

ANÁLISE DOS ARGUMENTOS EXARADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF N.º 54 À LUZ DA TEORIA CONSTITUCIONAL

*ANALYSIS OF ARGUMENTS FOR ENTRY IN THE FEDERAL SUPREME COURT
ADPF No. 54 IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL THEORY*

Pricila Martins Carrano¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve síntese acerca do trâmite da ação; 2 Desdobramentos advindos das possíveis ponderações de valores; 3 A contribuição dos amici curiae; 4 Pressões no julgamento x prevalência de argumentos jurídicos; 5 Análise principiológica e discricionariedade judicial; 6 O temido ativismo judicial; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O artigo pretende analisar os argumentos exarados pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, que busca alcançar o entendimento segundo o qual a interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo não é constitutiva de crime contra a vida. Partindo de uma breve síntese do trâmite da ação, o trabalho inicia abordando os complexos desdobramentos que surgem conforme se opte por um dos valores passíveis de ponderação. Após sopesar a contribuição dos *amici curiae* para a tomada de uma decisão definitiva, é debatida a necessidade de distinguir argumentos de cunho religioso, de argumentos de cunho científico ou jurídico. Tratando, na seqüência, da ampliação da proteção de aspectos da liberdade e dignidade proporcionada por uma análise principiológica, é debatido o tema da discricionariedade interpretativa do juiz, objetivando responder se o temido ativismo judicial representa uma intromissão indevida no âmbito de atuação do Poder Legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Antecipação terapêutica de feto anencéfalo; Ponderação de valores; Prevalência de argumentos jurídicos; Análise principiológica; Ativismo judicial.

¹ Mestranda em Direito do Estado no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR). Analista Judiciária da Justiça Federal – Seção Judiciária do Paraná. E-mail: pricila_carrano@yahoo.com

ABSTRACT

The paper analyzes the arguments formally drawn up by the Supreme Court in the Claim of Breach of Fundamental Precept n.º 54, which seeks to achieve the understanding that the voluntary interruption of pregnancy of anencephalic fetus does not constitute a crime against life. Starting with a brief summary of processing the action, the paper starts by addressing the complex consequences that arise as you choose one of the values that could weighting. After weighing the contribution of *amici curiae* for making a final decision, it discussed the need to distinguish a religious arguments, arguments of a scientific nature or legal. In the sequence and by extending the protection aspects of freedom and dignity provided by a principled analysis, is debated the interpretive discretion of the judge, in order to answer the question if the judicial activism represents an unwarranted intrusion into the sphere of action of the legislature.

KEY WORDS: Advance therapy anencephalic fetus; Weighting values; Prevalence of legal arguments, Principled analysis, Judicial activism.

INTRODUÇÃO

Na data de 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, através de seu procurador, Luis Roberto Barroso, ingressou com argüição de descumprimento de preceito fundamental, objetivando que a gestante e os médicos optantes pela antecipação de parto, em caso de gestação de feto com anencefalia, não sejam punidos nos termos dos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal.

Alternativamente, requereu a autora, o recebimento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, que teria por objetivo a interpretação conforme a Constituição, dos dispositivos do Código Penal impugnados.

A ação tem por objetivo afastar o entendimento segundo o qual a interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo é constitutiva de crime contra a vida.

Os artigos ora referidos do Código Penal constituiriam conjunto normativo violador dos preceitos fundamentais constantes nos artigos 1º, IV; 5º, II; 6º,

caput e 196 da Constituição Federal, que tratam dos princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade, e direito à saúde.

A ação parte de premissas processuais, consubstanciadas no cabimento da ação, legitimação ativa e pertinência temática, e, da premissa meritória de que a antecipação de parto não configura aborto, diante do relato de riscos à vida da gestante e da inviabilidade do feto com anencefalia sobreviver até o final do período gestacional.

O presente artigo pretende averiguar três pontos principais.

O primeiro consiste em averiguar de que forma o tema levado ao Supremo Tribunal Federal apresenta desdobramentos complexos, conforme se opte pelos inúmeros valores a serem ponderados.

Por segundo, pretende-se avaliar a importância do *amicus curiae*, cuja admissão ocasiona, inclusive, a necessidade de distinguir e afastar argumentos de cunho religioso, de argumentos de cunho científico ou jurídico.

Por fim, o artigo buscará analisar se o embasamento principiológico da decisão liminar e de sua parcial revogação representa ativismo judicial favorável.

1 BREVE SÍNTESE ACERCA DO TRÂMITE DA AÇÃO

A ação intentada em junho de 2004 ainda pende de julgamento, mas não lhe falta polêmica.

Inicialmente, destaca-se que não se pretende adentrar na análise dos argumentos expendidos pelo Patrono da causa, pelo Advogado-Geral da União ou pelo Procurador da República, mas sim analisar o posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como as implicações decorrentes de seu papel dentro de ação que aborda tema delicado.

Com relação ao trâmite da ação, em razão de férias coletivas no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio verificou a admissibilidade da ADPF, e

deferiu monocraticamente a liminar pleiteada através de decisão corajosa, cuja ementa se transcreve:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – LIMINAR – ATUAÇÃO INDIVIDUAL – ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, §1º, DA LEI N.º 9.882/99.

LIBERDADE – AUTONOMIA DA VONTADE – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – SAÚDE – GRAVIDEZ – INTERRUÇÃO – FETO ANENCEFÁLICO.²

Em agosto de 2004, o processo foi submetido ao Pleno para referendo da liminar, e o Colegiado deliberou aguardar-se o julgamento final.

O Procurador-Geral da República requereu a submissão do processo ao Plenário, para decidir a admissibilidade da ADPF, o que foi acatado pelo Relator em outubro de 2004.

Em Plenário, quatro meses após a concessão da liminar, o Ministro Marco Aurélio sustentou que o processo deveria decidir apenas acerca da adequação ou inadequação da ação intentada.

No entanto, o Ministro Eros Roberto Grau levantou a questão de que, se ainda não foi verificada a admissibilidade da ação, não haveria justificativa para manutenção da liminar.

Sugeriu a manifestação da Corte sobre a segunda parte da medida, que estaria a autorizar a prática de uma terceira modalidade de aborto não prevista na Constituição Federal.

Em resultado, foi admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A liminar foi referendada na primeira parte, que determina o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, e revogada na segunda parte,

²

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>.

em:

em que se reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos:

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencefalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal.

ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.³

Inicialmente, o ingresso de terceiros foi negado, sob o entendimento de que sua admissão fica a critério do relator, conforme disposto no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

No entanto, diante dos questionamentos que surgiram, entendeu-se necessário solicitar informações adicionais, nos termos da previsão incerta no artigo 6º, § 1º da Lei 9.882/99.

Desta feita, foram realizadas audiências públicas, entre 26 de agosto e 16 de setembro de 2008, nas quais foram ouvidas as entidades solicitantes na qualidade de *amici curiae*, dos mais diversos setores da sociedade, como entidades religiosas, associações em defesa da família e entidades atuantes na área da medicina.

³ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>, p.21 >.

O Advogado-Geral da União e a Procuradoria da República apresentaram suas alegações finais em meados de 2009, se manifestando favoravelmente ao pleito da CNTS.

O feito se encontra concluso com o Ministro Relator desde abril de 2011.⁴

2 DESDOBRAMENTOS ADVINDOS DAS POSSÍVEIS PONDERAÇÕES DE VALORES

Primeiramente, cumpre averiguar o conteúdo da decisão proferida monocraticamente pelo Ministro Relator.

A decisão liminar determinou a suspensão no andamento dos processos ou dos efeitos das decisões judiciais que tenham como réus profissionais da área da saúde que foram acusados de aborto, concedendo, às gestantes de fetos com anencefalia, o direito de se submeter à interrupção terapêutica de parto, até ulterior decisão definitiva da Corte.

A admissibilidade da ação foi analisada em sede inicial, sob o argumento da inexistência de outro meio capaz de sanar a lesão invocada.

Foi citado o caso emblemático ocorrido no Habeas Corpus n. 84.025-6/RJ, no qual a gestante acabou por não obter a decisão favorável ao aborto a tempo, vindo a gerar nascituro que faleceu sete minutos após seu nascimento.

Sustentou o Relator:

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final – proclamação desta Corte - , espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação.

(...)

⁴ Informações disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954> <

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Como ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia de vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal.

(...)

No caso de anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivida, os efeitos da deficiência.

Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é – e ninguém ousa contestar –, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria do aborto – que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade.

A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social.

Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.⁵

Em momento posterior, durante a discussão sobre o referendo da liminar, o Ministro Marco Aurélio expôs que, ao deferir a medida, sopesou valores: de um lado, o valor representado pelo texto constitucional; de outro, aquele concernente à persecução criminal.

Tenha-se em mente, portanto, que o Relator realizou a ponderação inicial considerando o valor dos princípios constitucionais da dignidade humana, da

⁵ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>, p.34>.

legalidade, da liberdade e da autonomia de vontade, tomando por base a posição e sofrimento da gestante.

Conforme lição de Robert Alexy, em “La construcción de los derechos fundamentales”, a construção com princípios implica em que se realize uma ponderação, sendo esta formadora do núcleo do exame da proporcionalidade.

Buscando equacionar o questionamento de ser a ponderação irracional, subjetiva e decisionista, leciona que a lei da ponderação mostra que a mesma pode se dividir em três passos ou escalas: na primeira escala se trata do grau de insatisfação ou restrição de um dos princípios; na seqüência, vem a determinação da importância da satisfação do princípio contrário, e por fim, é determinado se a importância da satisfação do princípio contrário justifica a satisfação ou restrição do outro princípio.⁶

A ponderação tomando por base os valores sopesados pelo Ministro Relator, já que focada sob a ótica da gestante, acaba por desaguar em conclusão relativamente óbvia, pois os princípios constitucionais de peso, como a dignidade da pessoa humana e legalidade, possuem prevalência sobre dispositivo penal elaborado em Diploma Normativo de 1940, época na qual sequer havia tecnologia suficiente para constatar a gestação de um feto portador de anencefalia.

Mas é importante ter em mente que, diante de um caso polêmico, e afora a questão relativa à possibilidade de ponderação de princípios ser realizada em sede liminar, inúmeras são as ponderações possíveis em face dos princípios *versus* conjunto normativo impugnado.

A colisão de princípios verificada na ADPF n.º 54 resulta em ressaltar que a ponderação realizada liminarmente é de suma importância, mas talvez não seja a principal, e, certamente não é a única.

O Ministro Cesar Peluzo ponderou que a grande pergunta quanto aos dois valores jurídicos em jogo seria: “há argumentos suficientes para se optar por um deles,

⁶ ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010, p.30.

de modo mais ou menos indefinido, em detrimento de outro valor, que parecer ter o mesmo grau de dignidade jurídico-constitucional, ou não há?" ⁷

Víctor Ferrerres Comella expõe que a presença de colisões é uma importante fonte de indeterminação interpretativa, sendo que o problema da colisão entre disposições constitucionais que protegem direitos, encontra óbice na situação de "incomensurabilidade dos valores".

Isso porque, o grau de consenso social em torno dos princípios constitucionais é variável, e o conflito concreto dos princípios gera inúmeras controvérsias.

Assim, quanto menor o grau de consenso, maiores as dificuldades enfrentadas pelo juiz constitucional para determinar se as leis a serem julgadas incorporam uma combinação razoável dos princípios existentes: "Em el caso extremo em que la decisión constituyente puede caracterizarse como um compromisso de fórmula dilatoria, las dificultades para el juez son extremas".⁸

O próprio Ministro Relator referiu que não se estava a julgar de forma definitiva, mas sim confrontar os textos constitucionais que consignam princípios básicos, princípios fundamentais da Carta da República com o Código Penal, e a visão distanciada deste último.⁹

Daí, decorre indagar, se a escolha entre os valores a serem ponderados não estaria de plano, constituindo uma opção subjetiva e direcionada de acordo com a vivência particular de cada Ministro.

Pode-se partir, por exemplo, da questão levantada pelo Ministro Carlos Britto, que indaga se o debate trata **do direito de viver, do direito de nascer ou do direito de nascer para morrer**.¹⁰

⁷ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.58>.

⁸ COMELLA, Víctor Ferrerres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p.36

⁹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.84>.

¹⁰ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.90>.

O Ministro ressaltou o que está em jogo é uma questão feminina, ponderando que, se os homens engravidassem, sem dúvida o aborto seria descriminalizado. Buscando não "coisificar" o feto anencéfalo, expôs que ele é algo, mas que jamais será alguém.

Em seu voto-vista, o Ministro aduziu que confere três interpretações aos dispositivos impugnados do Código Penal:

- a antecipação terapêutica do feto anencéfalo é crime;
- inexistente o crime de aborto, pois o objeto da gravidez seria um ser padecente de inviabilidade vital, o que conduziria ao entendimento de que a gestante não poderia ser obrigada a prosseguir com gestação comprometida;
- a antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo é fato típico, mas não é prática penalmente punível, pois a anomalia que no aborto por estupro está na conjunção carnal de que proveio o conceito, no caso de feto anencéfalo está no próprio fruto da concepção.

Nessa linha de raciocínio, a anencefalia seria coisa da natureza, sendo que o martírio de carregar a gestação com feto anencéfalo, teria a mera serventia de fazer com que a gestante endureça seu coração, para suportar ver seu bebê nascer e morrer.

Conclui que a questão reside em deixar nas mãos da mãe que diga se pretende continuar com uma gravidez-sacrifício ou não, sem que isso importe em assassinato.

Apontou, portanto, pelo indicativo de endossar a decisão proferida por Ministro Marco Aurélio, ao sopesar o sofrimento a que a gestante estaria exposta.

Outro ponto de vista diametralmente oposto foi indicado pelo Ministro Cesar Peluso.

Alegou que o argumento de que o feto anencéfalo esteja condenado à morte não convence, pois, em sua ótica, todos nascemos para morrer, sendo que a duração de uma vida não pode estar sujeita ao poder de disposição de outras pessoas.

Relatou que o princípio da dignidade não pode ser medido apenas pela integridade física da mãe, pois a integridade física e biológica da vida intra-uterina também estaria em jogo:

O sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento. (...) só quero lembrar que o sistema jurídico repudia, com relação ao sofrimento, apenas os atos injustos que o causem. O sofrimento provindo da prática de um ato antijurídico, esse não pode ser admitido pela ordem normativa.¹¹

Na ótica do Ministro Cesar Peluso, a decisão deve ter em pauta não apenas o sofrimento da mãe, mas principalmente o sofrimento do nascituro, apontando que a decisão pelo aborto poderia ocasionar remorso na gestante.

Ellen Gracie expôs que o *periculum* é invertido, pois a liminar é satisfativa para o efeito de introduzir uma hipótese autorizativa de interrupção de gravidez, negando referendo a segunda parte da liminar.¹²

Carlos Veloso acolheu a proposta de Eros Grau, pois, deve prevalecer em primeiro momento o argumento do direito à vida.¹³

Muito embora o ponto nodal seja representado pela violação dos preceitos fundamentais representados pelos princípios constitucionais já apontados, em razão de conjunto normativo do Código Penal que incrimina a prática do aborto, os valores confrontados exigem a opção pela valorização dos princípios sob a ótica da gestante, do feto, ou de ambos.

Envolve, ainda, a consideração de tratar o pedido principal como criação de modalidade de excludente de ilicitude ou mera declaração de atipicidade do fato.

Tudo isso sem esquecer que a própria admissibilidade da ação foi questionada pelos Ministros, pois a interpretação conforme a Constituição acabaria por criar

¹¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.95>.

¹² Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.104>.

¹³ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.105>.

uma norma jurídico-penal. Tal situação será abordada no último capítulo do artigo.

Por hora, e da leitura dos posicionamentos apresentados pelos Ministros, conclui-se que, a ponderação de valores gera desdobramentos complexos, sendo que admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* se mostrava imprescindível para a consolidação do entendimento final a ser adotado.

A admissão dessa modalidade de intervenção ajuda a legitimar a ponderação de princípios como um juízo racional, pois na visão de Alexy, citado por Carlos Rosenkrantz, o direito tem um mínimo de moralidade e incorpora elementos das concepções socialmente existentes.¹⁴

Portanto, nada mais justo do que se permitir a oitiva da sociedade, através das entidades interessadas na condição de *amici curiae*.

3 A CONTRIBUIÇÃO DOS AMICI CURIAE

O primeiro pedido de intervenção de terceiro, formulado pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, foi indeferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio, sob a justificativa de que o pleito não se enquadraria no texto legal, constante na Lei n.º 9.868/99.

Seguiram-se os pleitos das Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, e Associação do Desenvolvimento da Família.

Os pleitos de intervenção somente foram deferidos em outubro de 2004, decidindo-se, igualmente, pela oitiva de diversas entidades, dentre as quais, a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, entre outras.

¹⁴ ALEXY, Robert. *La construcción de los derechos fundamentales*. p.16.

Referida oitiva é essencial, pois posicionar-se por uma postura realista, que adota a tese de admissão dos próprios valores do juiz na interpretação da legislação, vai contra o argumento democrático, como aponta John Hart Ely, já que não seria possível garantir que os valores do juiz equivalem aos valores do povo.¹⁵

O autor, no texto “Democracia e Desconfiança”, leciona que não é possível pensar um interpretacionismo relacionado apenas ao texto constitucional, porque, ainda que se considere que o texto constitucional revela a vontade do povo, trata-se de um povo que faleceu há um ou dois séculos.

Nessa toada, os dispositivos do Código Penal, ora impugnados na ação discutida, estariam distanciados da realidade, já que o Código penal foi elaborado em meados do século passado?

A solução para o impasse pode ser encontrada na teoria do discurso, trazida por Robert Alexy.

Muito embora a teoria tenha sido elaborada para aplicação no Poder Legislativo, pode ser claramente transportada ao Poder Judiciário: “La teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección práctica. Según Ella, una norma es correcta, y por lo tanto válida, si puede ser el resultado de un determinado procedimiento, a saber, de un discurso práctico racional.”¹⁶

Assim como a norma correta é auferível através de sua derivação de um discurso prático racional, também a interpretação judicial correta pode ser associada à busca da teoria do discurso.

A teoria parte do pressuposto essencial de que os participantes possuem em princípio, uma suficiente capacidade de formular juízos, que inevitavelmente acabarão apontando para a constatação de interesses comuns.

¹⁵ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁶ ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. p.70.

Ainda, a teoria do discurso tem íntima relação com o Estado Democrático de Direito, na medida em que conduz à democracia deliberativa ou participativa.

Portanto, no caso dos *amici curiae* ouvidos através das audiências públicas, existe relevância em que seus argumentos sejam expostos, para que se possam encontrar os interesses comuns, ou ao menos prevaletentes dentro da sociedade sobre o tema.

Prosseguindo no raciocínio de Alexy, a Constituição contida na Lei Fundamental é de um Estado Democrático de Direito, sendo que este Estado e a Lei Fundamental possuem uma íntima relação com a teoria do discurso.

O mútuo condicionamento existente consiste no fato de que um Estado Constitucional Democrático só pode se realizar através da idéia de racionalidade discursiva, alcançada através dos discursos.¹⁷

Uma das exigências mais importantes do discurso seria a democracia, que possui como traço decisivo o fato de que as forças sociais e políticas nela existentes buscam um constante intercâmbio intelectual, uma linha política (relativamente) correta:

Este solapamiento del plano de los intereses y del poder con el plano de los argumentos y de la corrección se corresponde exactamente con los postulados normativos de una teoría discursiva del derecho. Y esto vale, em especial, para el concepto de corrección relativa.¹⁸

Como último passo, o autor ingressa na análise do Estado Constitucional de Direito, cuja transição do Estado Democrático de Direito garante, além da segurança jurídica, legalidade e independência do poder judicial, e a constitucionalidade de cada um dos três poderes.

O Estado Constitucional expressa certa desconfiança frente ao processo democrático instaurado, pois supõe uma restrição da competência decisória da

¹⁷ ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. p.69.

¹⁸ ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. p.84.

maioria parlamentar democraticamente legitimada. Por esse motivo, a jurisdição constitucional, para o autor, também deve conter um caráter discursivo:

Toda institucionalizacion de lo ideal encierra el riesgo de paternalismo. El riesgo de un paternalismo del tribunal constitucional solo puede evitarse, a la postre, si los argumentos del tribunal constitucional y los discursos de los ciudadanos se entrelazan fácticamente. Cuando um tribunal constitucional esgrime sus argumentos iusfundamentales, o demás argumentos jurídico-constitucionales, em contra de los resultados del proceso demacrático, no solo se hace valer negativamente que, de acuerdo com los parámetros de la formación discursiva de voluntad, dicho processo há fracasado, sino que se pretende también, positivamente, que, si los ciudadanos entraran a tomar parte em um discurso jurídico-constitucional racional, también ellos aprobarian los argumentos del tribunal.¹⁹

Alexy expõe que, sempre que o processo de reflexão entre o espaço público, o legislador e o tribunal constitucional se estabilizar duradouramente, haverá uma bem sucedida racionalidade discursiva no Estado Constitucional Democrático.

Como o diálogo entre o Poder Judiciário e o Legislativo não se apresenta claro, o diálogo entre o Judiciário e a sociedade, representada pelos *amici curiae*, é medida salutar, constituindo uma faceta da teoria do discurso aplicada diretamente no âmbito desse Poder.

Conclui-se que as ponderações lançadas pelos *amici curiae* representam conteúdo externo importante para ser sopesado, mas demandam a advertência de não permitir, na medida do possível, que a decisão tomada pelos Ministros considere valores científicos, religiosos ou morais acima dos argumentos jurídicos.

4 PRESSÕES NO JULGAMENTO X PREVALÊNCIA DE ARGUMENTOS JURÍDICOS

O Ministro Relator referiu sobre as pressões sofridas em razão do deferimento da medida liminar:

¹⁹ ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. p.93.

Precisamos ter presente a realidade. Sei que há pressões morais, e a pressão religiosa é enorme. Eu próprio recebi um documento assinado pelos cardeais brasileiros, condenando a liminar deferida. Tenho recebido em meu gabinete, em seus diversos endereços, via internet, inúmeros e-mails, alguns deles até mesmo agressivos, mas há de se caminhar para a postura consentânea com o convencimento sobre a matéria. Aí, costumo dizer que a síntese de todas as virtudes do homem é a coragem, a coragem em fazer o que se deve fazer, pouco importando o barulho que façam os veículos de comunicação e a própria turba.²⁰

Referiu que a liminar não poderia ser cassada ante a pressão da ala eclesiástica:

Ainda temos, em Plenário, um Cristo, mas de há muito houve a separação Estado/Igreja. Creio que não de se fazer presentes, no caso, parâmetros técnicos, parâmetros constitucionais, e não visões até mesmo fundamentalistas, morais e religiosas sobre o tema.

Apreendi que as circunferências do Direito, da moral e da religião são diversas. Estamos frente ao nosso dever de julgar, de atuar preventivamente. A liminar visa a afastar risco maior, que está, em um primeiro plano, em não se conseguir, nos hospitais públicos, quem faça a interrupção e, no segundo plano, em deparar, uma vez alcançada a boa vontade dos profissionais da medicina, essa mesma interrupção, com as agruras de um processo penal. É esse o risco que precisa ser analisado.²¹

Eros Grau afirmou que está em discussão apenas a lógica do sistema jurídico, e não a lógica religiosa ou científica, pois a insegurança jurídica estaria caracterizada na concessão de liminar satisfativa, que permitiu uma terceira modalidade de aborto, como se o Código Penal tivesse sido reescrito. Seria uma liminar da vida, mas contra a vida reconhecida no artigo 2º do Código Civil.

Retornando aos ensinamentos de Víctor Comella, destaca o autor que é muito presente a idéia de que uma das funções da Constituição é integrar, em uma unidade política, a pluralidade de forças e ideologias presentes na sociedade, tal como preconiza Konrad Hesse em seu princípio da "eficácia integradora da Constituição."

²⁰ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.81>.

²¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.83>.

A grande questão estaria em buscar uma zona de consenso político, com a superposição das diversas “cosmovisões”, de modo que os princípios políticos que se construíram a partir desse consenso, sejam suficientes para guiar as discussões coletivas acerca da estrutura básica da sociedade.

Somente as razões que se constroem dentro dessa zona de consenso podem se apresentar, ao foro público, como justificação das propostas constitucionais e legislativas sobre as questões básicas da estrutura social.

Por tudo isso, o juiz constitucional deverá considerar como inadmissíveis para a justificação de propostas de interpretação constitucional aquelas razões que não são “políticas”, no sentido dado por John Rawls. Dispõe que:

Em el caso Del aborto, por ejemplo, es necesario articular la discusión pública de tal modo que las tesis sostenidas por las distintas partes en la controversia puedan presentarse como soluciones diversas a un conflicto entre valores constitucionales que todos comparten, aunque sea em distinto grado. Por tanto, el juez constitucional debe procurar integrar dentro de la Constitución las distintas razones em litigio, y para ello las cláusulas más abstractas (como la dignidad, por ejemplo) constituirán um buen médio. Qué solución deba em definitiva a darse a la controversia sobre la punición del aborto es una cuestión em la que el juez puede intervenir com um grado de protagonismo mayor o menor frente al legislador democrático, pero es em todo caso deseable que el debate aparezca como um debate em torno a la mejor interpretación y armonización de valores constitucionales que los diversos grupos políticos y sociales comparten.²²

Prossegue alegando que tal situação nem sempre é possível, porque às vezes os litigantes, e no caso sob estudo, as entidades ouvidas na qualidade de *amici curiae*, apelam para razões que não são aceitáveis em uma cultura democrática, como por exemplo, ensinamentos ou dogmas de uma determinada religião, as quais não constituiriam uma razão pública dentro de um Estado liberal-democrático.²³

Isso porque, se desejar-se respeitar a condição de que as pessoas são livres e iguais, os princípios que regulam a estrutura básica da sociedade devem ser os

²² COMELLA, Víctor Ferrerres. **Justicia Constitucional y Democracia**. p.133.

²³ COMELLA, Víctor Ferrerres. **Justicia Constitucional y Democracia**. p.134.

princípios puramente políticos, que todos podem aceitar seja qual seja a sua cosmovisão filosófica, religiosa ou moral.

As razões, portanto, derivadas de cada cosmovisão religiosa, filosófica ou moral que não fazem parte do consenso político não podem ser levantadas no foro público, pois não seriam parte da razão pública.

5 ANÁLISE PRINCIPiolÓGICA E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Os princípios invocados como lesionados na arguição de descumprimento de preceito fundamental em análise permitem a ampliação da proteção de aspectos da liberdade e da dignidade que não estão previstos de maneira específica, mas abrem um campo de discricionariedade interpretativa ao juiz.

E qual seria o limite dessa discricionariedade?

Para Marcelo Neves, que defende a tese de circularidade entre princípios e regras como um modelo adequado de articulação, os princípios são imprescindíveis em uma sociedade supercomplexa, mas também deve ser considerado que a complexidade da realidade social ocasiona uma colisão partindo-se do mesmo princípio, por meio de leituras diversas e modelos argumentativos entre si incomensuráveis.

Abordando a ADPF n.º 54, Marcelo Neves não trata diretamente da decisão liminar ou de sua parcial revogação, mas expõe que uma argumentação abertamente principiológica pode levar a controvérsia a uma discussão *prima facie*, facilitando as alternativas da parte contrária, que pode também invocar outros princípios, a serem sopesados pelos juízes.²⁴

De sua leitura cumpre assentar, para o presente debate, que os princípios, na qualidade de mecanismos reflexivos, são capazes de viabilizar uma reprodução

²⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Brasília/UnB: Tese de Doutorado, 2010, p.214

adequada do sistema jurídico em relação à sociedade e ao ambiente social do Direito.

Tal reflexividade, no entanto, abre as portas para uma discricionariedade judicial, pois os princípios invocados na inicial, caracterizadores dos preceitos lesionados, possuem alto grau de abstração.

Gilmar Mendes, em seu voto-vista, talvez buscando se afastar das conseqüências de uma discussão principiológica, alegou a desnecessidade de distinção entre princípios e regras para os fins da arguição de descumprimento de preceito fundamental:

(...) a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.²⁵

Não há discussão sobre o caráter aberto dos princípios, e sobre o fato de que a análise principiológica abre margens para diversas interpretações de uma norma.

No entanto, parece não haver saída quanto à necessidade do enfrentamento dessa questão principiológica pelo Supremo Tribunal Federal, muito embora o princípio da dignidade da pessoa humana venha sendo utilizado de forma equivocada como solução de problemas interpretativos.

Abordando tal tema, o Ministro Cesar Peluso defendeu que a pretensão da autora poderia ser sanada mediante interpretação sistemática das próprias normas do Código Penal, sem necessitar se recorrer a Constituição Federal, pois o problema seria apenas de saber se há ou não delito nesse caso:

²⁵ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.164>.

Se o preceito genérico de tutela da dignidade da pessoa humana fosse suscetível desse confronto, para efeito de justificar interpretação infraconstitucional, a Corte não suportaria a carga de processos de ADPF, porque isso sempre será possível. A interpretação de qualquer norma, todas as quais se dirigem em última instância a regular comportamentos humanos, implica que a regulamentação de determinado comportamento pode sempre botar em risco ou em cheque o princípio constitucional da tutela da dignidade da pessoa humana. Noutras palavras, vamos ficar especialistas em confrontar interpretações de normas subalternas sob o pretexto de ofensa a preceito fundamental.²⁶

Em análise de tal tendência, Günther Frankenberg, no texto "Tiranía da dignidade? Paradoxos e paranóias de um valor supremo", pondera²⁷:

Apesar de sua superioridade, a dignidade humana, uma vez tendo assumido feição jurídica como princípio fundamental, direito fundamental ou norma fundamental, deve inserir-se na massa de outros princípios jurídicos. Sua força como valor supremo não a salva dos enxames de interpretes jurídicos que dela se aproximam, de forma imprudente, com a ferramenta jurídica comum. Ao contrario, sua indeterminação não assombra, e, sim, motiva que se a defina, interprete, concretize e subsuma como *lege artis*. Acompanhando a dignidade humana na inevitável jornada hermenêutica, descobrimos mais sobre a sensibilidade dos interpretes que sobre a danificação da dignidade humana.

Observe-se, portanto, que o Ministro trouxe à baila a questão do princípio da dignidade da pessoa humana, mas deixou de referir os demais preceitos violados.

Importa considerar, nesse ponto, que o princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser usado como justificativa abstrata, mas como indicador para apontar pela garantia de outros direitos, fazendo "brilhar" outros princípios igualmente envolvidos.

A dignidade da pessoa humana, como exposto na visão de Frankenberg, deve ser tida como um princípio libertário, que protege a individualidade, identidade e integridade.²⁸

²⁶ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.154>.

²⁷ FRANKENBERG, Günther. Tiranía da dignidade: Paradoxos e paranóias de um valor supremo. In: **A gramática da constituição e do direito**. Tradução de E. Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.; 305-321.

²⁸ FRANKENBERG, Günther. **A gramática da constituição e do direito**. p.315.

Prossegue o Ministro Peluso expondo que a criação de excludente de ilicitude é tarefa do legislativo, que figura como intérprete dos valores culturais da sociedade. Para ele, a pergunta estaria em averiguar se o Tribunal tem competência para, sob pretexto de que certas normas já não seriam adequadas ao tempo e à evolução científicas, ler outra coisa onde as normas não deixam nenhuma dúvida quanto ao seu sentido emergente, pois se pede, em última análise, que seja criada norma jurídico-penal contrária ao sentido dos artigos 124, 126 e 128 do CP.²⁹

Ellen Gracie, na mesma linha, explanou³⁰:

O que vem ao crivo do Tribunal nesta ação? Uma norma velha de 65 anos que, ao momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi recepcionada, como todo o Código Penal.

Essa disposição de lei comina com pena privativa de liberdade quem promova o abortamento. Criada foram duas exceções em que tal prática não será penalizada.

O que a ação pretende fazer inserir, nesse dispositivo, por criação jurisprudencial, uma terceira causa exculpante.

Ou seja, que, além do abortamento sentimental (gravidez, fruto de violência) e do abortamento terapêutico (risco para a vida da mãe), também seja isento de penalidade o abortamento de feto diagnosticado como anencefálico.

É, sem dúvida, atuação legislativa que se pretende do Tribunal.

A ministra entende pelo não cabimento da ação, pois estaria se solicitando a atuação do Tribunal como legislador positivo, sendo que a jurisdição constitucional seria convocada para expungir do ordenamento normas que estejam em descompasso com a Constituição, mas não para oferecer acréscimos em usurpação de competência dos outros dois poderes.

Se a análise principiológica, e em especial, a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana, desperta receio nos julgadores, a adição da suposta atuação do julgador como legislador positivo dentro desse cenário, cria um quadro

²⁹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.99>.

³⁰ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.194>.

repleto de indagações sobre as virtudes que um Ministro do Supremo Tribunal Federal deve demonstrar.

Mostra, também, que os mesmos questionamentos perpassam por diferentes temas submetidos à Corte, resultando em mais perguntas do que respostas.

6 O TEMIDO ATIVISMO JUDICIAL

Aberta a polêmica sobre a atuação do julgador, Gilmar Mendes assinalou que a questão relativa ao papel positivo ou negativo do legislador não tem significado, pois o Supremo Tribunal Federal tem inúmeros exemplos de que são feitas construções legais, até mesmo de perfil constitucional.

Sustentou que a própria Corte criou um conceito jurídico indeterminado ao substituir a idéia de *periculum in mora* por conveniência política da concessão da cautelar.³¹

Carlos Velloso explanou em seu voto, que se pretende que o Judiciário inove no mundo jurídico, mediante interpretação, e sem a devida regulamentação legal, o que se mostra temerário.³²

Sepúlveda Pertence alegou, que não se trata da criação de uma excludente de responsabilidade, mas sim de reconhecer a atipicidade do fato, tomando como padrão da solução os princípios constitucionais, e não a mera interpretação literal, sistemática ou teleológica do Código Penal: "Tantos são os verdadeiros abortos diária e impunemente no Brasil, que o cumprimento da liminar por algum pouco tempo não será uma catástrofe".³³

Joaquim Barbosa proferiu voto no sentido de admitir a ação para os fins propostos, pois não haveria usurpação do Poder Legislativo, sendo evidente o

³¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.101>.

³² Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.214>.

³³ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.110>.

risco potencial às gestantes que optem pelo aborto de serem processadas, e imprestabilidade dos demais meios de ação.

Propõe, de forma original, a aceitação da arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de alargamento da ação protetiva dos direitos fundamentais.

Nelson Jobim explanou que entende necessário o Tribunal dar solução definitiva ao problema para que sejam evitadas soluções contraditórias no território nacional:

Observe-se a importância dos processos objetivos. Neles, o Supremo Tribunal Federal tem oportunidade de enfrentar de imediato as questões de repercussão maior, que interessam a sociedade como um todo.

(...)

Mediante o processo objetivo ensejador do controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo exerce, na plenitude, a atribuição que lhe é precípua, isto é, de guardar a Constituição Federal, e, com isso, afasta a desinteligência de julgados, decisões que, em última análise, implicam a interpretação do ordenamento jurídico com base na formação técnica e humanística dos integrantes do órgão que atue, fenômeno que ocorre a partir de ato de vontade. Daí a conveniência de não ficar a Corte a reboque, a pronunciar-se processo a processo, de modo irracional, visando a prevalência do direito posto, especialmente do direito constitucional.³⁴

Não se vislumbra maneira do Supremo fugir do ativismo judicial, pois o próprio Ministro Gilmar Mendes, ao analisar a admissibilidade da ação, dispôs que inexistia outro meio capaz de sanar a lesividade invocada, indagando o que ocorreria caso o Supremo se deparasse com um *habeas corpus* tratando da mesma matéria.

O *habeas corpus* n.º 84.025, já referido, e que tratava da antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo, restou prejudicado em razão do nascimento seguido de morte do bebê. Isso só reforçaria a inadequação do *habeas corpus*, que chegaria ao Supremo com a gravidez em estágio avançado.

³⁴ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>, p.39>.

Ainda que cabível o *habeas corpus*, prossegue o Ministro explanando que ao Tribunal restariam duas saídas: autorizar ou não a interrupção da gravidez.

Se autorizar, que norma permissiva estaria sendo invocada? Estaria sendo reconhecida uma causa excludente de ilicitude implícita.

Se proibir, resta admitida a constitucionalidade da fórmula legislativa, com efeito de generalizar o entendimento perante o Judiciário e Administração Pública.³⁵

Cumpra analisar a que custo seria devida a espera pela atuação do Poder Legislativo, considerando que existem, nos termos relatados pela Ministra Ellen Gracie, sete projetos de lei visando alargar as excludentes de ilicitude da prática de abortamento, dos quais um deles foi arquivado no Senado em 2004, e o outro, em regime de tramitação ordinária, aguarda parecer.³⁶

Ainda, o que não pode ser desconsiderado é que, mesmo a decisão pela impossibilidade de acolhimento de pleito, ante a caracterização de ofensa à tripartição de poderes e invasão de competência do Poder Legislativo, também é uma decisão com conseqüências.

A interpretação da Constituição Federal não pode distribuir ônus e benefícios, mas devem ser feitas escolhas tomando responsabilidade pelos caminhos interpretativos tomados.

Se é certo que o Judiciário não é sempre a melhor solução, também é certo que deve atuar nos últimos casos, para os quais não há outro caminho.

Como ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio:

Tal como nas cortes constitucionais estrangeiras, o tema alusivo à vida, seja qual for o ângulo – o de pena capital, o do aborto, o da eutanásia e o da interrupção da gravidez, ante a deformidade inafastável inviabilizadora da própria vida -, vem sendo alvo, no Brasil, de enorme expectativa.

(...)

³⁵ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.190>.

³⁶ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.195>.

A Corte está sendo convocada e deve atuar, cumprindo o seu dever de guardião maior da Carta da República. Vale lembrar que a História é impiedosa, não poupando posturas reveladoras de atos omissivos.³⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alegações e pontos de vista dos Ministros, nos termos expostos no presente artigo, podem ser resumidos através do seguinte quadro:

MINISTRO	Voto pela manutenção da liminar, em seu inteiro teor	Voto pelo referendo da primeira parte da liminar, e revogação da segunda parte	Voto por negar referendo à liminar, <i>in totum</i>
NELSON JOBIM		X	
SEPÚLVEDA PERTENCE	X		
CELSO DE MELLO	X		
CARLOS VELLOSO		X	
ELLEN GRACIE		X	
GILMAR MENDES		X	
CESAR PELUSO			X
JOAQUIM BARBOSA		X	
CARLOS BRITTO	X		
EROS ROBERTO GRAU		X	
MARCO AURÉLIO	X		

As diferentes formas de encarar a mesma questão enriquece o debate, mas não deve ser esquecido que, como expõe Alexy, a argumentação deve ser feita sempre com os afetados e não sobre os afetados, pois a interpretação e a ponderação dos respectivos interesses correspondem em última instância, ao afetado em cada caso.³⁸

³⁷ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.42>.

³⁸ ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. p.75.

Transportando tal entendimento ao presente caso, deve se dar primazia à gestante, partindo do pressuposto de que as pessoas são competentes para comandar a própria vida.

Sunstein aborda, em "A Constituição Parcial", o caso *Roe v. Wade*, sustentando que a restrição ao aborto está diretamente ligada à discriminação sexual, como primeiro ponto.

Em segundo lugar, o direito igualitário ao aborto estaria amparado na proibição da seletividade da coerção: "Uma imposição sobre mulheres, mas não sobre homens viola a cláusula de igual proteção mesmo se uma imposição mais geral fosse inobjetável ou altamente desejável".

O terceiro ponto, que reforça o segundo, trata do fardo de carregar um feto que não lhe é bem-vindo, como produto de estereótipos constitucionalmente inaceitáveis sobre o papel apropriado das mulheres na sociedade.

O quarto e último fator é a consequência de uma restrição ao aborto que não salva milhares de fetos, mas força milhares de mulheres a buscar procedimentos extremamente perigosos.

Após o resultado do caso americano, explica que, o que se viu não foi o aumento de mortes fetais, mas sim o aumento de abortos seguros.

Na medida em que as leis que restringem o aborto levam em consideração a discriminação sexual, Sunstein conclui que estas normas não violam a cláusula do devido processo ou a privacidade constitucionalmente protegida, mas **violam o compromisso constitucional à igual proteção**.³⁹

O Ministro Marco Aurélio defendeu a posição de que a medida acauteladora não visou compelir às gestantes à interrupção da gravidez, mas sim, preservada a autonomia de vontade, buscou viabilizar a possibilidade de interrupção sem o risco da gestante e dos profissionais da saúde responderem a processo penal.

³⁹ SUSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.263.

Portanto, longe de constituir uma diretiva para as gestantes, a antecipação terapêutica representa alternativa, com seus malefícios e benefícios a serem suportados pela própria optante.

Nos termos dos ensinamentos de John Rawls, Comella afirma que, na cultura pública da democracia, parte-se do reconhecimento das pessoas como livres e iguais, porque têm capacidade, em nível suficiente, para exercitar seus "poderes morais".⁴⁰

Se de fato as pessoas são livres e iguais, basta que a Suprema Corte, através de seus Eminentes Ministros, tenha coragem de afirmar tal declaração, com o fito de uniformizar o entendimento nacional e evitar que sejam proferidos julgamentos díspares sobre a matéria, desgastando as partes envolvidas, o Poder Judiciário, e o próprio Supremo Tribunal Federal:

Observe-se a importância dos processos objetivos. Neles, o Supremo Tribunal Federal tem oportunidade de enfrentar de imediato as questões de repercussão maior, que interessam a sociedade como um todo. (...)

Mediante o processo objetivo ensejador do controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo exerce, na plenitude, a atribuição que lhe é precípua, isto é, de guardar a Constituição Federal, e, com isso, afasta a desinteligência de julgados, decisões que, em última análise, implicam a interpretação do ordenamento jurídico com base na formação técnica e humanística dos integrantes do órgão que atue, fenômeno que ocorre a partir de ato de vontade. **Daí a conveniência de não ficar a Corte a reboque, a pronunciar-se processo a processo, de modo irracional, visando a prevalência do direito posto, especialmente do direito constitucional.**⁴¹

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010.

⁴⁰ COMELLA, Víctor Ferrerres. *Justicia Constitucional y Democracia*. p.69.

⁴¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>, p.39>.

CARRANO, Pricila Martins. Análise dos argumentos exarados pelo supremo tribunal federal na adpf n.º 54 à luz da teoria constitucional. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF n.º 54. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>

COMELLA, Víctor Ferrerres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FRANKENBERG, Günther. **Tiranía da dignidade: Paradoxos e paranóias de um valor supremo**. In: A gramática da constituição e do direito. Trad. E. Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.305-321.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Brasília/UnB: Tese de Doutorado, 2010.

SUSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.