



UM OLHAR BIOÉTICO SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS REPRODUTIVAS: A DECISÃO RELATIVA À INTERRUPTÃO GESTACIONAL VOLUNTÁRIA DE ANENCÉFALOS NO BRASIL – ADPF-54

Edna Raquel Hogemann¹

Resumo: Analisa a temática da interrupção voluntária da gestação, numa perspectiva bioética de cariz secular, dissecando possíveis interfaces e desdobramentos que importem no comprometimento ou não dos direitos fundamentais, previstos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, tendo por objeto concreto de análise jurídica da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF-54), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que descriminalizou a interrupção da gestação de feto anencefálico, na medida em que julgou procedente o pedido formulado, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação

¹ Doutora e mestre em Direito (UGF). Especialista em Bioética pela Cátedra em Bioética da UNESCO. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professora associada, permanente do PPGD da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Decana do Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e de Administração, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Membro da International Alliance of Jurists and Economists (France). Coordenadora do Grupo Direito Humanos e Transformação Social (CNPq)

segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal, prevalecendo o voto do Min. Relator, Marco Aurélio Mello, vencidos os Ministros César Peluso e Ricardo Lewandowski. Busca identificar os princípios constitucionais adotados na salvaguarda dos direitos fundamentais adotados para lastrear a histórica decisão, bem como o horizonte de pré-compreensão do conhecimento jurídico sobre a matéria, do mesmo modo que procura estabelecer a possibilidade de uma ampliação do entendimento a partir da produção desse conhecimento utilizado na construção de cariz biojurídico emanada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A pesquisa aponta para o fato de que às reflexões produzidas naquela ocasião, somam-se os contornos de estreita liberdade na regulamentação da matéria pelos legisladores em horizonte próximo, respeitados os limites constitucionais concernentes não só aos direitos fundamentais da mulher, como também à necessária e permanente defesa do feto.

Palavras-Chave: Interrupção gestacional voluntária; direitos fundamentais; pré-compreensão; bioética; políticas públicas.

Abstract: It analyzes the theme of voluntary interruption of pregnancy, from a bioethical perspective of a secular nature, dissecting possible interfaces and developments that imply the commitment or not of fundamental rights, provided for in the text of the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB) of 1988, having as object concrete legal analysis of the Action for Noncompliance with a Fundamental Precept (ADPF-54), filed by the National Confederation of Health Workers (CNTS), which decriminalized the interruption of pregnancy of an anencephalic fetus, insofar as it upheld the request made, to declare the unconstitutionality of the interpretation according to which the termination of pregnancy of an anencephalic fetus would be

a conduct typified in articles 124, 126 and 128, items I and II of the Penal Code, prevailing the vote of the Minister. Rapporteur, Marco Aurélio Mello, Ministers César Peluso and Ricardo Lewandowski defeated. It seeks to identify the constitutional principles adopted to safeguard the fundamental rights adopted to support the historic decision, as well as the horizon of pre-understanding of legal knowledge on the matter, in the same way that it seeks to establish the possibility of expanding the understanding from the production of this knowledge used in the construction of a biojuridical nature emanated by the Federal Supreme Court (STF). The research points to the fact that to the reflections produced on that occasion, the contours of strict freedom in the regulation of the matter by the legislators in the near horizon are added, respecting the constitutional limits concerning not only the fundamental rights of women, but also the necessary and permanent defense of the fetus.

Keywords: Voluntary pregnancy interruption; fundamental rights; pre-understanding; bioethics; public policies.

INTRODUÇÃO



presente artigo cumpre requisito parcial para a obtenção do Diploma de frequência com aproveitamento no IV Curso de Pós-Graduação em Direito dos Animais 2021/2022. Volta-se para uma reflexão bioética e biojurídica em relação à decisão da Corte Constitucional Brasileira, qual seja, o Supremo Tribunal Federal (STF), que autorizou a interrupção voluntária de gestações de fetos com anencefalia, na medida em que no Brasil, até a decisão do STF, não era permitida a interrupção da gravidez em casos de anencéfálicos, tendo em conta a necessidade de um olhar humanizado às mulheres com gestação de anencéfalos carecedor de uma abordagem ética, em consonância com aos

princípios constitucionais vigentes e com a normativa de garantia dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, exsurtem no cenário dos debates que o tema suscita os direitos da mulher, em especial, os princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Assim, tendo em conta a pacificação dessa situação conflituosa pela decisão nos autos da ADPF-54, torna-se inconcebível a partir de então, qualquer procedimento de cariz discriminatório ou restritivo quanto ao direito do acesso da mulher à assistência à sua saúde quando se encontre nessa situação. Esse direito da gestante, lastreado no referencial tanto ético quanto jurídico de seus direitos reprodutivos, como restará demonstrado ao longo do presente trabalho, se encontra garantido pelos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos humanos.

Considerando a dignidade da pessoa humana como o epicentro da ordem jurídica brasileira, tendo em vista a crescente ideia de valorização da pessoa como razão essencial para a estrutura de organização do Estado e para o Direito, a dualidade atravessada pela ADPF-54 ao decidir em favor de direito das mulheres ao aborto em um país fortemente dominado pelo poder simbólico da religião, partimos da denúncia do caráter de sustentação de uma estrutura patriarcal que, por sua vez, também molda o campo do Direito. Nessa perspectiva, buscamos lastro teórico no pensamento de H. Tristan Engelhardt Jr., especialmente em sua construção epistemológica relativa aos “estranhos morais” que se revela como uma alternativa na proteção dos direitos fundamentais e garantia de novos direitos, na medida em que promove o alargamento do poder de decisão sobre a matéria. Para tal, utilizamos do método lógico-dedutivo, baseado em pesquisa documental em arquivo e bibliográfica, para fins de análise conceitual e histórica, fundado no diálogo teórico entre os autores pesquisados, com o propósito da compreensão dos conceitos do direito à vida, à liberdade e à saúde, em especial sob os aspectos bioéticos que envolvem o dilema em apreço, para

concluir pelo direito de amplificação das vozes que exsurgem nesse cenário, garantindo novas trajetórias.

Há que destacarmos, inicialmente, tratar-se de um dos mais relevantes acontecimentos da trajetória jurídico-institucional do STF, qual seja, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). O Plenário, por oito votos a dois, julgou procedente o pedido formulado na ADPF nº 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal, prevalecendo o voto do Min. Relator, Marco Aurélio Mello, vencidos os Ministros César Peluso e Ricardo Lewandowski.

1. A GESTAÇÃO DE ANENCÉFALOS EM QUESTÃO

A anencefalia constitui-se como uma malformação inconciliável com o viver. Dados do Ministério da Saúde dão conta que entre 75% a 80% dos fetos portadores de anencefalia são natimortos, a saber, morrem ainda no útero materno. O restante fatalmente morre em poucas horas ou alguns dias após o parto. Sendo certo que o prolongamento dessa gestação pode afetar o bem-estar físico e mental da mulher e até mesmo vir a colocar sua vida em risco.

Dados fornecidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS) indicam o Brasil como o quarto país do mundo em casos de partos de fetos anencefálicos, atrás somente do México, Chile e Paraguai. Em 2008, a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO) contabilizou a cifra de cerca de 20 casos para 10 mil nascidos vivos em nosso país, número esse que se revela cinquenta vezes maior que na França (DINIZ; VELEZ, 2008).

Anteriormente ao julgamento da ADPF-54, as gestantes

de anencéfalos que desejavam interromper a gestação tinham que recorrer individualmente ao Poder Judiciário. No entanto, não havia uma uniformização da jurisprudência e, na grande maioria dos casos, em razão da lentidão da Justiça brasileira, a decisão somente ocorria após o nascimento. Sendo certo que até o ano de 2005, os juízes e Tribunais de Justiça no Brasil formalizaram cerca de três mil autorizações para interromper gestações em decorrência da impossibilidade de sobrevivência do feto, o que demonstrou como constatado pelo ministro Marco Aurélio, a necessidade de o STF se pronunciar sobre o tema.

Inicialmente cabe aqui esclarecer a condição patológica do nascituro portador de anencefalia. A Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.752/04, revogada pela Resolução nº 1949/10, dispunha que, por não possuírem os hemisférios cerebrais, os anencéfalos são natimortos cerebrais que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, se tornam inviáveis para transplantes. Além do que, para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica.

Os critérios da morte encefálica estão regulados pela Resolução CFM nº 1.480/97, que em seu artigo 3º, cita que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo certo que o bebê anencéfalo é o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro.

Os critérios fixados pela Resolução CFM nº 1.480/97, previstos na lei acima citada e aplicados em indivíduos com encefalo, consideram, para que se tenha a efetiva certeza da irreversibilidade, que todo o encéfalo esteja sem vida. Como o anencéfalo não possui cérebro, não há que se falar em possibilidade de vida – visto que a natureza, previamente, inviabilizou

qualquer potencialidade. O bebê portador da anomalia seria considerado como natimorto cerebral. A espera pela morte do tronco cerebral para garantir a existência de morte cerebral só pode ser aplicada nos que têm cérebro. Quem não tem cérebro, como é o caso do anencéfalo, não pode sofrer o mesmo critério.

A Constituição Federal de 1988 revela em seu art. 102, §2º, que: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Logo, partimos do pressuposto segundo o qual o STF tem força para avaliar e tratar sobre arguições de descumprimento de preceitos fundamentais.

Importante sublinharmos que até o julgamento final da ADPF-54, em 2012, a indefinição em relação ao caráter desse procedimento vinha se arrastando há mais de uma década. Cumpre ressaltar que no ano de 2004, quando do ajuizamento da Arguição, o ministro Marco Aurélio de Mello concedera uma liminar que autorizava antecipação do parto de fetos que fossem anencéfalos. No entanto, tal liminar findou por ser cassada no curso de uma sessão plenária do STF, quatro meses depois de se encontrar em vigor, sendo retomada a obrigatoriedade de as mulheres manterem a gravidez, ainda que diante de um diagnóstico da inviabilidade fetal.

Justo apontar que o contexto jurídico e ético sugerido nas ações anteriormente apreciadas e nesta, em especial, era de que por ser a anencefalia uma má-formação inconciliável com a sobrevivência do feto fora do útero, a cessação da gestação nesse acontecimento não necessitaria ser tipificada como crime, mas sim como um processo médico protegido em princípios constitucionais como o direito à saúde, à dignidade, à liberdade e a estar livre de tortura (BARROSO, p. 69-119, 2004). A estratégia argumentativa residiu em evidenciar que outros princípios constitucionais necessitam fazer parte do debate público e político sobre o aborto.

2. UMA ANÁLISE BIOÉTICA DO DISCURSO DAS MINISTRAS E MINISTROS DO STF NA ADPF 54

A anencefalia exigiu dos Ministros da nossa Suprema Corte buscarem o recurso metodológico devido para a determinação de uma nova argumentação, ao permitir suplantar a retórica cristã tradicional do aborto (heteronomista) como um atentado a uma vida humana em potencial.

Nesse sentido, é esclarecedor o trecho do voto do então Ministro Joaquim Barbosa quando confere justificativa para a sua posição favorável ao pedido constante nos autos pela descriminalização da interrupção da gestação de feto anencéfalo, pondo realce na necessidade da garantia da laicidade do Estado e, por consequência, elabora uma extensa elucidação a respeito de como a laicidade em si não pode configurar desconsideração ou desprezo com as religiões. Igual ênfase a esse respeito podemos encontrar no voto dado pelo Ministro Celso de Medo quando se manifesta sobre laicidade para justificá-lo, comunicando com o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa, a saber:

Com efeito, uma das características essenciais das sociedades contemporâneas é o pluralismo. Dentro de um mesmo Estado, existem pessoas que abraçam religiões diferentes- ou que não adotam nenhuma -; que professam ideologias distintas; que têm concepções morais filosóficas díspares ou até antagônicas. E, hoje, entende-se que o Estado deve respeitar estas escolhas e orientações de vida, não lhe sendo permitido usar do seu aparato repressivo, nem mesmo do seu poder simbólico, para coagir o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade, nem tampouco para estigmatizar os ‘outsiders’. (Voto do Ministro Celso de Mello, p.336, citando: Daniel Sarmiento “Legalização do Aborto e Constituição”, “in” “Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos”, p.03/51, 26-27, 2007, Lumen Juris).

Desse modo, a laicidade do Estado brasileiro é asseverada no que diz respeito à enorme força simbólica que as

religiões, especialmente as de matriz judaico-cristã, ainda possuem sobre a sociedade brasileira e suas instituições.

Por outro lado, conforme entendimento de Diniz e Vélez (2008, p. 648):

A Estratégia argumentativa da ação foi a de demonstrar que outros princípios constitucionais devem fazer parte do debate público e político sobre o aborto. A anencefalia foi um recurso metodológico para a imposição de uma nova argumentação. [...].

Pode-se argumentar que a ADPF exposta ao STF se defendeu em um giro argumentativo, comum às ações de Cortes locais. O alvo não foi estabelecer um novo permissivo legal no Código Penal, mas evidenciar que a condição clínica da anencefalia não se condiria na determinação penal do crime de aborto. Para que sustentemos o argumento de aborto como crime contra a vida em potencial do feto, é preciso que exista perspectiva de vida extrauterina, um tanto nula para o feto com anencefalia (SWAIMAN, ASHWAL, 2003, p. 250-251). Por esse caminho argumentativo, a ação de anencefalia sugeriu a categoria médica e jurídica de antecipação terapêutica de parto para importar os procedimentos médicos permitidos judicialmente fazia uma década no país.

De início, tratava-se da admissibilidade da arguição, para adotar “o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir do laudo médico atestando a deformidade e a anomalia que atingiu o feto”, e para determinar “o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado” nos casos em que a gestante estivesse respondendo processo penal pela prática de aborto, tipificada pelo artigo 124 do Código Penal Brasileiro (ABREU FILHO, 2010).

O então defensor da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, hoje Ministro Luís Roberto Barroso, em sua fundamentação na solicitação de ADPF, dá valor maior para o princípio da dignidade da pessoa humana, e esclarece a

importância deste para o caso, asseverando que:

Impor a uma mulher a obrigação de gestar um feto que sabe, com certeza, não ter condições de sobrevivência, causar-lhe-á dor, angústia e frustração, importando em uma violação de ambas as vertentes da dignidade acima explicitadas que são elas, a ameaça a integridade física e os danos a integridade moral e psicológica, fora que, conviver com a realidade e a lembrança de que o feto que nela cresce não poderá sobreviver, pode ser comparada á tortura psicológica. Lembrou, ao final, que a Constituição veda todo tipo de tortura e que a legislação infra-constitucional define a tortura como uma situação de intenso sofrimento físico ou mental. (ADPF-54)

Chama a atenção os argumentos do Ministro relator em que prevalecem o individualismo e o forte apelo aos direitos da mulher:

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. Considerando, portanto, inadmissível que o direito à vida de um feto que não tem chances de sobreviver prevaleça em detrimento das garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas previstas na Constituição. (Voto do Ministro Marco Aurelio de Mello, APDF-54)

E adiciona: “Cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Foi dada ênfase à privacidade e à dignidade humana como direitos fundamentais que devem ser respeitados”.

Entretanto, do outro lado estão em jogo os direitos da mulher, na medida em que a manutenção da gravidez nesses casos impõe graves riscos para a saúde da mãe, assim como consequências psicológicas severas e irreparáveis para toda a família.

Restou clara a sua aceitação de uma ponderação ampla para incluir a possibilidade de uma interpretação quanto a aplicação de princípios, quando, mais grave, a possibilidade de se

ponderar também as regras, a depender da melhor adequação ao caso concreto.

O atual Ministro Barroso, então advogado que ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 no Supremo Tribunal Federal, muitas vezes ancorou seus posicionamentos nas teorias expostas por Alexy, especialmente quando estabeleceu a ponderação como uma técnica necessária a produção de uma solução quando há uma colisão entre princípios que impossibilite a decisão em um determinado caso concreto.

Ao sustentar conceitualmente, sugeriu que ao intérprete caberia a análise das normas relevantes ao caso concreto, bem como o conflito existente, pois a ponderação reside, fundamentalmente, na percepção de insuficiência de soluções aparentes, ou até mesmo em um conjunto de argumentos sólidos que possam ser utilizados em mais de uma solução que permita a adequada comparação dos elementos normativos pertinentes ao tema.

A análise dos fatos, as circunstâncias concretas e os reflexos sobre questões tormentosas como a interrupção de uma gestação podem apontar, observadas as peculiaridades, com maior clareza, o papel de cada uma delas e a extensão de sua consequência.

Na visão do Ministro Marco Aurelio de Mello, imperiosa se fez a análise dos pesos atribuídos aos diferentes elementos em conflito, definindo-se quais grupos de normas deveriam preponderar sobre o caso. Ainda foi necessário decidir sobre a intensidade que o grupo de normas deveria prevalecer sobre os demais, podendo, enfim, definir-se sobre o grau apropriado e a solução a ser aplicada, tendo por fio condutor a proporcionalidade ou a razoabilidade.

A Ministra Rosa Weber, acompanhada pelo Ministro Joaquim Barbosa seguiram o relator e acrescentaram: “um critério claro, seguro e garantido” que pode ser aplicado, por analogia,

ao feto anencefálico.

A mesma linha foi seguida pelo Ministro Decano Celso de Mello: “(...) a mulher, apoiada em razões fundadas nos seus direitos reprodutivos e protegida pela eficácia incontestável dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade, tem o direito insuprível de optar pela antecipação terapêutica de parto nos casos de comprovada malformação fetal por anencefalia; ou então, legitimada por razões que decorrem de sua autonomia privada, o direito de manifestar sua liberdade individual, em clima da absoluta liberdade, pelo prosseguimento natural do processo fisiológico de gestação”, ressaltou em seu voto.

O Ministro Luiz Fux, seguindo o mesmo caminho, reforçou: “Impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal efetivamente equivale a uma tortura, vedada pela Constituição Federal”.

E ainda, adicionando uma interpretação o Ministro enquadrando a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos como matéria de saúde pública que aflige, em sua maioria, mulheres de menor poder aquisitivo, sendo, portanto, uma questão a ser tratada como política de assistência social. Segundo ele, é importante dar à gestante “todo apoio necessário em uma situação tão lastimável” e não punir com uma repressão penal destituída de qualquer fundamento razoável.

O voto da Ministra Carmen Lúcia foi fundamentado no direito à dignidade da vida e no direito à saúde; esta não deixou de defender posições declarando explicitamente: “Todas as opções, mesmo essa interrupção, são de dor. A escolha é qual a menor dor, não é de não doer porque a dor do viver já aconteceu, a dor do morrer também”, disse a Ministra, destacando que, para ela, a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não é criminalizável para que seja preservada a dignidade da vida, “que é o que a Constituição assegura como o princípio fundamental do constitucionalismo contemporâneo”.

A Ministra reconhece, claramente, na dignidade da pessoa humana o fundamento do Estado Democrático de Direito. Ela parece entendê-lo como símbolo do movimento de repersonalização do Direito Privado. Por tratar-se de uma cláusula bem geral, o princípio retro mencionado vem sendo entendido e conceituado de formas variadas. É possível depreender-se do voto da integrante do STF a compreensão deste super princípio como o reduto inatingível de cada indivíduo e, nesse sentido, a última fronteira entre quaisquer ingerências externas (ADEODATO. 2016. p. 123).

Tal compreensão não aponta para a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais: sob esse mesmo prisma, quando se fizerem necessárias as restrições em questão, estas não devem ultrapassar o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana².

Já o Ministro Ayres Britto optou pela linha de desconsiderar a questão como aborto, porque o que as mulheres carregam no ventre, nos casos de anencéfalo, e em sua análise, é um natimorto cerebral, sem qualquer expectativa de vida extrauterina. “Dar à luz é dar a vida, e não a morte”, afirmou, acrescentando que, se os homens engravidassem, a interrupção da gravidez de anencéfalos “estaria autorizada desde sempre”. Na concepção do Ministro nenhuma mulher será obrigada a interromper a gravidez se estiver gerando um feto anencéfalo; a seu ver não se trata de uma imposição, mas não se pode levar às últimas consequências esse martírio contra a vontade da mulher, pois isso corresponde à tortura, ao tratamento cruel.

O Ministro Gilmar Mendes foi o primeiro a declarar abertamente que levou em consideração a posição da Igreja sobre o assunto, apesar de se posicionar contra a vontade dos religiosos. “Argumentos de entidades religiosas podem e devem ser

² A esse respeito, vale sempre ter em vista uma reflexão seminal sobre esse tópico: ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 80-89.

considerados pelo estado, seja pela administração, pelo Legislativo e também pelo Judiciário, porque se relacionam a razões públicas e não somente a razões religiosas”, afirmou, para em seguida pronunciar-se favoravelmente à ADPF-54.

De acordo com o Ministro, a inconstitucionalidade da omissão legislativa está na ofensa à integridade física e psíquica da mulher, bem como na violação ao seu direito de privacidade e intimidade, aliados à ofensa à autonomia da vontade. “Competirá [como na hipótese do aborto de feto resultante de estupro] a cada gestante, de posse do seu diagnóstico de anencefalia fetal, decidir que caminho seguir”, ressaltou. Por essa razão, o Ministro destacou a necessidade de o Estado disciplinar, “com todo zelo, a questão relativa ao diagnóstico de anencefalia fetal, visto que ele é condição necessária à realização deste tipo de aborto”.

O voto do Ministro Lewandowski seguiu duas linhas de raciocínio conservadoras. Na primeira, ele destacou os limites objetivos do controle de constitucionalidade das leis e da chamada interpretação conforme a Constituição, com base na independência e harmonia entre os Poderes. “O STF, à semelhança das demais cortes constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição”, afirmou. Mesmo esse papel, segundo seu voto, deve ser exercido com “cerimoniosa parcimônia”, diante do risco de usurpação de poderes atribuídos constitucionalmente aos integrantes do Congresso Nacional. “Não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos”, ressaltou.

Nesse aspecto, o Ministro observou que o Congresso Nacional, “se assim o desejasse”, poderia ter alterado a legislação para incluir os anencéfalos nos casos em que o aborto não é criminalizado, mas até hoje não o fez.

O tema, assinalou, é extremamente controvertido, e

ambos os lados defendem suas posições com base na dignidade da pessoa humana. “Nosso parlamento se encontra profundamente dividido, refletindo, aliás, a abissal cisão da própria sociedade brasileira em torno da matéria”,

O segundo ponto enfatizado pelo Ministro Lewandowski foi a possibilidade de que uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos se tornasse regra para a interrupção da gestação de embriões com diversas outras patologias que resultem em pouca ou nenhuma perspectiva de vida extrauterina.

Para o Ministro, uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, “ao arrepio da legislação penal vigente”, além de “discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico”, abriria a possibilidade de interrupção da gestação de inúmeros outros casos”.

Divergente, também, em relação ao relator, o Ministro Cezar Peluso julgou improcedente a ADPF-54, em argumentação onde frisou a “diferença abissal” entre esse caso e a discussão sobre o uso de células tronco embrionárias em pesquisas. De acordo com Ministro, no caso dos embriões não havia processo vital — ao contrário do feto anencéfalo, o qual, em seu entendimento, é portador de vida e, portanto, tem que ter seus direitos tutelados.

Do ponto de vista jurídico, o presidente do STF à época afirmou que, para que o aborto possa ser considerado crime, basta a eliminação da vida, “abstraída toda especulação quanto à sua viabilidade futura ou extrauterina”. Nesse sentido, o aborto do feto anencéfalo é “conduta vedada de forma frontal pela ordem jurídica”. O princípio da legalidade e a cláusula geral da liberdade “são limitados pela existência das leis”, e, nos casos tipificados como crime, não há, a seu ver, espaço de liberdade jurídica.

A despeito das divergências como pilar de sustentação em relação ao posicionamento do ilustre Ministro sobre o papel do STF como legislador negativo, deve-se reconhecer um certo

rigor na construção argumentativa em que se assenta o seu voto.

Cumpra aqui, contudo, lembrar o ponto de vista esposado por Kelsen (2003) para quem um tribunal que é competente para abolir leis, de modo individual ou geral, funciona como um legislador negativo.

Posições como a do ministro Cezar Peluso parecem desconsiderar as transformações dialéticas porque tem passado o mundo político-social brasileiro (notadamente, desde o final da década de 1980, que irá assinalar o advento de uma nova Constituição cidadã) e que afetam a ordem jurídica do país.

O controle efetivo da constitucionalidade das leis, exercido pelo STF e associado à supremacia da Constituição, dá forma ao que hoje é possível denominar Estado Constitucional de Direito. Trata-se de estágio mais recente da evolução política do conceito de Estado: neste os direitos do cidadão (homem ou mulher) são efetivamente protegidos do arbítrio, e o chamado exercício do poder (em qualquer uma de suas esferas ou instâncias) se faz sempre com respeito à Constituição³.

Os direitos fundamentais invocados, inúmeras vezes, nos votos dos Ministros do STF a propósito do caso em apreço constituem um sistema que não é, propriamente falando, lógico-dedutível (autônomo-suficiente); nem deve ser assim compreendido. Configuram antes um sistema aberto e flexível, permanentemente receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos. Integrado que está ao restante da ordem constitucional, mostra-se sempre sujeito aos influxos do mundo social que constitui o seu entorno.

2.1 A PERSPECTIVA DA PRÉ-COMPREENSÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO SOBRE A TEMÁTICA

³ Ver a este propósito, a brilhante reflexão desenvolvida por uma filósofa política norte-americana, a saber, YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

A Constituição da República de 1988 não tratou de modo expresso sobre a questão do aborto voluntário, nas searas de autorização ou de proibição. No entanto, o tema relevante e conflituoso sobre a interrupção voluntária da gravidez está longe de ser desconsiderado, do ponto de vista constitucional. Trata-se de um assunto absolutamente revestido de matéria constitucional, uma vez que contempla intrinsecamente os princípios elencados e valorizados na Carta Magna brasileira.

Com base nessas considerações, resta evidenciada a importância do conteúdo constitucional como norteador e balizador jurídico a servir de subsídio à questão da interrupção voluntária de gravidez no Brasil. O Estado Democrático de Direito, por definição, propicia ao legislador, como representante do povo, decidir sobre questões controvertidas, como a questão do aborto, em suas mais variadas matizes e motivada sob inúmeras justificativas.

A finitude deste espaço, entretanto, é notória. Encontra-se permeado pela Constituição, notadamente pelos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna.

Nesse espaço quase intersticial, reside uma das inflexões mais importantes desta pesquisa, qual seja, o hiato que se estabelece a partir da decisão anteriormente permissiva em relação aos fetos anencéfalos e o conhecimento posto a serviço daquele embasamento, e o debate propriamente sobre do aborto, de forma mais abrangente.

Às reflexões produzidas naquela ocasião, somam-se os contornos de estreita liberdade na regulamentação da matéria pelos legisladores em horizonte próximo, respeitados os limites constitucionais concernentes não só aos direitos fundamentais da mulher, como também à necessária e permanente defesa do feto.

Considerando a dignidade da pessoa humana como o epicentro da ordem jurídica brasileira, tendo em vista a crescente ideia de valorização da pessoa como razão essencial para a

estrutura de organização do Estado e para o Direito, a dualidade atravessada pela ADPF-54 ao decidir em favor de direito das mulheres ao aborto em um país fortemente dominado pelo poder simbólico da religião, denuncia o caráter de sustentação de uma estrutura patriarcal que, por sua vez, também molda o campo do Direito.

Em uma sociedade que se reconhece igualitária, para evidenciar essa subsistência, as ministras e ministros do STF acabaram por acomodar a decisão a esses mesmos moldes sem confrontá-los. Ao contrário, no Acórdão há muitos arranjos de linguagem associados a marcas de envolvimento que colaboram no gerenciamento de impressões positivas. Além das incansáveis explicações sobre a compatibilidade entre Estado laico e religiosidade, houve uma aproximação com o próprio discurso religioso, como se destaca no pronunciamento do relator da ADPF-54, Ministro Marco Aurélio:

Padre Antônio Vieira disse-nos: “E como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde o seu princípio nasceram juntas com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar um momento, mas com perpétuo moto, e resolução insuperável passar, e ir passando sempre” – Sermão da Primeira Dominga do Advento. (Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 32).

O recorte apresentado permite constatar que há uma clara aproximação ao discurso religioso, com papel direcionador, uma vez que a partir deste se seguiram os demais posicionamentos.

O Ministro relator da ADPF-54, ao apoiar a liberdade de escolha em contraponto a dogmas religiosos, em especial da Igreja Católica, buscou sustentação de suas ideias nas palavras de um religioso, uma mudança de perspectiva a partir do avanço dos estudos médicos, acolhendo-as sem se incompatibilizar com o viés cristão. Reforçou, portanto, a autonomia como base indispensável para o acesso à cidadania.

Entretanto, tais posicionamentos que valorizam a individualidade e a dignidade da pessoa humana não raro esbarram em dogmas, principalmente, religiosos que se inspiram em outros

valores. A liberdade individual e o direito ao próprio corpo seriam limitados por um pertencimento à obra divina.

Os arranjos textuais que manipularam a dualidade do estado laico/religião driblaram as tensões que a descriminalização do aborto de anencéfalos impôs aos seus membros no contexto da ordem vigente. Acomodados estrategicamente, não o desafiaram, mas alinharam suas ideias em busca da acomodação das discussões teológicas.

Em face dessa leitura, o Ministro relator citou o depoimento do Dr. Jorge Andalaft Neto, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, que enfatizou o fato de a gestação de feto anencéfalo envolver maiores riscos, tendo em vista dados da Organização Mundial de Saúde e do Comitê da Associação de Ginecologia e Obstetrícia Americana.

Impor a manutenção da gravidez pode implicar o aumento da morbidade e dos riscos do parto e do pós-parto, além de consequências psicológicas severas. Por outro lado, outros atores claramente influenciadores da decisão destacaram que inexistente direito à vida, tendo em vista o conceito jurídico de morte previsto na Lei nº 8.489/92, nosso primeiro diploma legal a dispor sobre um critério para a constatação da morte ao se referir, em seu artigo 12, sobre a morte encefálica impossível de verificação nos casos de anencefalia fetal.

O entendimento da Corte Constitucional, eventual direito à vida do anencéfalo 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.

Ademais, de acordo a maioria dos pareceres, há uma tensão entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos individuais. Na percepção ministerial, a criminalização de condutas, a imposição de penas e o regime de sua execução deverão realizar os desígnios da Constituição, precisam ser justificados e não

poderão ter natureza arbitrária, desmedida.

Em suma, deverão observar o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, inclusive e especialmente na vedação do excesso.

Com efeito, percebemos a coerência moral outrora aplicada em favor de uma perspectiva que concebe o direito em uma dimensão de integridade. O direito como integridade nega uma concepção do fenômeno jurídico como reflexo de práticas convencionais que são voltadas para o passado, ou filosofias pragmatistas voltadas para o futuro. Seria necessária uma articulação de pensamento e ideias que privilegiassem os elementos socio-culturais, médicos, sociológicos, elementos esses que, interpretando a moralidade institucional de uma comunidade, traduziria o contexto volitivo a ser compreendido.

Em síntese, o direito como integridade rejeita a problemática da existência ou não de discricionariedade judicial, superando a contraposição entre interpretativistas e não interpretativistas com base na própria leitura moral da Constituição.

Há uma ampliação das possibilidades de atuação do poder judicial sem que tal perspectiva implique usurpação das funções legislativas. Em suma, a própria abertura do texto constitucional traz novos horizontes interpretativos com base em princípios eleitos pelo povo.

Nas palavras de Dworkin (2011, p. 203) respeito pela dignidade humana implica em duas exigências: (1) o princípio do autor respeito, segundo o qual "[...] cada pessoa deve levar a sua própria vida a sério; ela deve aceitar que é uma questão importante que sua vida seja uma realização de sucesso e não um desperdício de oportunidade". O princípio do autorrespeito não é um princípio moral. Ele descreve uma atitude que o indivíduo deve ter em relação à sua própria vida, de forma que "[...] cada um de nós trate sua própria vida como tendo um tipo de importância."(DWORKIN, 2011, p. 205).

O princípio da autenticidade, por sua vez, considera

crucial que uma vida seja levada diferentemente dos outros, em resposta à situação e aos valores que se consideram apropriados. Segundo esse autor, esses princípios desempenham um triplo papel: (1) fornecem um parâmetro sobre o que se deve fazer para viver bem; (2) elucidam os direitos que os indivíduos possuem em face da comunidade política; (3) eles são a base para os deveres morais que se têm uns em relação aos outros.

Quando observamos por esse aspecto, clara se faz uma diferenciação entre dois tipos de liberdade: uma delas total e seu poder de agir para fazermos o que queremos independentemente de restrições governamentais ou impostas por outros indivíduos; a outra, como parte da liberdade que a comunidade política não pode restringir, sob pena de comprometer a sua dignidade.

As linhas de argumentação e os fundamentos éticos presentes nos pronunciamentos e contribuições trazidas à baila por ocasião do julgamento da interrupção da gestação por anencefalia fetal e que compõem a base informacional a consubstanciar o debate atual contemplam, até o momento, o contexto sociocultural vigente, representado por aspectos jurídicos, inovações científicas e conflitos da sociedade contemporânea, buscando compatibilizar as discussões acerca do direito à vida, como bem maior da humanidade, como conjecturados por Dworkin e Singer (1997) em suas teorizações que seguiram por caminhos opostos.

As nuances constitucionais e os aspectos jurídicos envolvidos precisarão agora dar conta não somente das questões morais e ideológicas (de viés heteronomista, muitas vezes), mas também e não menos importantes, das novas configurações familiares, reposicionamentos femininos, direito de escolha (aspecto principiológico autonomista), e a sua não criminalização como direito social.

Ao perceber a diversidade social e o estabelecimento das novas bases do conhecimento agregado, além dos critérios éticos, o permanente debate ganha profundidade e lugar de

destaque nas situações cotidianas de interrupção voluntária da gestação e seu abrangente contexto.

Dentre as características das sociedades contemporâneas, havemos que ter em conta o fenômeno do pluralismo, além do multiculturalismo que implicam que convivam num mesmo Estado, pessoas de distintas religiões – ou, talvez, nenhuma –, com pensamentos ideológicos distintos e, principalmente, concepções morais muitas vezes antagônicas. Buscando respeitar essas escolhas e orientações de vida, o desafio que se apresenta é o de contemplar as diferentes convicções religiosas ou ideológicas coexistindo de forma harmônica, observando sua evolução, tal como exposto por Dworkin ao considerar os distintos graus de sacralidade da vida, por concluir ser impossível a existência de um único princípio geral a ser seguido por todos para a atribuição dessa sacralidade a algo, na medida em que são as pessoas mesmas que autonomamente efetuam tal seleção e atribuição de acordo com suas necessidades, crenças e convicções..

Diante das variáveis colocadas nessa questão, ainda sem a pertinente solução, qual seja, a distinção entre indivíduo e pessoa, o devido status moral do embrião humano, quando se realiza o fenômeno do início da personalidade moral e civil, o princípio da dignidade humana, nesse contexto, se mostra por demais abrangente e não restrito ou isoladamente sexual, social ou individual.

Os fundamentos, em sua maioria, buscam amparo na manutenção do bem estar, sobre o qual os agentes envolvidos necessitam tomar atitudes positivas para auxiliar outros. Há que considerarmos o não tangenciamento às questões de difícil enfrentamento que se apresentam.

O tratamento justo, equitativo e apropriado, direito digno da condição humana, vem reunindo diferentes perspectivas a fim de construir um cenário de característica multidisciplinar, prevalecendo uma abordagem que leve em consideração a abordagem bioética e transdisciplinar para além dos campos disciplinares

específicos, mas com contornos sociológicos que estabeleçam a superação do conflito sobre o abortamento.

2.2 A PESSOA HUMANA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADOTADOS NA SALVAGUARDA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conceitos como dignidade humana e identidade pessoal da pessoa humana são de feição notadamente ética, e, conforme alguns autores, expressam-se politicamente no conceito político moderno da Democracia. Um tal avanço da ética filosófica moderna não encontra equivalente na filosofia clássica, como adverte o professor Vicente Barretto (2003), pois naquele momento histórico não existiria nenhuma escola de pensamento que se propusesse estabelecer uma relação do tipo ontológico — aquela que ocorre entre o ser e o fenômeno, entre a essência e a sua manifestação — entre a noção ou concepção de dignidade humana e a forma democrática de governo. Barretto (2003, p. 01) nos dá conta de que as filosofias políticas de Platão e Aristóteles não se voltaram para a análise da relação entre o indivíduo e o poder, mas, se limitaram a cuidar de como as virtudes dos cidadãos poderiam definir a ordem da comunidade, preocupados com uma ética das virtudes, seja ideal ou fundada no *habitus*.

O corpo teórico dos filósofos da Antiguidade Clássica grega não vislumbrou, assim, uma ciência política, no sentido moderno da expressão, mas sim uma Ética política.

Nossas preocupações atuais, entretanto, fruto da complexidade das relações intersubjetivas manifestam-se num contexto social e político totalmente diverso daquele da pólis grega clássica, expressa em algumas reflexões subjacentes à ideia basilar orientadora de dignidade da pessoa humana: inicialmente, encontramos uma interrogação não foi formulada pelos fundadores da cultura filosófica do Ocidente relativa à determinação de

critérios que possam distinguir entre todos os seres vivos ou não do universo, quais podem ser definidos como “pessoa humana”. A segunda, remete ao âmago do direito das sociedades democráticas contemporâneas, onde se irá atribuir a esse ser constituído como “pessoa humana” uma identidade própria que o vincule a uma série de valores determinantes e caracterizadores dos direitos humanos, núcleo fundamental do estado democrático de direito.

Duas correntes filosóficas buscaram responder sobre a natureza da identidade da pessoa humana. Ambas partiram da mesma conceituação de pessoa, formulada por Boécio, no século VI: *personna est rationalis naturae individua substantia*⁴ (*Contra Eutychem et Nestorium*, cap. III). Essa tão célebre quanto clássica definição de pessoa humana serviu de embasamento para as consideradas mais importantes correntes doutrinárias sobre o tema: as correntes vitalista e kantiana.

Para que possamos concluir em que medida os dois tipos de respostas clássicas tornam-se problemáticas do ponto de vista moral e, portanto, insuficientes para o objeto de nossa pesquisa, para que se possível justificar eticamente uma resposta jurídica, no quadro de um estado democrático de direito, consideraremos uma hipótese fora do objeto da presente dissertação, por situar-se no polo oposto, qual seja a questão da clonagem humana para fins reprodutivos, em que, a partir de uma matriz geradora terá origem um outro ser geneticamente idêntico. Assim, ao invés de pôr fim à vida humana, por meio de um procedimento abortivo, pensemos em contrário sensu, criando uma vida a partir de outra vida. Do mesmo modo que discutimos a pessoalidade fetal, uma questão no cenário ético se revela não menos relevante: Em que medida esse novo ser criado num laboratório poderá ser considerado como pessoa e não um mero apêndice do doador do material genético? Ambos não têm o mesmo estatuto moral e jurídico?

⁴ A pessoa é uma substância individual de natureza racional

As respostas a essas questões estão localizadas no epicentro do debate bioético contemporâneo, pois não se pode sobre elas refletir sem considerar quais são os alicerces ontológicos da personalidade humana. Ou seja, do mesmo modo que Thompson valeu-se da analogia do pianista ligado artificial e involuntariamente ao corpo de uma mulher, para demonstrar que nem sempre a heteronomia social ética pode ser alegadamente superior à autonomia pessoal, também um nascituro que seja derivado de um procedimento de clonagem humana poderá ser considerado “pessoa” e não uma mera cópia do ser original para os heteronomistas?

A definição Kantiana (1988, p.23) segundo a qual “os seres racionais são chamados de pessoas” não resolve a questão, principalmente se levamos em conta o fato de que a atribuição de racionalidade se acha prejudicada, em virtude da indefinição do que se entende por pessoa.

O embate bioético que envolve as duas respostas paradigmáticas na ética filosófica moderna, constituem um desafio enorme para a reflexão contemporânea. De um lado, o modelo vitalista⁵ considera como pessoa humana todos os seres que possuem genoma humano; a espécie humana está vértice, temos o modelo cultural que considera como condição para que um ser tenha o status de pessoa humana a existência de uma clara consciência e racionalidade, para que possa interagir com a comunidade de pessoas livres, caracterizadas pelo exercício da autonomia moral.

Nenhum jurista apresenta discordância em relação aos denominados originalmente como “direitos do homem”, iniciarem com o seu nascimento com vida tal como disposto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789): “os

⁵ Vide: Bohm D. Totalidade e a Ordem Implicada. Tradução Teodoro Lorente. São Paulo: Madras; 2008; Sabetti S. O princípio da totalidade: uma análise do processo da energia vital. Tradução de Zilda Schild. São Paulo: Summus; 1991; Teixeira MZ. A natureza imaterial do homem: estudo comparativo do vitalismo homeopático com as principais concepções médicas e filosóficas. São Paulo: Petrus; 2000.

homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”; do mesmo modo que nos termos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ONU (1948) “todos os seres humanos nascem e permanecem livres e iguais em dignidade e em direitos. Essa Declaração (1948) considera que os homens são dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Esses textos clássicos revelam expressamente a ideia de que é o nascimento que propicia ao ser humano a fruição de direitos.

O sobredireito da dignidade e os direitos fundamentais servirão como pavimentação para o caminhar humano da liberdade e da igualdade; sendo certo que nem todos os seres existentes poderão enquadrar-se em tal categoria, pois como afirmam as duas declarações o ser humano será definido, seja pelo uso da razão, seja pelo uso da consciência. Essas são, assim, as características ontológicas dessa pessoa humana que se revela como um ser racional e consciente, sujeito de direitos e de deveres.

Alguns autores, como Habermas e ao próprio Dworkin, colocam ênfase no fato de que a teoria moral abandonou todo o conceito pré-social de pessoa, concluindo que a pessoa é produto das relações humanas e sociais (o ser é produto do meio em que está interagindo?), não fazendo sentido referirmo-nos à categoria universal de pessoa, mas somente ao indivíduo dotado de valores e direitos adquiridos, que lhe são atribuídos pela sociedade. Isto nos leva então à constatação de que não existem valores universais, consubstanciados na pessoa humana, mas unicamente valores e direitos que variam de sociedade para sociedade, de estado para estado. Esse argumento resulta de referências culturais que impregnam o direito contemporâneo, influenciadas ainda por uma biologia ultrapassada, pouco diferente da embriologia aristotélica. Na mesma linha de Habermas, transita Rawls (1993) ao sustentar a ideia de pessoa humana como fundamentalmente política e, principalmente, ligada à organização da sociedade.

Com o advento da ascensão do Cristianismo e, principalmente no curso da Idade Média, em razão da forte presença da Igreja Católica na sociedade, a construção do sentido de pessoa foi atrelada à imagem de Deus e do contato entre o homem e o sagrado – uma noção metafísica. O sentido atribuído à noção de pessoa como subjetividade humana surgiu somente a partir da influência da cultura cristã, sendo esse tema abordado mais adiante, quando o período medieval rompeu com a tradição clássica e instaurou na Igreja sua doutrina de Salvação e contato pessoal com o mundo divino. O Cristianismo resgatou aquele ser humano mitigado pelos deuses pagãos, na filosofia clássica e elevou-o “a imagem e semelhança de seu Criador”, para tal, conferiu-lhe uma subjetividade dantes impensável: aquele ser totalmente vinculado e dependente da *polis*, agora se revela único e irrepetível aos olhos do seu Deus que lhe dotou de livre-arbítrio. Estavam lançadas as condições subjetivas e objetivas para a construção da noção até então inexistente da subjetividade que irá desaguar no conceito de pessoa⁶.

Sob esse contexto, a pessoa passou a dispor de um direito anterior e superior a qualquer direito de origem humana; o indivíduo passou a ser possuidor de direitos. O primeiro autor cristão que desenvolveu em profundidade o conceito de pessoa foi Santo Agostinho (que viveu entre os séculos IV e V). Ele se baseou, em modo particular, em Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*, especialmente nas passagens em que são descritas as relações entre seres humanos (por exemplo, entre amigos). No século XII, o sentido de pessoa começa a ser considerado pelos pensadores daquele tempo como um ser completo, independente e intransferível, *persona* como *per se una*. Vale o registro desse significativo avanço, desde a concepção de uma substância

⁶ Vale ressaltar o que Hogemann adverte: “A figura da pessoa como valor essencial de todo um complexo ético-jurídico tornou-se sólida tão somente com a união das filosofias antigas, em particular a tradição estoíca, com uma ainda incipiente teologia cristã.” (HOGEMANN, Edna Raquel. *Bioética, alteridade e o embrião humano*, Rio de Janeiro: MULTIFOCO, 2015, p.32)

individual, revelada na famosa expressão de Boécio, *persona est rationalis naturae individua substantia*⁷, até a contribuição essencial das concepções nominalistas do teólogo inglês Guilherme de Ockham (1290-1349 ou 1350), da primeira metade do Século XIV, que para melhor definir a justiça e o bem comum, introduz a ideia de direito subjetivo natural. Isso significaria uma revolução importante, na medida em que até então, não se admitia outro direito que não fosse o direito objetivo, pois até então todos os direitos promanavam de Deus, único titular de direitos.

A partir do Século XVI, a filosofia cristã cedeu espaço para o antropocentrismo: o ser humano passou a ser o protagonista. Durante o período renascentista, a Igreja deixou de ser detentora do monopólio do conhecimento, uma vez que o ser humano passou a ter sede de conhecimento e vontade de compreender o mundo por si mesmo, através da arte, das ciências, filosofia, história.

A segunda metade do Século XVIII foi um período marcante para a formação do pensamento filosófico e jurídico contemporâneo. Immanuel Kant (1785), com propriedade, trouxe importante contribuição ao reconhecer que a natureza racional existe como fim em si mesma. Logo, os seres racionais são denominados pessoas, porque a natureza deles já os designa como fins em si mesmos. Ou seja, a humanidade para Kant passa a ser dotada de um valor absoluto: sua dignidade.

A dignidade, não é senão a qualidade dessa pertença. É a essência da humanidade, isto é, o valor inerente a todos os seres humanos que conecta cada indivíduo à comunidade humana, integrando-o. Portanto, a relevância da humanidade é determinante do conteúdo da dignidade.

Sustenta-se a temática da dignidade da pessoa humana — e dos direitos que lhe são correlatos — a integrar o Direito Constitucional, elevada à condição de princípio fundamental, ou, segundo outros, de valor essencial que dá unidade ao

⁷ Pessoa é substância individual de natureza racional.

sistema, ocupando um estágio de relevância ímpar no ordenamento jurídico.

Pode-se afirmar, portanto, que a dignidade da pessoa humana passou a ser o referencial ético para os direitos, garantias sociais e liberdades, estando tal princípio previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira, sendo um dos mais importantes pilares do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, a dignidade passou a ser o princípio basilar do ordenamento jurídico, uma vez que visa garantir o respeito à essência da pessoa humana, às suas características e sentimentos. Segundo Roxana Borges (2007. p.73) a dignidade é dotada de um sentido subjetivo, uma vez que o conteúdo da dignidade depende do próprio sujeito, de seus próprios sentimentos, da sua consciência, das suas características sociais, culturais, físicas, etc. Todavia, a atual concepção jurídica da pessoa humana reconhece a qualidade intrínseca de dignidade a toda e qualquer pessoa, pelo simples fato de ser humano.

Ingo Wolfgang Sarlet (2008) ensina que o princípio da dignidade da pessoa humana vincula todos os órgãos, atividades e funções estatais, devendo sempre ser respeitado e protegido. Este princípio não só fixa um dever de respeito como também impõe a realização de condutas que busquem a efetivação e proteção máxima da dignidade de todos os indivíduos.

A dignidade da pessoa humana é, portanto, uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano e, por isso, é necessária a existência de direitos e deveres fundamentais que garantam a cada pessoa a possibilidade de uma vida digna.

Do ponto de vista jurídico, liberdade e vontade são dois institutos que complementares. Por meio do exercício da liberdade o ser humano coloca em prática sua autonomia da vontade e é capaz de exercer toda a gama de direitos — inclusive os de personalidade —, que integram sua esfera jurídica.

Geralmente, os direitos da personalidade são considerados direitos indisponíveis, ou seja, o titular destes direitos não

pode dispor livremente acerca deles. No entanto, essa regra está sendo relativizada com a celebração de alguns negócios jurídicos que têm como objeto partes do corpo humano.

O princípio da autonomia impõe um respeito absoluto às escolhas da pessoa, porque reflete a liberdade de agir segundo a sua vontade. Para obter efeitos jurídicos, o consentimento deverá preencher alguns requisitos como: capacidade, ausência de vícios e licitude do objeto e da causa.

O Enunciado nº 4 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal estabelece que o exercício dos direitos de personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente, nem geral.

No mesmo sentido o Enunciado nº 139 do CJF institui que os direitos de personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariando a boa fé e os bons costumes.

Na questão do abortamento voluntário o exercício da autonomia da vontade é uma via de mão dupla. Envolve o aspecto volitivo da gestante; requer, ainda, permissão para a prática por profissional competente para este fim.

A vida humana é um bem jurídico fundamental, inviolável, do qual decorrem os demais direitos da pessoa humana. Nesse contexto, o direito à proteção e incolumidade do corpo é ao mesmo tempo direito fundamental e de personalidade. O ser humano é, portanto, a pessoa dotada de dignidade. Garantir a integridade do ser humano significa proteger sua própria dignidade humana.

2.3 O CONTEXTO POLÍTICO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A atuação do STF na turbulenta conjuntura brasileira contemporânea deve ser avaliada num marco histórico em que é possível constatarmos uma democratização do acesso à justiça

efetuado, como vem ocorrendo em outras Cortes Constitucionais, menos de cima do que de baixo.

A propósito, segundo esse jurista norte-americano, não teria sido o ativismo judicial o principal desencadeador da mudança, mas certamente a emergência de movimentos da sociedade civil, somada às organizações especializadas nos direitos, além das práticas públicas que levam ao financiamento de agências ou organismos que permitam contar com recursos destinados a litigar os cidadãos que deles carecem.

Como guardião da Constituição, ao STF não seria cabível deixar de zelar pelo respeito às normas constitucionais. A necessidade de manifestação desse e de outros órgãos do Poder Judiciário a respeito de certas questões decorre da própria judicialização da política.

A atuação contemporânea do STF e de outras Cortes Constitucionais se situa num horizonte histórico-social em que se efetuou, também graças a distintas lutas sociais, num esforço de ultrapassarem, mesmo que parcialmente, o denominado dilema constitucional – a conciliação de concepções políticas de democracia de Estado de Direito (este último bem apoiado no poder judicial). Tal conceito não se opera (nem se operou de fato em época recente) sem ambiguidades: democracia, em seu significado meramente procedimental, definida como governo da maioria, ao passo que se pode entender Estado de Direito, em seu sentido substantivo, como governo das leis (com destaque para as normas constitucionais), não apenas em sua compreensão de leis positivas, mas de leis justas.

A justificação dos direitos do homem tende a torná-los absolutos, o que constitui um problema, inclusive, ou até mesmo sob o prisma da compreensão materialista-histórica com a investigação dos direitos fundamentais ditos sociais. Atestar a relatividade de tal justificação equivale a reconhecer que existem direitos fundamentais que, de forma não constante, não estão em concorrência com outros direitos também fundamentais. Daí se

infe-re que a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas. Eis a razão pela qual a tutela dos direitos fundamentais tem sido considerada como mais importante do que a sua fundamentação.

Importa acrescer uma precisão a esse parecer tão correto: muito mais relevante do que fundamentar os direitos humanos é fazer com que os seus destinatários possam gozá-los e, caso sejam esses mesmos direitos violados, possam estes ser devidamente tutelados. Em suma: a relevância não reside na qualificação e quantificação de tais direitos, mas sim na identificação do modo mais seguro e efetivo de garanti-los.

Os direitos fundamentais não apenas se referem a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, mas também designam, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

O que interessa focalizar mais detidamente, no transcurso deste subcapítulo, são os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro quanto aos direitos fundamentais ditos sociais. Nesse sentido, vale a pena salientar como esse órgão enfrentou em seus julgamentos a questão espinhosa da vedação do retrocesso, reproduzindo trecho da ementa do Acórdão relativo ao Agravo Regimental nº 639.334, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde, o direito à segurança pública, v. g.) traduz, o processo de

efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. [...]. (STF, Acórdão publicado no DJe 15 de setembro de 2011)

Irrompem-se decisões do STF acerca dessa matéria, estando praticamente consolidado o entendimento quanto a possibilidade de implementação imediata dos direitos sociais pelo Poder Judiciário – especialmente em se tratando dos direitos à saúde e à educação. Isso pode ser constatado em que pesem as críticas coerentes produzidas no que respeita à intervenção judicial nesse domínio.

O Ministro Gilmar Mendes, antigo Presidente do STF, quando enfrentou a judicialização do direito fundamental à saúde, posicionou-se deste modo:

[...] na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas (Relator Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 17 de março de 2010. Acórdão publicado no DJe de 30 de abril de 2010).

Cumprе reconhecer que os direitos humanos, se entendidos como princípios para o fazer político, não compõem um projeto global (ou mesmo total, em casos excepcionais) para o futuro da sociedade, como pretendem, de modo diverso, o socialismo, o comunismo, o liberalismo e, mais recentemente, o neoliberalismo. Tais direitos que na atualidade são mais objeto de atenção da sociedade civil do que do próprio Estado (embora se admita o vigor dessa nova configuração jurídico-política que é o

Estado Democrático de Direito), incorporam o direito à diferença, ao direito – de e para todos – ao desenvolvimento das potencialidades com autonomia plena, à absoluta liberdade de expressão (por vezes colidindo com os direitos à integridade pessoal e a imagem), à promoção da igualdade sem descaracterizar ou violentar o indivíduo e se caracterizam por sua imensa capacidade de adaptação às novas realidades sociais, incorporando novas demandas e promovendo mesmo novos direitos.

Nessa etapa da reflexão, não se pode supor a ausência de mecanismos e ações empreendedoras eficazes na garantia das conquistas de uma sociedade plural, assim como à implementação de medidas concretas e efetivas capazes de perceber e contemplar o clamor de situações que retratem a inquietação e a livre manifestação de exercício da autonomia e a consequente conquista de direitos e garantias fundamentais.

Uma vez que não há tal prova concreta apresentada pelo Estado nas ações judiciais que envolvam esses direitos, a falta de implementação de políticas públicas específicas, constitucionalmente garantidas e socialmente necessárias, representaria violação ao direito ao mínimo de existência condigna – pensado da perspectiva como o núcleo essencial dos direitos sociais e defendido, sob esse ângulo de compreensão, por muitos integrantes do STF. A ausência de implementação de políticas públicas, por tal razão, reclamaria a intervenção judicial e permitiria a determinação – por parte do Poder Judiciário (notadamente, da Corte Constitucional) – do deslocamento de verbas de áreas prioritárias para aquelas consideradas pela Constituição cidadã como fundamentais.

Em um cenário político fervilhante, a sociedade civil organizada mostrou seu vigor multiplicando os movimentos sociais reivindicadores de justiça social e consolidou uma cultura de participação e militância popular projetando movimentos icônicos como Las Madres de Plaza De Mayo, (Argentina), Movimento dos Sem Terra (MST), no Brasil. A cidadania, assumindo

sua diversidade e pluralidade passou a impor suas pautas de reivindicação e luta pelos direitos humanos alarmando aos grupos tradicionais de poder.

A carência de uma tradição genuinamente democrática na prática social exigiu um esforço conjunto na busca de consenso para uma agenda comum entre Estado e movimentos sociais que estabeleçam e garantam prioridades com eixo no desenvolvimento de uma cultura de participação e de obrigações inerentes a cidadania responsável.

Os componentes da intrincada relação deveriam, segundo o autor, partir da premissa da necessidade de efetivar os direitos humanos para todos, fato que insurge uma regulação participativa de todos os setores que desburocratize o agir social público e privado e melhore sua qualidade e eficácia através de alianças e parcerias.

Por consequência, a mudança da perspectiva a partir da observação e emergência dos movimentos sociais tendendo a transformar a filosofia de política democrática pautada pela equidade e inclusão social.

O cenário político à época do exame da matéria da emblemática decisão – ADPF-54, e tantos outros, podem ser lembrados para demonstrar a constante oscilação das previsões sobre o que se apresentava como futuro em momentos de intensa manifestação da sociedade. O importante a ressaltar é a pouca capacidade de previsibilidade do clima político, o que conferiu dramaticidade ainda maior ao debate e uma temporalidade específica. Interessada e seletivamente, destaco o contraditório momento entre a situação política pretérita e a atual, diante do mesmo tema.

A despeito das semelhanças e diferenças, o que parece um contínuo da vida política brasileira são os momentos de exploração ética acentuados na área política, como resposta ao consenso de que o debate reflete o pensamento dos dirigentes. Nessa perspectiva, a possibilidade de superação de um dilema ético

encontra-se em sério percalço. Apresentando-se como o retorno do tradicionalismo cristão, o cenário atual finca seus valores para justificar sua retórica cristã.

A conjuntura brasileira na qual conservadorismo e evangélicos estão implicados, políticas de proteção social se contra-põem àquelas compensatórias e identitárias. A ideia de esforço individual passa a ser mais valorizada, em detrimento de ações valorativas que contemplaram atributos de vulnerabilidade.

Outra importante vertente se refere à moralidade e aos costumes. O Brasil, experimentou mudanças progressistas em termos de direitos reprodutivos e sexuais. Esse contexto tem resultado na disputa pela moralidade pública, que encontrou nas religiões cristãs os principais promotores da sacralização da família e da reprodução da vida, tendo a família tradicional como signo mais englobante do campo moral em questões relativas ao corpo, ao comportamento e aos vínculos primários. Em especial, enrijecem-se os debates sobre temas como aborto, sexualidade, gênero, casamento, técnicas reprodutivas e adoção de crianças por casais do mesmo sexo.

Dos ritmos atravessados pelas linhas de força elencadas acima, resultam processos sociais desiguais, assimétricos e com temporalidades distintas, mas que, na conjuntura atual, concertaram-se politicamente em torno de oponentes comuns. Por características próprias e por outras adotadas a narrativa permeia o momento atual pela moralidade e os costumes.

Considerando as camadas estratificadas da política e o anseio de uma sociedade democrática e plural deve-se destacar que a pauta conservadora precisará ir além dos anseios tradicionalistas. Dela participam, além de evangélicos, católicos, outras religiões e atores não religiosos. O que almejamos ultrapassa o conservadorismo de um país através da expansão desse segmento religioso, significativamente importante, com temas necessariamente articulados a ele, porém com o firme propósito de não retroagir aos direitos fundamentais conquistados e tantos

outros a emergir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Convém estar consciente de que provavelmente estamos assistindo neste início de milênio a um momento histórico particularmente demarcado pela transitoriedade. Importa afirmar, que vivemos uma etapa de transformações em relação à forma de como encarar e explicar a realidade em todos os quadrantes possíveis, deixando de lado antigas certezas, velhos tabus. É possível também que estejamos colaborando para a fixação das bases para um outro paradigma de futuro. E nisso reside o posicionamento adotado pelo STF nos autos da ADPF-54. Do mesmo modo, todo o tensionamento disso decorrente faz com que o ser humano tenda a romper ou quando não a afastar-se do tempo antecedente, dos modelos basilares ainda vigentes, mas precedentes, para que se norteie num sentido ainda desconhecido de todo.

Essa é, em breve síntese, a questão de fundo que perpassa toda a discussão a envolvera histórica decisão relativa ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) e que carece também uma reflexão que transcenda o nível das teorias da decisão judicial, tendo em conta o referencial bioético em apreço.

Esse tema reflete em grande medida o drama humano e representa o resgate de valores intrínsecos fundamentados na igualdade, na singularidade, ultrapassando os limites do direito escrito ou mesmo de sua ausência transitória.

Ao considerar, portanto, o estabelecimento de uma visão capaz de trazer para o presente as consequências de uma gravidez não desejada ou fadada ao insucesso, a emblemática permissão para interrupção da gestação no caso de fetos anencéfalos fincou suas bases nas questões sociais, científicas, morais e

ideológicas, mas, sobretudo, afetivas.

Os argumentos à época, ao serem invocados, perpassaram pelo individualismo, o direito de escolha, a proteção à vida do feto quase como um dogma, mas também o direito indelével à interrupção digna de uma gravidez e a sua não criminalização como direito social. Asseguraram, portanto, a repersonalização do direito privado estabelecendo um importante espaço para ampliação do entendimento firmado.

A diversidade, o aspecto democrático, bem como o estabelecimento de um arcabouço para que a partir deste acontecimento possam emergir novos e necessários contornos foi, devidamente, iluminado.



REFERÊNCIAS

- ADEODATO, Benedito da Fonseca. *Direitos existenciais emergentes: uma análise sociológica de casos difíceis no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Gramma Editora, 2016.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BARRETTO, Vicente. *A idéia de pessoa humana e os limites da bioética*. BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal; BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

- BORGES, Roxana C. Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo:Saraiva, 2^a.ed. 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 de maio de 2022.
- BRASIL. 2012. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Inteiro Teor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54.
- BRASIL. 2004. Supremo Tribunal Federal. Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde. Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54.
- DINIZ, D.; VELEZ, A. C. G. Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v.16, n.2, ago. 2008.
- DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ENGELHARDT HT. *Global Bioethics: The Collapse of Consensus*. Salem, MA: Scrivener Publishing; 2006.
- ENGELHARDT HT. *Consensus formation*. *Cambr. Q. Healthcare Ethics* 11 (Winter): 7-16; 2002
- HOGEMANN, Edna Raquel. *Conflitos bioéticos. Clonagem humana*. 2^a. Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.
- KANT Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Lisboa, Edições 70, 1988.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: M. Fontes, 2003
- RAWLS, John. *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.

- ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e Constituição*. p. 2. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmiento.pdf > Acesso em: 05 de maio de 2022.
- SARMENTO, Daniel. *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007
- SINGER, Peter. *How Are We to Live? Ethics in an Age of Self-Interest*, Oxford University Press, 1997.
- SINGER, Peter; *Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional*. Barcelona: Paidós, 1997.
- YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012