ativa no que se refere a questões que antes se pensavam afetas aos demais poderes Republicanos.

Essa maior visibilidade do Supremo Tribunal tem por causa a alteração respeitante ao significado emprestado ao texto Constitucional, que de mero enunciado de programas a serem cumpridos na medida das possibilidades e conveniências dos poderes políticos, passou a desempenhar função normativa²⁻³ e, portanto, cogente, sendo deslocado para o ponto de referência (ápice ou centro) do sistema normativo⁴.

Assim, se se promove a alteração do sentido pertinente à função da Constituição, cria-se, conseqüentemente, a demanda pela previsão de mecanismos de proteção e garantia de sua normatividade⁵⁻⁶, o que se faz na esteira de novos métodos de interpretação constitucional para além daqueles outrora considerados clássicos, o que confere um novo relevo e importância aos Tribunais e Cortes Constitucionais, eis que são trazidos

2 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

3 MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 45.

4 Para uma breve abordagem do fenômeno de constitucionalização do direito, Cf. SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. Cf. SARMENTO, Daniel (coordenador). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

5 Segundo HESSE, (In: BENDA, Ernesto et all. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madri: Martial Pons, 2001. p.102): “[...] para que a situação jurídica regulada como direito fundamental se torne real e efetiva no seio da sociedade, faz-se necessário estabelecer por toda parte não só estabelecer regulações materiais mais minuciosas, mas também prever formas de organização e normas de procedimento. [...] Frequentemente se creditam à organização e ao procedimento a qualificação de meios para alcançar um resultado conforme os direitos fundamentais e, desse modo, eficazmente assegura-los sob as atuais circunstâncias”. Tradução livre.

6 Leonardo Martins nos dá uma visão interessante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e na literatura jurídica alemã especializada, especificando três aspectos ou funções decorrentes dessa concepção, sendo elas: o caráter de normas de competência; a de vetor de interpretação e de configuração do direito infraconstitucional; e ao “*dever estatal de tutela*”, indo este último “*desde um dever de mera prevenção de riscos, passando por um dever de promoção da segurança, chegando a um dever absoluto de proibição de conduta a ser imposta pelo Estado*” (Cf. MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 63).

ao cenário desses órgãos questões que antes lhes eram consideradas estranhas até mesmo pelo senso comum teórico-jurídico.

Ocorre que se maiores poderes são conferidos aos Tribunais ou Cortes Constitucionais em decorrência da normatividade e centralidade conferida à Constituição, maiores também são as responsabilidades desses órgãos quanto àquilo que decidem e, principalmente, sobre os motivos que os levaram a decidir em tal ou qual sentido, eis que muitas questões discutidas decorrem de situações de alta controvérsia social, por conterem fortes apelos morais – ainda que seja o direito, e não a moral, o fundamento para a tomada de decisão –, de modo que se exige a maior racionalidade possível da Corte quanto não só ao resultado do julgamento, mas ao percurso traçado até a ele chegar, racionalidade que deve fornecer à sociedade e também aos demais órgãos que compõem o judiciário a razão determinante para a tomada de decisões.

Nesse contexto, procuraremos fazer uma análise dessa responsabilidade decisória exigida do Supremo Tribunal Federal, mas limitaremos o nosso campo de observação para avaliarmos *apenas os padrões decisórios* (métodos de interpretação) utilizados pelos ministros quando da decisão do mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, que cuidou da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos (ou do aborto dos fetos anencefálicos), de modo a avaliarmos a congruência dos argumentos utilizados para formação de uma razão fundante que levou a Corte a decidir pela possibilidade da interrupção da gravidez.

Para tanto, faz-se necessário tecermos, ainda que de forma breve, comentários pertinentes ao suporte fático dos direitos fundamentais, bem como o seu âmbito de proteção, restrições e delimitações, o que faremos com base na exposição feita por Virgílio Afonso da Silva⁷, notadamente quanto à incompatibilidade de teorias pertinentes à concepção do suporte fático dos direitos fundamentais, eleição que tem por fundamento o fato de a definição teórico-dogmática utilizada pela Corte quando da interpretação/aplicação do direito se afigurar de suma importância para análise da logicidade de sua atuação⁸.

7 Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

8 A análise aqui empreendida, a partir da concepção de suporte fático exposta por Virgílio Afonso da Silva – que se embasa, por sua vez, na teoria dos princípios ou dos direitos fundamentais (Alexy) e a estruturante do direito (Müller) –, se insere em um contexto nominado de pós-positivista, ou seja, de reação ao método positivista, que poderia ser caracterizado por sua lógica formal-dedutivista de compreensão do fenômeno

Ressalte-se, por fim, que a análise a ser empreendida não se voltará para o conteúdo em si da decisão, ou seja, se foi ou não correto o resultado do julgado ou se o objeto discutido e a decisão proferida encontravam-se dentro dos limites de possibilidade respeitantes à competência constitucionalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal, mas sim se a Corte se desincumbiu da responsabilidade de fixar padrões decisórios seguros e se os padrões adotados, caso existam mais de um, afiguraram-se compatíveis entre si.

1 A ADPF Nº 54: O OBJETO DA AÇÃO

A interpretação conferida pelos diversos juízes e tribunais brasileiros às causas de justificação contidas nos incisos I e II do art. 128 do Código Penal, de modo a excluir a ilicitude das condutas abortivas apenas nos casos descritos nos preceitos indicados (estupro ou risco de morte à gestante) levou a Confederação Nacional dos Profissionais na Saúde a propor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, por meio da qual suscitou a inconstitucionalidade da referida interpretação, ao argumento de que ela vulneraria preceitos fundamentais, uma vez que a antecipação terapêutica dos fetos anencefálicos *não configuraria aborto* e, portanto, estaria *fora do âmbito de incidência do preceito punitivo* contido nos artigos 124 e 126, ambos do CP, de modo que todos que participassem e/ou consentissem com a sua realização não poderiam ser criminalmente punidos.

Os fundamentos jurídicos para indicar o cabimento da arguição no STF foram, além dos demais pressupostos formais de cabimento da ação, a vulneração: ao princípio da dignidade humana (art. 1º, IV); a cláusula geral de liberdade, extraível do princípio da legalidade (art. 5º, II) e o direito à saúde (art. 6º e 196), todos, evidentemente, contidos no texto constitucional, postulando a arguente que fosse declarada a inconstitucionalidade da interpretação que entendia proibida pelos artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro a antecipação do parto dos fetos anencefálicos.

jurídico; pela negação da justificação do direito em bases metafísicas; pela consideração dos métodos clássicos de interpretação propostos pela escola histórica de Savigny (elementos lógico, gramatical, histórico e sistêmico) como prestantes à solução de todas as controvérsias existentes quanto aos limites de possibilidade do direito; pela separação entre direito e moral e, portanto, de fechamento para uma dimensão prática e valorativa. Cf. CARMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Para uma análise dos métodos de interpretação sistematizada por Savigny, Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997. Para uma crítica pertinente a métodos mais prestantes Cf. SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

Ao lado dessas informações, exsurge uma que se nos apresenta como primordial para análise da forma como decidida a questão pelos ministros e, posteriormente, para a verificação da razão de decidir que os levaram a julgar procedente o pedido formulado, informação que diz respeito ao fato de o autor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) partir de uma conceituação precisa no que concerne ao direito à vida, tendo em vista o fato de considerar, na situação, que a antecipação terapêutica “situa-se no domínio da medicina e do senso comum, sem suscitar quaisquer escolhas morais envolvidas na interrupção voluntária de gravidez viável”.

Isso porque sustenta, em virtude da *inviabilidade absoluta* da vida extrauterina do feto anencefálico, que se ele eventualmente nascer, haja vista a grande ocorrência de mortes intrauterinas, morrerá tão logo ocorra o parto (certeza que afirma incontestada), de forma que ausente se afiguraria a configuração da hipótese normativamente prevista para incidir na espécie o tipo incriminador contido nos artigos 124 e 126 do CP.

Assim, na situação, e segundo essa linha de raciocínio, não haveria dilemas morais e/ou direitos em conflito, defluindo da situação apenas vulnerações aos direitos fundamentais da gestante, que se via obrigada, segundo a interpretação que parcela considerável do judiciário brasileiro emprestava aos preceitos constitucionais e penais indicados, a gerar um feto *predeterminado* ao óbito.

Essa delimitação do objeto de discussão, pela autora da ação, importaria verificar se o âmbito de proteção do direito à vida contido no art. 5º, *caput*, da Constituição resguardaria o direito do feto anencefalo, ou, ao contrário, se haveria na situação vulnerações apenas aos direitos da gestante em virtude de uma ação interventiva do Estado (legislativa e/ou judicial), a merecer, portanto, o devido controle de constitucionalidade, sendo, pois, necessário, fixar o suporte fático dos direitos em análise, seu âmbito de proteção, restrições, intervenções e suas justificações constitucionais⁹.

9 Uma análise mais analítica e promotora de segurança jurídica, inclusive para fixação do parâmetro de análise dos direitos fundamentais, pode ser realizada a partir da concepção liberal dos direitos fundamentais mediante a aplicação da regra da proporcionalidade *lato sensu* (que afasta a aplicação do critério do sopesamento ou proporcionalidade em sentido estrito). Cf. DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

2 SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ÂMBITO DE PROTEÇÃO, INTERVENÇÕES E DELIMITAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DE POSSÍVEIS COLISÕES

A análise do que se pode conceber como o suporte fático dos direitos fundamentais; o que protege; contra quem; as possíveis restrições ou intervenções, se afigura importante para a correta avaliação das teorias pertinentes à resolução de questões que tenham por base situações fáticas protegidas, ainda que *prima facie*, por direitos fundamentais, pois é somente a partir da fixação de balizas precisas que se conseguirá um mínimo de racionalidade decisória na solução de questões constitucionais¹⁰.

Embora faça distinção entre *suporte fático* e *âmbito de proteção* dos direitos fundamentais a depender da norma de direito fundamental que se trate (direitos de defesa, normas permissivas, direitos a prestações), Robert Alexy afirma existir entre os dois conceitos, quando estejam a ser analisados como contraparte ao conceito de restrição, a similaridade de garantirem o que será protegido *prima facie*¹¹, sem tomar em conta as possíveis restrições, tanto que afirmou essa proximidade especificamente nessa contraposição às possíveis limitações que poderiam sofrer.

Prossegue Alexy afirmando que se em relação às normas permissivas dos direitos fundamentais não teríamos tantas dificuldades, sendo possível a construção do suporte fático de determinado direito fundamental de modo a nele inserir todas as condutas que o realizariam, havendo assim uma coincidência entre o âmbito do protegido e o suporte fático, dessa construção podendo, ainda, dessumir-se o bem ou o interesse protegido¹², essa facilidade não se repetiria no que

10 Segundo Virgílio Afonso da Silva: "A forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por *suporte fático*; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático". Op. Cit. Malheiros, 2009. p. 68.

11 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 302.

12 *Ibidem*, p. 303.

concerne aos direitos de defesa¹³⁻¹⁴, sendo, pois, recomendável quanto a eles a inserção das possíveis intervenções que poderia o direito fundamental sofrer no conceito de suporte fático.

Tal construção se faria necessária na medida em que o âmbito de proteção *prima facie* depende tanto do conceito do suporte fático de determinado direito fundamental, como do conceito de bem protegido e da extensão do conceito de intervenção¹⁵, de modo que ainda que se tenha uma concepção elastecida respeitante ao bem ou interesse protegido, a inserção do conceito de intervenção no conceito de suporte fático pode terminar por restringi-lo¹⁶. Contudo, a congruência entre suporte fático e âmbito de proteção, nessa construção (inserção do conceito de intervenção no de suporte fático), obter-se-á a partir da atribuição de um sentido amplo ao âmbito de proteção, de modo a nele integrar tudo o que seja, referente a um determinado direito fundamental de resistência (direito negativo ou de defesa), proibido *prima facie*¹⁷.

Essa concepção é bem explicitada – e também parcialmente criticada – por Virgílio Afonso da Silva, pois afirma o autor brasileiro que Alexy não acrescenta à composição de suporte fático (âmbito de proteção e intervenção) o critério de contraposição pertinente à fundamentação constitucional da intervenção¹⁸. Para Virgílio Afonso

13 Embora não haja concordância doutrinária quanto ao que se possa conceber como direitos de defesa, Alexy discorda da sua identificação com aqueles que se inserem como integrantes ou formadores do *status negativus* dos direitos fundamentais na relação entre cidadão e Estado, segundo a teoria dos *status* de Jellinek, como se vê da seguinte passagem de sua teoria dos direitos fundamentais: “Quando se fala, na literatura, em *status negativus*, faz-se menção, na maioria das vezes, aos direitos de defesa, ou seja, aos direitos, em face do Estado, a ações negativas. No entanto, isso seria contraditório com as considerações feitas por Jellinek”. Para ele, os direitos de defesa podem ser divididos em três grupos: “O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito” (In: ALEXY, op. cit. p. 258 e 196). Em sentido contrário, Gilmar Mendes faz essa ligação direta entre *status negativus*, segundo a teoria de Jellinek, e direitos de defesa. In: MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.

14 Para uma caracterização dos direitos fundamentais como direitos de resistência (e não de defesa), Cf. MARTINS, op. cit.

15 ALEXY, op. cit. p. 305.

16 *Ibidem*, p. 305.

17 *Ibidem*, p. 306.

18 – E aqui reside a crítica de Virgílio Afonso da Silva, pois ele não concebe a formulação de Alexy respeitante à conceituação do suporte fático sem nele inserir o conceito de fundamentação constitucional da intervenção, aventando, assim, dois problemas: um respeitante à definição em si do conceito de suporte fático, que não deveria limitar-se a junção de âmbito de proteção e intervenção estatal, mas englobar conjuntamente a

da Silva, a concepção de suporte fático engloba o âmbito de proteção, a intervenção e a justificação constitucional¹⁹.

A construção feita por Alexy baseia-se na “relação entre os conceitos de intervenção, de bem protegido, de restrição e de proibição definitiva *prima facie* (direito definitivo e *prima facie*)”, relações essas expressas por meio de duas leis, as quais denomina de *leis de intervenção*, e de *duas contraposições*²⁰, sendo elas:

(I) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental são *prima facie* proibidas pelo direito fundamental.

(II) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental, e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente proibidas pelo direito fundamental.

(I') Todas as medidas que não sejam *prima facie* proibidas pelos direitos fundamentais não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental.

(II') Todas as medidas que não sejam definitivamente proibidas pelos direitos fundamentais ou não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental ou estão justificadas por meio de uma restrição.²¹

A teoria de Alexy aceita a existência de colisão entre direitos fundamentais, pois como tem por pressuposta a amplitude do suporte fático de modo a abarcar *prima facie* todos os bens (ações, estados ou posições) protegidos e que possam ser inseridos no âmbito de proteção de um direito fundamental, inevitavelmente anui com a situação de possíveis choques entre direitos numa situação concreta de aplicação e que eventualmente se contraponham, voltando sua análise para o conceito de intervenção, a partir de sua justificação constitucional, pois será nessa análise que se

fundamentação constitucional; outro de ordem lógico-fórmula, pois essa fundamentação constitucional incide apenas em um dos fatores, a intervenção estatal, e não em todos que compõem a operação. Cf. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 74/75.

19 Ibidem, 73/74.

20 ALEXY, op. cit., p. 306.

21 Ibidem, p. 306.

determinará o que será ou não definitivamente protegido, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas.

Da análise dessa concepção, bem como das leis de intervenção e contraposições logo acima transcritas, e cotejando-as com o objeto da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental proposta pertinente ao direito à interrupção da gravidez quando estiver a mulher a gestar um feto anencefálico, a procedência do pedido decorreria, a partir da concepção de um suporte fático amplo e da aceitação de uma colisão de direitos fundamentais, da resposta ao seguinte problema:

Na situação concreta de aplicação, pertinente à gestação dos fetos anencefálicos, sendo eles titulares *prima facie* do direito à vida pelo que consta do art. 5º, *caput*, da Constituição (o suporte fático é amplo), e sendo às gestantes conferido também *prima facie* o direito à dignidade, liberdade e saúde, a decisão quanto ao direito definitivamente protegido deve se dar, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, por meio de uma análise feita a partir do princípio da proporcionalidade, mediante a avaliação da adequação, necessidade e, quando da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), do grau de não satisfação ou interferência do princípio com menor peso, do grau de satisfação daquele de maior peso, e, por fim, do grau de importância da prevalência daquele possuidor de maior peso, que justificará a não satisfação daquele outro.²²

Essa, todavia, lembremos, não era a concepção defendida na inicial da ADPF, pois parte a autora da ação de uma concepção *restrita* (quanto ao suporte fático) pertinente ao direito fundamental à vida, protegido pelo art. 5º, *caput*, da CF, tanto que arguiu não haver na situação debatida escolhas ou dilemas morais, uma vez o bem jurídico *vida* não estaria sofrendo quaisquer restrições e, portanto, não ingressaria na discussão pertinente à possibilidade da antecipação terapêutica do parto, não constituindo, pois, intervenção em um bem protegido por um direito fundamental. Da inicial da ADPF colhe-se a argumentação abaixo, que evidencia essa concepção:

No início desta peça, mencionou-se que a hipótese aqui em exame não envolve os elementos discutidos quando o tema é aborto. De fato, a discussão jurídica acerca da interrupção da gravidez de um feto

22 Para Alexy: "A lei de ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três passos. No primeiro passo é preciso definir o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios. Em seguida, no segundo passo, se define a importância da satisfação do princípio contrário. Finalmente, no terceiro passo, deve definir-se a importância de satisfação do princípio contrário justifica a afetação ou a não satisfação do outro" (tradução livre). In: *Epilogo a la Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios, 2004. p. 49.

viável envolve ponderação de bens supostamente em tensão: de um lado, a potencialidade da vida do nascituro e, do outro, a liberdade e autonomia individuais da gestante. Como já referido, no caso de feto anencéfalo, há certeza científica de que o feto não tem potencialidade de vida extrauterina.²³

Assim, o bem vida juridicamente protegido para a arguente em relação aos fetos exigiria a determinação científica de sua *potencial viabilidade extrauterina*, de modo que, em não havendo, ou seja, ao se ter um prognóstico científico com indiscutível margem de certeza pertinente à inviabilidade da vida extrauterina do feto, o âmbito de proteção do direito à vida resguardado pela Constituição não o protegeria.

Isso fez com que toda a argumentação desenvolvida mirasse apenas em direção aos direitos da gestante, que, segundo alegado, estariam sendo vulnerados ao se vedar a interrupção da gravidez.

Ou seja, fetos portadores de diagnósticos severos quanto à *potencial viabilidade extrauterina* estariam excluídos do âmbito de proteção do direito à vida, de modo que a inviolabilidade garantida pelo texto constitucional (art. 5º, *caput*) e a proteção conferida pela criminalização de condutas atentatórias a esse direito não o resguardariam²⁴. Para a autora da ação, a resolução dar-se-ia pela análise da seguinte hipótese:

Se o direito à antecipação do parto de fetos anencefálicos é protegido pelo âmbito de proteção do princípio da dignidade, do direito de liberdade e do direito à saúde da gestante, e inexistente uma fundamentação constitucional apta a justificar a intervenção estatal respeitante à

23 Trecho retirado da petição inicial da ADPF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 03 out. 2015.

24 A tipificação penal de condutas demonstra uma das faces dos direitos fundamentais dirigidos ao Estado, que não deve limitar-se a não intervir injustificadamente em determinados bens juridicamente protegidos, mas promover a sua proteção mediante a criação de instrumentos que garantam a não intervenção também de terceiros. Nesse sentido: MENDES, op. cit., p. 11/12. HESSE, op. cit., p. 104: “O ponto de partida foi a teoria dos direitos fundamentais como princípios objetivos (cf. número marginal 23) que obrigam o Estado a dispor dos meios necessários para torná-los efetivos. Por conseguinte, dos direitos fundamentais pode resultar diretamente uma obrigação estatal de preservar um bem jurídico protegido mediante os direitos fundamentais contra lesões e ameaças provenientes de terceiros, sobretudo de caráter privado, mas também de outros Estados, isto é, de pessoas e poderes que não são destinatários de direitos fundamentais. Essa obrigação tem uma importância prática sobretudo em se tratando dos direitos fundamentais à vida e à integridade física (art. 2º GG), assim como à proteção do nascituro, à proteção ante os danos derivados da energia nuclear, à proteção em razão de prejuízos produzidos pelo ruído do tráfego aéreo e viário, ou ante os riscos derivados do depósito de armas químicas”. Sobre o tema Cf. também MARTINS, op. cit.

criminalização desse proceder, tal como tipificado nos arts. 124 e 126, ambos do CP, a consequência seria a necessidade de se determinar a cessação dessa intervenção inconstitucional, ou seja, a declaração da inconstitucionalidade da criminalização da antecipação terapêutica.²⁵

Vê-se, portanto, que o suporte fático descrito pela autora da ação mais se assemelha ao daqueles que defendem a delimitação²⁶ dos direitos fundamentais, de modo a traçar-lhes o conteúdo e, portanto, limites de proteção, e que consideram inaplicável, por qual motivo for, a doutrina da ponderação ou sopesamento.

Segundo exposto por Virgílio Afonso da Silva, um dos maiores defensores da concepção de um suporte fático restrito pertinente aos direitos fundamentais é Friedrich Müller, que apoiado em sua complexa teoria estruturante (e os seus conceitos de programa normativo e âmbito normativo), promove a classificação da reserva da natureza jurídica dos direitos fundamentais como delimitador do conteúdo do direito fundamental, como nos dá conta Alexy na seguinte passagem:

De acordo com Müller, contudo, essa ‘reserva da qualidade jurídica’ não significa de forma alguma que todas as normas de direito fundamentais ou têm uma cláusula de restrição escrita ou devem ser providas com uma cláusula não-escrita. Isso é exatamente o que ele rejeita taxativamente. Na verdade, o que se afirma é que ‘à garantia de cada direito fundamental são impostos limites materiais, em razão de sua qualidade jurídica’. Por isso, de acordo com a ‘concepção de norma, [que subjaz à sua teoria] [...] a definição dos limites das garantias materiais dos direitos fundamentais, [...] não é feita por meio de anexos não-escritos, mas por meio de um conteúdo normativo expresso, isto é, da *extensão material-normativa* do *âmbito normativo* formulado, sugerido [...] ou inequivocamente pressuposto pelo texto do dispositivo’. ‘A definição de ‘limites’ e a definição de ‘conteúdos’ deve, portanto, ‘expressar substancialmente a mesma coisa’. ‘A questão dogmática primária não [deve ser] de forma alguma a maneira pela qual um direito fundamental pode ser restringido, mas sim o quão extenso é o seu

25 Ao que se nos parece, no caso, somente seria possível declarar inconstitucional a omissão legislativa em não adicionar mais uma causa de justificação permissiva da interrupção da gravidez, pois não se poderia considerar a antecipação propugnada como já inserida nas textuais hipóteses constantes do art. 128, I e II, do CP. Assim, o suporte fático dos direitos da gestante seria composto pelo âmbito do protegido e pela ausência de justificação constitucional da intervenção estatal nesses direitos, que criminalizariam a conduta daquelas que quisessem promover a antecipação do parto.

26 SILVA, op. cit., p. 86

conteúdo de validade, a ser desenvolvido a partir da garantia do *âmbito da norma* [...] e de sua expressão por meio do programa normativo do direito fundamental”.²⁷

Uma das exemplificações da delimitação dos direitos fundamentais é o caso do pintor que pretende exercer a sua arte em um cruzamento movimentado, de forma que se a atividade de pintar está compreendida no programa normativo pertinente à liberdade artística, o seu exercício em um cruzamento não está protegido por esse mesmo direito, de modo que a solução não se daria por uma eventual ponderação dos valores envolvidos, mas pela simples delimitação dos contornos do direito fundamental, que extrairia do seu âmbito normativo a atividade que com ele não possuiria uma conexão material²⁸.

Dessa forma, para aqueles que partem de um suporte fático restrito pertinente aos direitos fundamentais, especificamente para o caso em debate, se a posição dos anencéfalos não se inserir no âmbito do definitivamente protegido pelo direito fundamental à vida, ou seja, se aquelas situações presentes no contexto social e que foram previamente selecionadas pelo programa normativo como áreas a serem normatizadas não abarcarem a situação dos anencéfalos, a resolução da situação já se encontra definida pela própria estrutura dos direitos fundamentais, o que tornaria prescindível qualquer consideração pertinente a uma pretensa colisão a ser solucionada por critérios valorativos de escolhas, como se dá na ponderação.

A exposição, ainda que breve, dessas duas concepções respeitantes à teoria dos direitos fundamentais, notadamente no que pertinente ao conceito de suporte fático, tem por meta evidenciar a forma como respondem à pergunta pertinente ao que é protegido por um determinado direito fundamental, pois para os que aderem a uma concepção de suporte restrito, a definição deste já é a definição “*daquilo que é definitivamente protegido*”, enquanto para os defensores de um suporte amplo, “*definir o que é protegido é apenas um primeiro passo*”²⁹, pois as situações concretas da vida é que, ao serem analisadas, viabilizarão a determinação quanto ao que é definitivamente protegido³⁰.

27 ALEXY, op. cit., p. 310-311.

28 Ibidem, p. 313.

29 SILVA, op. cit., p. 109.

30 Ibidem, p. 109.

Conseqüentemente, percebe-se a discordância fundamental entre os seus pressupostos, de modo que não podem ser consideradas intercambiáveis, mas mais propriamente excludentes, bastando atentar que, para Müller, o sopesamento é “*um método irracional, uma mistura de ‘sugestionamento lingüístico’, ‘pré-compreensões mal-esclarecidas’ e ‘envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos’*”³¹.

3 A DECISÃO DE MÉRITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS

Fixado o objeto da ação; a premissa que partiu a autora da ação para considerar constitucionalmente autorizada a interrupção e, conseqüentemente, proibida constitucionalmente a criminalização da conduta descrita; as teorias respeitantes ao que se pode entender como pertinente ao suporte fático dos direitos fundamentais e a forma como buscam solucionar questões práticas, analisaremos agora os argumentos deduzidos por cada ministro da Suprema Corte brasileira mediante uma divisão que nos possibilite averiguar os métodos que fundamentaram a decisão que proferiram.

Para tanto, promoveremos a divisão entre os ministros que julgaram procedente o pedido e aqueles que julgaram improcedente. Depois, buscaremos identificar as teses concordantes em cada um desses dois grupos, bem como as teses que foram esboçadas por apenas um ministro. Somente depois, mediante a análise do conjunto do julgado, respeitante aos fundamentos utilizados, a conclusão individual de cada ministro (o dispositivo do voto) e a ementa do acórdão, promoveremos a análise que nos lançamos no presente estudo.

3.1 Votos favoráveis à antecipação

a) Suporte fático restrito

A premissa pertinente a uma concepção restrita do direito à vida, de modo a ligá-lo a um necessário *potencial de viabilidade extrauterina* para que pudesse ser o feto dele titular, tal como descrito no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal e, conseqüentemente, vítima do crime cuja proibição vem descrita nos artigos 124 e 126 do CP, foi a adotada pelo Ministro Marco Aurélio, tanto que inicia o seu voto afirmando que a ausência de cérebro e a *inviabilidade extrauterina da vida*, uma vez que a totalidade

31 MÜLLER, Friedrich *apud* SILVA, op. cit. p. 137.

dos fetos anencefálicos morreriam no curso da gravidez ou logo após a cirurgia de retirada do útero materno, seriam fatores suficientes para firmar a premissa da ausência de direito à vida³², de modo que haveria na situação um *conflito apenas aparente, mas não real*, entre *direitos fundamentais*.

Por decorrência, ter-se-ia apenas uma situação de ordem fática (gestação de um anencéfalo), que não integraria o suporte fático específico do direito fundamental à vida que tornasse o feto, por isso, merecedor de sua proteção, e os direitos de dignidade, liberdade e personalidade da gestante³³, que a ela possibilitariam a antecipação terapêutica do parto³⁴.

Assim, não havendo *potencialidade* do feto anencefálico *tornar-se pessoa*, o direito à vida e outros também considerados fundamentais para o nosso sistema constitucional não o protegeriam, desaguando, por idêntico fundamento, na impossibilidade de se invocar a norma penal incriminadora do aborto para proteção de um bem jurídico não tutelado, até porque, na situação, restaria ausente um dos elementos do tipo penal. Ou seja, para o Ministro Marco Aurélio, “*a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana*” é que faz merecer a proteção constitucional e infraconstitucional garantida pela inviolabilidade do direito à vida resguardado no art. 5º,

32 “Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natumorto cerebral*. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida”. (Min. Marco Aurélio. ADPF nº 54, julgamento de mérito).

33 “Relatos como esse evidenciam que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito”. (Min. Marco Aurélio. ADPF nº 54, julgamento de mérito).

34 “[...] destaco dois trechos. No primeiro, este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétreia está falando de direitos e garantias do *indivíduo-pessoa*, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’. É certo, Senhor Presidente, que, no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa. No segundo trecho, este Tribunal assentou que ‘a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica’. Ora, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher, como se verá adiante”.

caput, da CF, potencialidade essa que, ausente no anencéfalo, o excluiria do suporte fático do citado direito e, logicamente, afastaria a incidência do tipo penal.

Extraí-se de fundamental dessa passagem contida no voto do relator, Ministro Marco Aurélio, que não é toda e qualquer expressão daquilo que se poderia conceber como vida que receberia uma proteção contra quaisquer intervenções ou restrições, em vista do fato de inserir no conceito daquilo que entendeu como pertinente ao direito à vida a “potencialidade para se tornar [ou para se manter] pessoa humana”.

Da fundamentação do voto do Ministro Ayres Britto não é possível extrair de forma clara se ele concebe o direito à vida como não protetor do anencéfalo (suporte restrito), ou se a crueza da situação imposta à mãe de gestar um feto predeterminado ao óbito seria tão ignominiosa quanto à situação de se impor a gestante a obrigação de gerir um filho fruto de um estupro (argumentos tópicos), o que permitiria, tal como nas causas de justificação contidas no art. 128 do CP, a antecipação terapêutica (suporte amplo). Todavia, da conclusão do voto é possível verificar ter ele partido de um suporte fático restrito, pois julgou procedente o pedido para declarar inconstitucional a interpretação “segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, I e II do Código Penal brasileiro”.

Como tipicidade e culpabilidade são conceitos juridicamente distintos, ainda que ambos, ao final, determinem se uma ação pode ou não ser considerada como crime³⁵, somente se poderia afirmar atípica uma conduta caso se considerasse ausente um dos elementos (subjettivos, objetivos, descritivos ou normativos³⁶) do tipo, que, na situação em análise, seria a ausência de violação ao bem jurídico protegido pelo preceito incriminador (*vida*, já que o tipo proíbe a realização do *aborto*), de modo que a argumentação evidencia a adoção, pelo Min. Ayres Britto, de uma concepção restrita do suporte fático pertine ao direito à vida³⁷.

35 Para um conceito tripartite do fato punível: SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

36 SANTOS, op. cit., p. 39.

37 “O que já importa proclamar que se a gravidez ‘é destinada ao nada – a figuração é do Ministro Sepúlveda Pertence – sua voluntária interrupção é penalmente atípica, já não corresponde a um fato-típico legal, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana *in fieri*, donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: se a criminalização do

A concepção do direito à vida mediante a utilização de um suporte fático restrito também foi a premissa utilizada pela Ministra Rosa Weber, para quem, “Independente da genética humana, só é ser humano vivo para os fins do Direito o organismo que possa vir a desenvolver as capacidades mínimas intrínsecas aos seres humanos”³⁸.

A afirmação de que se teria na situação um *conflito aparente*, mas *não real*, entre *direitos fundamentais*, também constou do voto da Ministra Cármen Lúcia, embora tenha ela direcionado sua análise ao conceito de restrição, ao fundamentar que o próprio sistema jurídico brasileiro, por força da Lei nº 9.434/97, teria fixado a morte encefálica como o evento possibilitador da deflagração do procedimento de retirada de órgãos para fins de transplante. Assim, se a morte encefálica estipula um termo jurídico para fins de consideração da morte de uma pessoa, àquela que desde a concepção é de cérebro desprovida não poderia ser considerada viva, de modo que um dos elementos necessários à caracterização do tipo penal constante dos artigos 124 e 126 do CP estaria ausente³⁹.

Ou seja, o suporte fático respeitante ao direito à vida teria o seu âmbito de abrangência restrito por ação do legislador ordinário (restrição que deveria pressupor a sua justificação constitucional), de modo que o sistema não poderia ser portador de tamanha contradição ao considerar dois eventos com idênticas consequências fáticas como produtores de soluções jurídicas distintas.

aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer” (Min. Ayres Britto, ADPF n. 54).

38 “[...] a tendência do uso semântico do conceito de vida no Direito está relacionado com critérios voltados às ideias de dignidade, viabilidade de desenvolvimento e presença de características mentais de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade e não apenas atos reflexos e atividade referente ao desenvolvimento unicamente biológico. Diante disso, é de se reconhecer que merecem endosso os posicionamentos de não caber a anencefalia no conceito de aborto. O crime de aborto diz respeito à interrupção de uma vida em desenvolvimento que possa ser uma vida com algum grau de complexidade psíquica, de desenvolvimento da subjetividade, da consciência e de relações intersubjetivas” (Min. Rosa Weber).

39 “O que se tem, pois, diante de todos os elementos da medicina e do direito brasileiro é conflito normativo aparente, por se permitir o transplante de órgãos quando detectada a morte cerebral (antecedido pela “autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a ordem sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusivo” - art. 4º da Lei n. 9.434/97) e não incluir nas excludentes de ilicitude o aborto do feto que apresentar ausência do encéfalo. [...] Desde que a Lei n. 9.434/97 dispôs que o diagnóstico de morte encefálica seria o marco para declarar-se determinada pessoa como morta, o aborto do feto desprovido do encéfalo sequer poderia ser considerado conduta penal típica, porque se teria verdadeiro crime impossível em face da absoluta impropriedade daquele sobre o qual recai a conduta do agente, a saber, o feto morto, porque anencefalo.” (Min. Cármen Lúcia).

Essa linha de raciocínio também foi a adotada pelo Ministro Celso de Mello, eis que um dos fundamentos utilizados foi o fato de o próprio sistema normativo considerar a ausência de atividade cerebral um evento produtor de efeitos jurídicos, no caso, a consideração da morte para fins de doação de órgãos, de modo que em vista dessa concepção legal, por uma interpretação *a contrario*, ter-se-ia o marco definidor do início da vida, tese que melhor se assemelharia a uma restrição do âmbito de abrangência dos direitos fundamentais.

Essa definição decorre do fato de, em passagem do voto, não ter considerado o feto como titular do direito à vida contido no art. 5º, *caput*, da CF. Para ele, se o suporte fático é restrito, de modo a não abarcar os fetos portadores de anencefalia (e outros com deformidades genéticas inviabilizadoras da vida extrauterina), o direito à vida não resguardaria a situação fática do ser que se encontra no útero da gestante, não havendo, pois, incidência do tipo pela ausência de uma de suas elementares⁴⁰.

Temos, pois, aqui, a definição, para os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Rosa Weber e Celso de Mello, do suporte fático pertinente ao direito à vida protegido pelo art. 5º, *caput*, da CF, respeitante à proteção dos fetos, e, portanto, do que seria *definitivamente* protegido, pois o direito à vida somente resguardaria aqueles com *potencial vida extrauterina*, a eles aderindo a Ministra Cármen Lúcia quanto a uma consideração mais estreita, pois excluiria apenas os anencefálicos, uma vez que seriam considerados juridicamente mortos.

b) Suporte fático amplo

Não obstante a utilização de um suporte fático restrito, os Ministros Marco Aurélio⁴¹, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Celso de Mello, também

40 “*Vale fazer, neste ponto, algumas considerações em torno das relações entre o estado de anencefalia e o direito penal, com o objetivo de demonstrar que o conceito de antecipação terapêutica do parto, porque destituído de tipicidade penal, não se subsume à ideia de aborto. Com efeito, evidencia-se, no caso, para efeitos criminais, a caracterização de absoluta impropriedade do objeto, eis que inexistente organismo cuja integridade deva ser protegida pela legislação penal, pois, segundo o Conselho Federal de Medicina, o anencéfalo qualifica-se como “natimorto cerebral”, vale dizer, o feto revela-se organismo destituído de viabilidade e de autonomia existencial em ambiente extrauterino, ou seja, torna-se lamentavelmente plena a certeza de letalidade, seja no curso de processo de gestação, seja no momento do nascimento, seja, ainda, em alguns minutos, horas ou dias após o parto. Isso significa, presente tal situação, que não se mostra configurado o próprio objeto material do tipo penal, a tornar evidente a ausência de tipicidade penal da própria conduta da mulher gestante e de quem a auxilie no procedimento de antecipação terapêutica de parto*” (Min. Celso de Mello). Grifos constam do original

41 O Min. Marco Aurélio, embora fixe que o feto não tem sua situação resguardada pelo direito à vida, faz a ponderação como se tivesse que firmar teses eventuais.

fizeram uso da teoria dos princípios, precisamente da técnica da ponderação, pois em parte de seus votos aceitaram a tese de que o direito à vida protegeria os fetos anencéfalos, mas que esse direito, quando em colisão com os das mães, cederia força, mediante a ponderação dos interesses envolvidos. E como antes se pôde inferir, não poderiam considerar existente essa colisão entre direitos fundamentais sem que partissem da tese pertinente a um suporte fático amplo referente aos direitos dos fetos anencéfalos e, portanto, rejeitassem a tese de um suporte restrito, uma vez que “aceitar os pressupostos teóricos da teoria dos princípios nos moldes desenvolvidos por Alexy implica necessariamente a rejeição das teorias restritas sobre o suporte fático”⁴².

Para o Min. Marco Aurélio,

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX.

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado.

No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

A Min. Rosa Weber analisa o feito também mediante a aplicação da técnica da ponderação, considerando o direito à vida como possuidor de um suporte fático e de um âmbito de proteção amplos, de modo que teria proteção *prima facie* frente a possíveis intervenções ou interferências⁴³,

⁴² SILVA, op. cit. p. 67.

⁴³ “Já os princípios, para uma parte da teoria do direito contemporâneo, são normas de otimização de condutas, que procuram realizar os valores da justiça e da vida boa (no sentido já descrito) em sociedade. São preceitos, portanto, que só ganham concretude diante de casos concretos, pois são incapazes de determinar quais condutas exatamente estão sendo reguladas em abstrato. [...] Em razão dessa estrutura, os princípios, por si

diferindo apenas quanto ao fato de não contrapor os direitos (ou valores, como ela nomina) envolvidos, mas aplicar essa técnica mediante a ponderação das razões jurídicas⁴⁴, pois da argumentação é que se encontraria intersubjetivamente a solução justa para decidir a situação, método que permitiria a realização do controle por parte da comunidade quanto ao que levou a Corte a decidir em um ou outro sentido, e não segundo as concepções subjetivas de cada julgador⁴⁵.

Em outra passagem, aduz que a legislação já traria como possível a realização do aborto em determinadas situações (art. 128, I e II, CP), de modo que o valor vida não teria obtido no sistema uma proteção absoluta, programa esse aprovado segundo a expertise da época, que não possuía mecanismos tecnológicos que permitissem a comprovação de deformidades no feto que inviabilizariam a sua vida extrauterina, de modo que o alcance das causas de justificação deveriam se dar mediante a consideração do tempo em que se encontra inserido o aplicador (intérprete), segundo as contingências históricas e sociais de sua época, o que possibilitaria sua expansão para abarcar situações de impossível previsão pelo legislador⁴⁶.

sós, não entram em contradição, pois não regulam condutas de imediato. Sua aplicabilidade, portanto, é *prima facie*, o que quer dizer que se aplicam caso não haja regra explícita que regule a situação, ou direcionando, em um conflito de regras, a regra a prevalecer e a regra a ser eliminada". (Min. Rosa Weber. ADPF nº 54, julgamento de mérito).

44 "Destarte, se a questão não se resolve no plano ontológico ou axiológico, há que encontrar um critério racional de argumentação para que o convencimento leve à aplicação de um princípio e ao afastamento do outro no caso em análise. É bom frisar: a busca é de um critério *argumentativo*, e não de peso de valores, pois, como já foi mais que repetido, um valor não pesa mais que outro em ordenamentos jurídicos democráticos". (Min. Rosa Weber).

45 "[...] diante de uma concorrência de princípios, o esforço hermenêutico deve se voltar para a realização máxima de um para justificar que o outro não seja aplicado. Ou seja, o peso das razões para a aplicação de um princípio deve ser maior do que o do outro no caso concreto. Mas esse peso precisa de um padrão intersubjetivamente compartilhado, caso contrário a escolha não passa de uma preferência pessoal do responsável pela solução do caso concreto. [...] Mais uma vez, a ponderação é de razões para decidir, e não propriamente de valores. Uma ponderação de valores só pode levar a um autoritarismo, pois não se pode justificar que um princípio seja mais importante do que o outro, pena de se tornar vulnerável a proteção da pluralidade, porque, como já demonstrado, uma sociedade democrática e plural não conhece hierarquia de valores" (Min. Rosa Weber).

46 "No debate sobre a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo, as normas incriminadoras do aborto voluntário (caso se assumisse, *ad argumentum*, que a vontade do legislador tenha sido a de retirar a hipótese dos casos de excludente de ilicitude) devem ser interpretadas de acordo com as possibilidades atuais do sistema". (Min. Rosa Weber. ADPF nº 54, julgamento de mérito).

A Ministra Cármen Lúcia defendeu que a técnica da ponderação forneceria a resposta a ser dada a situação posta em debate⁴⁷ (embora essa afirmação contradiga o que antes havia afirmado no voto), ante a colisão de direitos fundamentais do feto anencefálico e os da gestante.

O Ministro Celso de Mello afirmou que em vista da *colisão* dos direitos do feto (direito à vida) e os da gestante (liberdade, saúde, dignidade), a resposta somente seria obtida mediante a *ponderação de valores*, de modo a verificar qual direito cederia força em um específico contexto⁴⁸. Logo depois, todavia, sustenta que se estaria diante de uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade (o fato agora já seria típico e antijurídico, porém não culpável), mediante a utilização de argumentos tópicos, pois segundo certo senso comum de justiça, não existiria razões que determinassem a continuidade da gestação⁴⁹.

Ou seja, a solução do problema encontraria nele mesmo os caminhos para a sua resolução, que se inclinaria na busca de um ideal de justiça que estaria para além do sistema normativo, embora pudesse nele encontrar um fundamento de validade (normativo, portanto), que seria para o caso em análise a nominada *causa supralegal de exclusão da culpabilidade*.

47 “Respeito as opiniões contrárias, mas há que ser anotado, como agora posto pelo Ministro Fux, exatamente na perspectiva constitucional, que o que se põe em questão é o que a Constituição determina, ponderando-se os princípios como posto no sistema. [...] A resolução do presente conflito entre o direito fundamental à vida digna de um lado e o direito social à saúde e à autonomia da vontade requer o exame de princípios a serem relevados no caso posto a exame. Ao julgador a tarefa de fazer a ponderação de bens jurídicos tutelados pelo sistema, todos de inegável relevo para a vida de cada pessoa e da sociedade. Exercitam-se, aqui, o que a doutrina denomina de ponderação de princípios na teoria da proporcionalidade.” (Min. Cármen Lúcia).

48 “Como se sabe, a *superação dos antagonismos* existentes entre princípios constitucionais – *como aqueles concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à plenitude da liberdade, à saúde e ao respeito* à dignidade da pessoa humana – *há de resultar da utilização*, pelo Poder Judiciário, *de critérios* que lhe permitam *ponderar e avaliar*, ‘*hic et nunc*’, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, *considerada a situação de conflito* ocorrente, *desde que a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento* do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, *tal como adverte o magistério da doutrina*. [...] *Tenho para mim, desse modo*, Senhor Presidente, e estabelecidas tais premissas, que a questão *pertinente* ao direito à vida *admite a possibilidade* de, *ele próprio*, constituir objeto de ponderação por parte do Estado, *considerada a relevantíssima circunstância (ocorrente na espécie) de que se põem* em relação de conflito, com esse mesmo direito, *interesses existenciais* titularizados *por mulheres grávidas de fetos portadores de anencefalia, cuja superação pode ser conseguida com a liberação* – que se impõe *como uma exigência* de ordem ética e de caráter jurídico – *da interrupção da gestação*” (Min. Celso de Mello). Grifos constam do original

49 “[...] motivo racional, justo e legítimo que possa obrigar a mulher a prolongar, inutilmente, a gestação e a expor-se a desnecessário sofrimento físico e/ou psíquico, com grave dano à sua saúde e com possibilidade, até mesmo, de risco de morte, *consoante esclarecido* na Audiência Pública que se realizou em função deste processo”. Grifos constam do original

Adotaram, dentre os que julgaram procedente o pedido, também como razão de decidir a tese de um suporte fático amplo pertinente ao direito à vida os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Gilmar Mendes.

O Ministro Joaquim Barbosa promove a ponderação de valores, pois entre os direitos fundamentais inerentes ao feto portador de anomalia incompatível com a vida extrauterina (ou com sobrevivida extrauterina reduzida) e os direitos da gestante de por fim a uma situação que a degrada moralmente, em sua concepção, prevaleceriam os direitos desta⁵⁰.

É possível afirmar, com uma grande margem de certeza, que o Ministro Joaquim Barbosa não partiu de uma concepção restrita do suporte fático pertinente ao direito à vida e que fez uso da teoria dos princípios. Mas não se pode deixar de mencionar uma breve, mas importante passagem no seu voto, na qual fez menção ao fato de essa colisão afigurar-se aparente, em vista de não haver um “real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica”⁵¹.

Uma sutileza na formulação da proposição diferencia a posição do Ministro Joaquim Barbosa daquela externada pelos ministros que fizeram uso também de uma concepção restrita do suporte fático dos direitos fundamentais, sutileza essa presente no adjetivo *idêntico*. Faz-se essa afirmação, pois se deduz que para ele a aparente contradição reporta-se não à inexistência de direito fundamental do feto, mas de que o direito dele não é possuidor de um “idêntico grau de proteção jurídica” ante a sua inviabilidade de vida extrauterina quando comparados com os da mãe.

Essa afirmação permite interpretar a formulação de uma pauta objetiva de valores, de modo a, em abstrato, fazer uma escala de importância

50 “[...] Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal” (Min. Joaquim Barbosa).

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

pertinente a cada direito fundamental protegido pelo texto Constitucional⁵², de modo a considerar que a proteção do direito à vida do feto anencefálico sempre cederia quando em eventual conflito com o mesmo ou outros direitos fundamentais de outras pessoas.

O Ministro Luiz Fux inicia o seu voto arguindo a impossibilidade de se promover uma análise quanto à importância dos direitos em rota de colisão, no caso, os do feto e os da mulher, tanto que afirmou não se sentir confortável para “*fazer essa ponderação de que vida é mais importante: a da mulher ou a do feto*”. Isso em razão da necessidade de adoção, conforme sustentou, de uma postura minimalista pela Corte, de modo a não aderir a uma das concepções morais envolvidas e que pudesse gerar grande desacordo na sociedade, mormente quando não sejam elas decisivas para a solução do caso.

Dessas considerações deduz-se a adoção de um suporte amplo respeitante ao direito à vida, de modo a considerar o feto anencefálico como inserido no âmbito de proteção deste direito, bem como, ao menos para ele, a impressão quanto à impossibilidade de utilização da técnica da ponderação de valores, dado o grande desacordo pertinente a qual desses direitos teria, na situação concreta, maior peso (do feto ou da mãe).

No entanto, essa impressão quanto a não solução do caso pela técnica da ponderação logo se esvanece, pois passa o ministro a suscitar questões que sedimentariam o caminho para permitir a ponderação de valores ao especificar a ausência de direitos absolutos⁵³⁻⁵⁴; a capacidade de sobrevivência dos anencefálicos, que seria de poucos minutos⁵⁵; e os gravames impostos

52 Se foi essa a concepção adotada pelo Min. Joaquim Barbosa, tal concepção vai de encontro frontal à teoria dos princípios de Alexy, pois para ele, como nos diz Leonardo Martins, “O peso ou importância do princípio só pode, portanto, ser determinado concretamente, isto é, em face de condições (variáveis) do caso concreto. Isso é o que diferencia a teoria principiológica cunhada por ALEXY da antiga teoria axiológica do direito. O próprio ALEXY afirmou certa vez que sua teoria apresenta uma racionalização da antiga teoria axiológica, na qual o peso dos bens jurídicos ponderáveis era aferível já no plano abstrato, de forma mais ou menos arbitrária ou moralista”. In: *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídica-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 69.

53 “Robert Alexy (uma década após Vork iniciar um movimento pós-positivista de conferir a eminência aos princípios), na sua memorável *Teoria dos Direitos Fundamentais*, assenta - como é de sabença - que não existem princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais” (Min. Luiz Fux).

54 Embora a só concepção da ausência de direitos absolutos não deságue na indicação necessária da utilização da teoria dos princípios, pois Müller também entende, na fixação de sua teoria estruturante, que os direitos fundamentais não são ilimitados, esse é um conceito central da teoria de Alexy.

55 “Então, com base nesses dados colhidos, que foram aqui confirmados, é possível chegar-se a três conclusões lastimáveis: a expectativa de vida do anencefalo fora do útero é absolutamente efêmera; o diagnóstico de

à gestante ao obrigá-la a manter a gravidez até seus últimos termos⁵⁶. Em vista dessa miríade de fatores a preponderar em favor dos direitos da gestante, a criminalização da antecipação do parto dos fetos anencefálicos se afiguraria inconstitucional, por incidir na vedação do excesso, que nada mais é do que uma das consequências vedadas decorrente da ponderação de valores, especificamente quando se esteja a avaliar a medida interventiva sobre o ângulo da necessidade⁵⁷⁻⁵⁸.

Embora pareça resultar claro da decisão que o Ministro Fux utilizou da *técnica da ponderação*, pois considerou o feto anencefálico portador de direitos fundamentais, direitos que, todavia, cederiam em face daqueles que resguardariam à situação da gestante, em certas passagens parece ele utilizar-se de *argumentos tópicos*⁵⁹, pois a resolução do problema fundar-se-ia em um forte senso de justiça, que seria a todos comum, a indicar a incorreção ao se proceder a criminalização da conduta da mãe na situação analisada⁶⁰, havendo, ainda, no próprio sistema normativo, outro *tópico* a ser levado

anencefalia pode ser feito, com razoável índice de precisão, a partir das técnicas hodiernamente disponíveis; e as perspectivas de cura dessa deficiência na formação do tubo neural são absolutamente inexistentes nos dias atuais. Por isso que neonato anencefálico tem uma expectativa de vida reduzidíssima” (Min. Luiz Fux).

- 56 “Sob esse enfoque, como destacou a Ministra Rosa Weber, avulta a importância a necessidade de proteger a saúde física e psíquica da gestante, indubitavelmente dois componentes da dignidade humana da mulher, indissociáveis no seu imo fundamental a assumir posição de elevada importância neste julgamento. O prosseguimento da gravidez gera na mulher um grave abalo psicológico; por isso que, impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal, efetivamente equivale a uma tortura vedada pela Constituição Federal no art. 5º” (Min. Luiz Fux).
- 57 “Os perigos para a saúde física da mulher, como visto, são elevadíssimos em uma gravidez de feto acometido pela anencefalia, razão pela qual, se essa for a alternativa eleita pela mulher, deve-se conferir a possibilidade de interrupção da gestação à luz do princípio da proporcionalidade, que também se aplica ao Direito Penal”.
- 58 “Até para poupá-los e concitá-los à leitura da obra desse moderno Direito Constitucional contemporâneo do professor Luís Roberto Barroso, eu concluiria essas premissas afirmando que, efetivamente, a criminalização do aborto incide na dimensão da vedação do excesso. Consectariamente, o atual art. 128 do de Código Penal, que prevê as causas de justificação no crime de aborto, deve sofrer essa releitura moral a que refere Ronald Workin (sic), exatamente porque há novas luzes sobre as novas necessidades científicas e sociais” (Min. Luiz Fux).
- 59 Como alude Margarida Maria Lacombe Camargo, ao tratar do pensamento tópico de Theodor Viehweg: “Com isso talvez fique claro o papel da tópica no atual movimento crítico pós-positivista, que pretende dar maior validade à concretização do direito e à solução do problema em função dos valores que o ensejam, do que um pretense sistema de valores válido por si só. Pesquisando o *ius civile*, Viehweg retira exemplos do uso da tópica no direito. Ao juriconsulto romano era apresentado um problema para o qual solicitava-se-lhe um parecer. Sua tarefa era, *sob um senso de equidade, encontrar argumentos para soluções prudentes*. [grifo acrescido]. In: *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 155-156.
- 60 “Mais uma vez eu reitero: eu desafio qualquer um a me demonstrar, à luz do princípio da razoabilidade sobre o impacto da proporcionalidade, que é justo penalmente se relegar essa gestante aos bancos de um Tribunal do Júri para responder por aborto pelo fato de ter antecipado o parto de um feto anencefálico” (Min. Luiz Fux). Essa premissa de justiça conforma-se ao *sensus communis* da tópica aristotélica tida por imprescindível ao pensamento jurídico por Viehweg, conforme nos diz Claus-Wilhelm Canaris (e é por ele criticada). In: *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002.

em consideração no processo dialético próprio à interpretação jurídica segundo esse método ou técnica, que daria suporte a esse entendimento, qual seja: a causa supralegal de exclusão da culpabilidade⁶¹ impossibilitaria a punição da gestante ou daqueles que eventualmente participassem da ação.

O ministro Gilmar Mendes bem delimita, no início do voto, a tese central deduzida na inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (adoção, pelo autor da ação, de suporte fático restrito), e a sua concepção teórica quanto ao suporte fático do direito à vida, que entendeu afigurar-se amplo não somente em vista do fato de não se ter concordância científica quanto ao fato de o feto anencéfalo estar inserido no âmbito de proteção do direito à vida, mas principalmente em vista da necessidade de salvaguardar os interesses de uma sociedade plural quanto àquilo que grupos sociais importantes consideram como sendo vida.

Para ele, todavia, o fato de o suporte fático pertinente ao direito à vida ser amplo, a técnica da ponderação não pareceu capaz de dar solução à situação que se analisou⁶², o que não retira, contudo, do legislador, a possibilidade de restringi-lo, haja vista o fato de o sistema jurídico já possuir causas excludentes da culpabilidade, que só não se alargaram para englobar os casos idênticos ao que motivou o ajuizamento da ação em virtude da ausência de tecnologia suficiente à época da aprovação do código que permitissem antever a morbidade do feto ainda no útero materno.

Assim, a contrariedade ao sistema constitucional decorreria, quando do julgamento da ação, da omissão do legislador em promover a adequação da normatização vigente de modo a acompanhar os avanços tecnológicos que permitiriam a comprovação de anomalias fetais, de modo a, com isso, ampliar as causas excludentes de culpabilidade para manter a coerência do sistema jurídico⁶³. Ou seja, a própria coerência ou integridade do sistema normativo já englobaria essa possibilidade, só não estando prevista essa

61 “Destarte, cuida-se na hipótese sub judice da construção jurisprudencial fundada em singular princípio de justiça de uma nova hipótese, estado de necessidade supralegal para os casos de interrupção de gestação de fetos anencefálicos, a fim de adequar o tecido normativo às necessidades que se apresentam na realidade social” (Min. Luiz Fux).

62 “Penso ser inadequado, portanto, tratar do tema aborto de fetos anencefálicos sobre o prisma da atipicidade do fato, ou da ponderação entre a dignidade humana da mulher em detrimento da do feto” (Min. Gilmar Mendes).

63 “Essas constatações permitem concluir, conforme afirmei acima, que o aborto de fetos anencefálicos está certamente compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude, já previstas no Código Penal, todavia, era inimaginável para o legislador de 1940. Com o avanço das técnicas de diagnóstico, tornou-se comum e relativamente simples descobrir a anencefalia fetal, de modo que a não inclusão na legislação penal dessa hipótese excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa não condizente com o espírito do próprio Código Penal e também não compatível com a Constituição” (Min. Gilmar Mendes).

causa excludente ante a omissão injustificável do legislador ordinário, tanto que a decisão que proferiu foi de conteúdo aditivo.

Ter-se-ia, pois, na situação, o que concebe como “inadimplemento do dever de legislar”, pois segundo sustenta em sede doutrinária:

O dever de legislar pode decorrer de expressa *exigência constitucional* (*Verfassungsauftrag; norma-tarefa*, na tradução proposta por Canotilho), ou pode derivar do chamado *dever de proteção* (*Schutzpflicht*), que obriga o Estado a atuar na defesa e proteção de certos valores, como a vida, a integridade física, a honra, sobretudo de agressões praticadas por terceiros. O tribunal tem identificado, ultimamente, como fundamento do dever constitucional de legislar, o *dever geral de adequação* (*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*), que impõe ao legislador a obrigação de corrigir as conseqüências danosas ou perversas para os direitos fundamentais resultantes da aplicação da legislação existente.⁶⁴

Do exposto no presente tópico tem-se, agora, que a Corte, por oito de seus ministros (Marco Aurélio, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Gilmar Mendes), consideraram que o feto teria sua posição resguardada pelo direito à vida constante no art. 5º, *caput*, da CF, ou seja, adotaram como razões de decidir um suporte fático amplo, resolvendo a questão com base na teoria dos princípios, especialmente por meio da ponderação de interesses, tal como utilizada pelos Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Luiz Fux; na ponderação das razões argumentativas, Min. Rosa Weber; e na tópica, Ministros Celso de Mello e Luiz Fux. O Min. Gilmar Mendes centra-se na justificação da restrição do direito à vida pelo legislador ordinário (o suporte, todavia, é amplo), que, todavia, estaria em mora constitucional ao não proceder à adequação da legislação às novas descobertas e situações que se apresentam na sociedade.

3.2 Votos contrários à interrupção

Apenas dois ministros, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, votaram pela improcedência do pedido formulado na ADPF.

Para o ministro Lewandowski o legislador ordinário, que possuiria competência constitucional para decidir questões desse jaez, teria entendido, pelo menos até o momento do julgamento da ação, não ser o caso de alargar

64 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 413.

os casos de exculpação do aborto⁶⁵ (consequentemente o direito à vida protegeria os anencéfalos). Arguiu, ainda, a preocupação com o possível alcance que poderia ter ação para além dos casos de fetos anencefálicos, dada a ciência de outras deformidades fetais que inviabilizariam a vida extrauterina⁶⁶, motivo pelo qual julgou improcedente o pedido.

O ministro Cezar Peluso também partiu de um suporte fático amplo, de modo que o feto anencéfalo seria portador de direitos fundamentais e estaria protegido pelo direito à vida garantido na Constituição. Essa garantia teria ampla primazia, mas poderia ser restringida por circunstâncias situadas fora do mundo normativo, mas que o direito levaria em consideração para a autorização da interrupção da gravidez, circunstâncias pertinentes ao ato antecedente ao estágio de gravidez, pois apenas situações decorrentes de estados não queridos, mas forçosa ou brutalmente impostos à mulher (estupro) e/ou que tragam risco de morte para gestante⁶⁷ legitimariam esse proceder⁶⁸.

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

66 “[...] uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina. Convém lembrar que a Organização Mundial de Saúde, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10), em especial em seu Capítulo XVII, intitulado Malformações Congênicas, Deformidades e Anomalias Cromossômicas, arrola dezenas patologias fetais em que as chances de sobrevivência dos seres gestados após uma gravidez tempestiva ou temporã são nulas ou muito pequenas” (Min. Lewandoski).

67 Essa raciocínio não é isento de críticas, pois basta pensar no caso de uma parturiente que é portadora de alguma enfermidade que, para ela, torne toda e qualquer gravidez um risco, enfermidade da qual tem plena ciência e, mesmo assim, opte por engravidar. Nesse caso, a concepção foi consentida (seja por relação sexual, seja por inseminação artificial) e os riscos não eram imprevisíveis. Nessa situação, estaria ela autorizada a abortar ainda que, de fato, o risco à sua vida por causa da gravidez se confirmasse? E se o risco não for de 100%, mas tiver uma grande probabilidade de ocorrer, teria ela direito de tentar constituir sua família, mas também de abortar caso esse risco se confirmasse? Ou seja, centrar toda a discussão na aquiescência ou não da relação sexual (melhor seria da gravidez) não traz auxílios importantes à solução da causa.

68 “No aborto justificado por estupro, a mulher é vítima de crime ignominioso e engravidada à força, em decorrência de ação violenta e ilícita, imputável exclusivamente a outrem. A concepção, como obra da ação alheia delituosa, não foi desejada pela mulher, nem sequer proveio de descuido na prevenção de gravidez, donde justamente lhe repugna manter a gravidez como consequência, aqui sim, inevitável, de violência odiosa e sobremodo injusta, em situação de todo em todo mui diversa daquela em que o casal concebe, no exercício pleno de sua liberdade sexual, o filho que, só por infortúnio, calha ser anencéfalo. Dizer-se, no primeiro caso, ter sido o feto resultante da monstruosidade do forçado intercuro sexual, pode até figurar hipóbole expressiva, inspirada pela alta reprovabilidade ética e jurídica do crime de estupro, mas é licença retórica despropositada para, falseando as condições lógicas do uso da analogia, qualificar em si, embora por metáfora, a concepção de anencéfalo mediante ato de amor, e descrever o tormentoso sofrimento materno que advém da frustração das expectativas consequentes. No caso da anencefalia, como relatam muitas das gestantes que passaram pela amarga experiência, o filho era esperado, querido, amado” (Min. Cezar Peluso).

Dessa forma, para Cezar Peluso, o direito não poderia servir de meio para remediar danos psicológicos decorrentes de fatos inerentes à natureza humana e que somente o acaso poderia explicar a sua ocorrência, de modo que a só vontade da mãe, e dos familiares que participam desse evento, não poderia justificar a relativização do direito à vida que protege o feto, ainda que anencéfalo⁶⁹.

4 A EMENTA DO ACÓRDÃO E O PADRÃO DECISÓRIO DA CORTE

Como as decisões do STF são proferidas segundo a contagem dos votos de cada um dos ministros, e não, pois, segundo a fixação de uma decisão que espelhasse a concepção da Corte quanto aos direitos objeto de discussão, com o término do julgamento e adesão da maioria dos ministros à tese da inconstitucionalidade da criminalização das gestantes pela antecipação do parto dos fetos anencefálicos, a ementa do acórdão, que tem por função promover essa condensação (ainda que de forma absolutamente deficitária), assim foi redigida:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Por tratar de processo objetivo, a Corte não estava vinculada à premissa fixada pela autora da ação quanto à inexistência de dilemas morais em razão da não proteção dada ao anencéfalo pelo suporte fático do direito à vida⁷⁰.

69 “A só vontade ou desejo não constituem solução mágica para todos os males da frágil condição humana. Não há, na hipótese, espaço jurídico para lucubração de expediente tortuoso destinado a neutralizar desagradáveis reflexos psicológicos, diante das disposições inequívocas do Código Penal. A situação não pode ser *legalmente*, nem *constitucionalmente* evitada, e este é o cerne do problema” (Min. Cezar Peluso).

70 Como acentua Luiz Roberto Barroso, “Trata-se, inequivocamente, de uma ação análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal” (*In O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 248), de modo que, segundo próprio a esse sistema, a causa de pedir é aberta, não estando a Corte vinculada aos fundamentos deduzidos pelo autor da ação. Nesse sentido: ADI 1.896-MC, Rel. Min. Sydney Sanches; ADI 561-MC, Rel. Min. Celso de Mello; AI 413.210-AgR-ED-ED, Rel. Min. Ellen Gracie.

A tese formulada na inicial, a partir de uma concepção restrita do suporte fático do direito à vida resguardado pelo artigo 5º, *caput*, da CF, que pode ter tido por função aliviar eventuais desacordos ou dúvidas morais a impossibilitar a procedência do pedido, não vinculava o Supremo Tribunal Federal na fixação dos motivos pelos quais julgaria procedente ou improcedente o pedido.

Todavia, o resultado do julgamento e as razões de decidir pressupunham, imprescindivelmente, a fixação de um ponto de consenso respeitante à consideração do suporte fático, proceder que prescreveria o método de interpretação dos direitos fundamentais envolvidos na situação, de modo a fixar se, de fato, o bem jurídico vida protegeria os anencéfalos e, portanto, necessitar-se-ia de uma ponderação dos direitos dele com o(s) direito(s) da gestante; ou se não o protegeria e, portanto, seriam de fato os direitos da gestante os únicos vulnerados, pois a ação tinha por finalidade promover a correção do sistema normativo, de modo a manter a sua integridade⁷¹.

Ou seja, não poderiam os Ministros – e a Corte – fazer juízos alternativos pertinentes à concepção do direito à vida, como se estivessem a sustentar certa posição (suporte restrito), mas na eventualidade de alguém não a considerar correta ou aceitável, utilizar-se de outra (suporte amplo).

A essa crítica poderia objetar-se que, na situação, teriam os julgadores apenas analisado e enfrentado todos os argumentos levantados nos autos (autora, Ministério Público e *amici curiae*), de modo a conferir uma resposta mais completa mediante a análise de todas as possibilidades que lhes foram apresentadas.

Contudo, não se pode perder de vista o fato de tratar-se de julgamento de controle abstrato; a necessidade de a Corte firmar uma e apenas uma premissa decisória para o julgamento dessa lide⁷²; e a impossibilidade de conciliação de padrões decisórios distintos⁷³.

71 Ainda que a ADPF tenha a singularidade de permitir o controle com base em uma situação específica, a ADPF nº 54 partiu de situações concretas, mas para fazer o controle preventivo e abstrato de constitucionalidade, de modo a se conferir uma interpretação conforme à Constituição do art. 124, 126 e 128, todos do CP. Sobre o controle abstrato de constitucionalidade como com meio de manutenção da integridade do sistema e da supremacia da Constituição, c.f. MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

72 Ou a regra de decisão, decorrente do princípio da universalizabilidade, conforme noticia-nos Alexy, de que seria “[...] possível retirar de toda decisão do Tribunal Constitucional Federal [alemão] uma regra de decisão mais ou menos concreta relativa ao caso decidido”. Op. cit. p. 556.

73 Ainda que todos possam inserir-se no viés pós-positivista na forma como aduz Margarida Maria Lacombe Camargo. Op. cit.

Outra circunstância é que a adoção de uma ou outra tese traria consequências em diversos institutos jurídicos, sendo que do voto dos ministros e do acórdão proferido não se tem qualquer certeza quanto i) ao fato de ter a Corte considerado o feto anencefálico como portador de direitos fundamentais; ii) ou se considera como sendo ele portador de direitos fundamentais, mas que cederiam em razão dos direitos de possíveis mães que não quisessem levar a termo a gravidez; iii) se tantas outras anomalias incompatíveis com a vida extrauterina poderiam ser consideradas inseridas na mesma razão de decidir da ação⁷⁴, tendo em vista a ausência de potencial desenvolvimento extrauterino e os gravames impostos às mães de ter que prolongar essa situação; iv) se a *ratio* decisória poderia fundamentar eventuais discussões sobre distanásia, ortotanásia e eutanásia; dúvidas que decorrem da não adoção de padrões de decidibilidade seguros e coerentes que permitissem firmar ou extrair, ainda que do conjunto dos julgados, uma razão de decidir que conferisse segurança jurídica e legitimasse expectativas quanto à adoção de condutas futuras pelos cidadãos, evidenciando a impossibilidade de uma decisão com base no “princípio da eventualidade”.

A imposição de um maior rigor decisório nada mais é do que uma das consequências da posição de destaque conferida às Cortes constitucionais, em vista da centralidade que ocupa a Constituição no ordenamento jurídico, de modo que o ônus pertinente a uma nova racionalidade decisória⁷⁵ vem a reboque quando questões de alta

74 Como citado no voto do Min. Lewandowski: “Nessa linha, o Doutor Rodolfo Acatuassú Nunes, Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, na Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal sobre o tema, assentou o seguinte: *‘A anencefalia é ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, mas certamente não é a única; existem outras: acardia, agenecia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, ostogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15, trissomia do cromossomo 18. São todas afecções congênitas letais, listadas como afecções que exigirão de seus pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte’.*”

75 Como bem acentuou Menelick de Carvalho Netto: “[...] das decisões judiciais deve-se requerer que apresentem um nível de racionalidade discursiva compatível com o atual conceito processual de cidadania, com o conceito de Häberle da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Ou para dizer em outros termos, ao nosso Poder Judiciário, em geral, e ao Supremo Tribunal Federal, em particular, compete assumir a guarda da Constituição de modo a densificar o princípio da moralidade constitucionalmente acolhido que, no âmbito da prestação jurisdicional, encontra tradução na satisfação da exigência segundo a qual a decisão tomada possa ser considerada consistentemente fundamentada tanto à luz do direito vigente quanto dos fatos específicos do caso concreto em questão, de modo a se assegurar a um só tempo a certeza do direito e a correção, a justiça, da decisão tomada”. In: CARVALHO, Menelick. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Conferência no Seminário Permanente do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/74601794/A-Hermeneutica-Const-Menelick#scribd>>. Acesso em: 03 out. 2015.

repercussão social, tal como a da ADPF nº 54, passam agora a ser por ela decididas, sendo-lhe (ou devendo-lhe ser) vedada a utilização de parâmetros ou padrões decisórios por vezes incompatíveis entre si, como feito por alguns ministros, que fundamentaram seus votos com base em pressupostos inconciliáveis, demonstrando que a utilização sincrética de métodos interpretativos/de aplicação de direitos fundamentais no Brasil não se resume apenas à doutrina, como já bem critica Virgílio Afonso da Silva⁷⁶.

5 CONCLUSÃO

Propusemo-nos a analisar o modo de decidir do Supremo Tribunal Federal mediante a utilização de um caso paradigmático (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54), de modo a avaliar a racionalidade da Corte quando esteja a tratar de temas de relevo no cenário jurídico nacional, dada a importância conferida a esse órgão decisor pela Constituição (ápice ou centro do sistema jurídico), o que fizemos a partir de uma hermenêutica pós-positivista dos direitos fundamentais, direitos que qualificam um Estado como sendo Democrático de Direito⁷⁷.

Contudo, da leitura crítica da decisão proferida pelo Supremo Tribunal no caso analisado, constatamos a ausência de racionalidade decisória da Corte em decorrência das contradições internas existentes nos votos dos ministros que a compõe, haja vista a utilização de parâmetros teórico-dogmáticos inconciliáveis (teorias que partem de concepções antagônicas a respeito do suporte fático dos direitos fundamentais) para promoverem o julgamento da ADPF, contradição que se manteve em razão da forma como promove a Corte o resultado de sua atividade, que se dá mediante a simples contagem dos votos favoráveis ou não a uma determinada tese (constitucionalidade/inconstitucionalidade), independente da congruência entre os fundamentos utilizados e os efeitos que decorrem de cada um deles.

Isso em razão do fato de os votos apresentados partirem de concepções díspares pertinente ao que consideram como protegido ou não pelo direito à vida (art. 5º, *caput*, CF), baseando-se um mesmo Ministro, por vezes, em considerações teóricas divergentes a respeito

76 SILVA, Virgílio Afonso. Op. cit.

77 A qualificação de um Estado como Democrático quando promove a defesa de direitos fundamentais é feita por Jorge Reis Novais, In: *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2013.

do suporte fático do direito em questão (suporte amplo ou restrito), não fornecendo à sociedade uma razão segura quanto à estabilização de expectativas referente ao que se pode ou não considerar resguardado e, portanto, livre da atuação interventiva do Estado.

Não se olvida que a conclusão aqui chegada tenha limites em razão do campo de investigação adotado (ADPF n. 54), a demandar, portanto, uma pesquisa mais extensa de modo a poder avaliar a constância ou não da situação de irracionalidade decisória por parte do Supremo Tribunal. Mas não menos certo é o fato de que a decisão analisada fornece um indicativo seguro, em razão da importância da causa posta em debate, da ausência de padrões decisórios mínimos e da incongruência das argumentações utilizadas pelos Ministros e, conseqüentemente, da própria Corte Suprema.

Isso remete a outro tema que guarda íntima conexão com o aqui abordado, a merecer, todavia, uma profunda pesquisa, e do mesmo modo uma maior atenção por parte de todos os agentes que atuam no campo jurídico (legisladores, advogados, juízes, acadêmicos etc.), pertinente à prestação da forma de atuação do Supremo Tribunal Federal, eis que se apresenta como necessário que ao final do julgamento haja *uma* decisão da Corte a evidenciar o padrão por ela adotado para o julgamento das demandas que lhe são direcionadas (os pressupostos adotados, teorias, os motivos determinantes etc.) e não, como se dá atualmente, mediante a simples colheita de vários votos sem que se tenha, ao final, a condensação da decisão de modo a fornecer um fundamento coeso e congruente daquilo que irá reger toda uma sociedade.

Sem essa racionalização decisória, seja mediante a fixação de uma decisão que espelhe o que decidido pela Corte (e não por cada um dos Ministros), seja mediante a condensação, ao final, da tese vitoriosa, tarefa não cumprida pela simplista redação da ementa do acórdão, perdemos em segurança jurídica e no desenvolvimento das instituições jurídicas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros: 2008.

_____. *Epílogo a la Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002.

CARMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Menelick. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Conferência no Seminário Permanente do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/74601794/A-Hermeneutica-Const-Menelick#scribd>>. Acesso em: 03.10.2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014.

HESSE, Konrad. O Significado dos Direitos Fundamentais. In: *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madri: Martial Pons, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. d. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997. MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Liberdade e Estado Constitucional*: leitura jurídica-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2013.

PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Coordenação de Daniel Sarmento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2ª Tiragem. 2007.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.