

Perspectiva para o julgamento da ADPF nº 442/DF: a tese da descriminalização do aborto até a 12^a semana de gestação e a contribuição de Ronald Dworkin para solucionar casos difíceis

Renzzo Giacomo Ronchi
Juiz de Direito em Minas Gerais

1 Introdução

Como se sabe, foi realizada recentemente audiência pública no âmbito do Supremo Tribunal Federal para subsidiar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, que sustenta a descriminalização do aborto até a 12^a semana de gestação.

Em verdade, o PSOL propõe seja declarada a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária nas primeiras 12 semanas.

A questão, por certo, é muito polêmica, principalmente porque, no debate público, é possível perceber a divisão de grupos bem

formados: aqueles que, sob o aspecto religioso e sagrado, defendem que seria juridicamente proibido que a mulher realize o aborto a partir do momento da concepção. Ainda, aqueles que sustentam que o feto, desde a concepção, é um sujeito de direito, motivo pelo qual deve ser assegurada a vida. E, de outro, aqueles que, à luz de temas como saúde pública, direitos humanos e direitos das mulheres, querem que a mulher tenha autonomia sobre o seu corpo, sendo preservada sua escolha e sua integridade física e psíquica.

Não há dúvida de que o tema passa pela análise da Constituição da República de 1988, haja vista que envolve os limites do exercício da jurisdição constitucional e sua legitimidade democrática, sendo o Poder Judiciário chamado, mais uma vez, para se pronunciar sobre um assunto que deveria, em tese, ser objeto de discussão no âmbito do Poder Legislativo.

Além disso, se porventura o Supremo Tribunal Federal acolher o pedido formulado na ADPF nº 442/DF, como o aborto é um delito sediado no Código Penal, que trata dos crimes contra a vida, terá que necessariamente definir o início da vida humana? Ou poderá até mesmo relativizar a vida em uma eventual ponderação com outros princípios como dignidade da pessoa humana e proporcionalidade? É possível relativizar a vida? Faz sentido declarar qualquer outro direito se, antes, não for assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo?

Essas questões afetam diretamente os limites de atuação da jurisdição constitucional exercida pela Suprema Corte Brasileira e deverão ser enfrentadas quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442/DF, pretendendo este texto valer-se da contribuição do notável Jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin para esclarecer a metodologia que poderá nortear o debate, para não afetar a legitimidade do julgamento e o princípio democrático.

2 O aborto no Código Penal

O Código Penal trata do aborto nos arts. 124 a 128. Precisamente nos arts. 124, 125 e 126 estão definidos os delitos; no art. 127 está prevista a forma qualificada do crime e no art. 128 estão previstas as causas de exclusão da ilicitude.

Para tipificar o crime de aborto, o Código Penal adotou a teoria concepcionista, segundo a qual a vida humana começa a existir a partir da fecundação. Assim, à luz da dogmática penal, há aborto qualquer que seja a fase da evolução fetal. Nesse caso, a proteção penal surge a partir do momento em que as células germinais se fundem, com a constituição do ovo ou zigoto, até aquele em que se inicia o processo de parto, pois a partir daí o crime será de homicídio ou infanticídio (MASSON, 2011, p. 65).

O bem jurídico tutelado é, portanto, a vida intrauterina.

O Código Penal prevê as seguintes hipóteses de aborto criminoso: quando provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124), quando provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art. 125) ou com o seu consentimento (art. 126). Dispõe ainda sobre a forma qualificada do delito no art. 127, que se configura quando, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave ou lhe sobrevém a morte. Nesses casos, as penas cominadas são aumentadas de um terço (em caso de lesão corporal) ou duplicadas (em caso de morte).

As hipóteses de aborto legal estão previstas no art. 128 do Código Penal¹ e ocorrem quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário) ou quando a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (aborto humanitário ou sentimental).

¹ A título de informação, embora conste no art. 128 do Código Penal a expressão “não se pune”, o que leva a entender se tratar de uma causa de exclusão da punibilidade, a doutrina penalista é unânime em dizer que se trata de causa de exclusão da ilicitude.

Para essa segunda hipótese (estupro), não se exige autorização judicial, bastando um registro de ocorrência e o consentimento expresso da gestante, pois se presumem verdadeiras as declarações prestadas à autoridade policial.

Segundo Queiroz, “não se pode pretender uma autorização judicial, sob pena de o tempo decorrido inviabilizar o abortamento seguro” (QUEIROZ, 2013, p. 84).

Essas eram as únicas hipóteses legais que o ordenamento jurídico disciplinava permitindo o aborto. Logo, em qualquer outra situação, isto é, fora dessas hipóteses legais, o aborto seria punido como crime.

Importante acentuar que, para a segunda hipótese de aborto legal (estupro), existem renomados doutrinadores que sustentam sua inconstitucionalidade, ao fundamento de que o direito à vida, de envergadura constitucional, sobrepõe-se em face de aspectos sentimentais da mulher.

Para Frederico Marques,

É santo o ódio da mulher forçada ao bruto que a violou. Concluir daí que este ódio se estenda à criação que sobreveio a essa violência é dar largas ao amor-próprio ciumento do homem, completamente alheio à psicologia feminina. Um filho é sempre um coração de mãe que passa para um novo corpo (MARQUES, 1999, p. 219).

A citação de seu pensamento busca demonstrar o quão polêmico sempre foi o tema do aborto. Não é por outro motivo que essa linha de pensamento, impossibilidade do aborto em caso de estupro, também encontra amparo no pensamento de outro grande jurista brasileiro, Ives Gandra Martins Silva, para quem “a Constituição Federal não admitiu a hipótese de aborto sentimental, porque, pela primeira vez, faz menção ‘a inviolabilidade do direito à vida’” (2008, p. 146).

Se essa corrente, embora minoritária, já revela a dificuldade de consenso sobre o assunto, o tema assume maior complexidade, quan-

do se trata da chamada anencefalia, cuja hipótese não tem previsão no Código Penal, gerando divergência de posições e conferindo margem para manifestações ideológicas de cunho filosófico, moral e religioso.

Há aqueles que sustentam que “o próprio monstro tem sua existência protegida pela lei penal” (HUNGRIA, 1953, p. 37), razão por que o aborto seria punido, mesmo na hipótese de anencefalia, enquanto outros entendem que a conduta do médico é atípica, pois o anencéfalo não possui vida humana que legitima a intervenção do Direito Penal.

O tema foi objeto de debate e julgamento na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, conforme será visto no tópico seguinte.

3 O julgamento da ADPF nº 54/DF

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, o Brasil é o quarto País com o maior índice de fetos anencéfalos. A incidência é de cerca de um caso para cada 700 (setecentos) nascimentos.²

Assim, como se trata de uma hipótese não prevista no art. 128 do Código Penal, médicos não estavam autorizados a realizar o procedimento médico adequado, sendo necessária a obtenção de uma decisão judicial por meio de alvará judicial em procedimento de jurisdição voluntária.

Sucedem que, não obstante a gravidade da anomalia do feto, não raras vezes tais pedidos eram negados por juízes, sob o fundamento de que o aborto representaria violação ao direito natural à vida.

Foi nesse contexto de insegurança jurídica, ora pedidos autorizados pelo Poder Judiciário, ora pedidos idênticos sendo negados, que, em 16 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou arguição de descumprimento de preceito

² Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/11/brasil-e-o-quarto-pais-com-maior-numero-de-casos-de-anencefalia.htm>>. Acesso em: 8 set. 2018.

fundamental, assinada pelo então advogado, Dr. Luís Roberto Barroso, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, pedindo, em síntese, que se procedesse a uma interpretação, conforme a Constituição, do conjunto normativo que trata do aborto (art. 124, 126, *caput*, e art. 128, incisos I e II, do Código Penal), reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado.

Perceba-se que essa questão somente foi levada ao Supremo Tribunal Federal depois de 60 (sessenta) anos de vigência do Código Penal.³

Em resumo, a tese sustentada pela CNTS era de que, na hipótese de anencefalia, a antecipação terapêutica do parto não deveria ser considerada como aborto, porque a ausência de cérebro, do ponto de vista científico, acarretava inviabilidade do feto e, por conseguinte, essa anomalia importava na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade, restando apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal. Assim, a anencefalia é incompatível com a vida extrauterina, sendo fatal em 100 % (cem por cento) dos casos, sendo o prognóstico médico de sobrevivência de no máximo algumas horas após o parto, quando a morte do feto ainda não ocorre no período intrauterino.

A ação foi distribuída por sorteio ao Ministro Marco Aurélio, sendo que, por se tratar de recesso forense, concedeu, monocratica-

³ É bem verdade que nem mesmo seria possível, antes da vigência da Constituição da República de 1988, pois, segundo jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal, precisamente firmada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2, Rel. Min. Paulo Brossard, Pleno, *DJe* de 21/11/1997, não é possível a declaração de inconstitucionalidade de textos legais anteriores à vigência da Constituição, uma vez que, nesses casos, a solução perpassa pela técnica da não recepção das normas legais. Foi somente com a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Emenda Constitucional nº 3/1993 e, posteriormente, por meio da Lei nº 9.882/1999 (art. 1º, parágrafo único, inciso I), que regulamentou referida ação constitucional, que textos legais anteriores à Constituição passaram a ser submetidos ao crivo do Supremo Tribunal Federal.

mente, a medida cautelar pleiteada pela CNTS para o fim de não apenas determinar a suspensão de todo e qualquer processo que versasse sobre a matéria, mas, também, para reconhecer o direito constitucional da gestante de “submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto”.

Ao submeter a decisão ao plenário por imposição legal (art. 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental), a Corte, por maioria — após questão de ordem suscitada pelo Ministro Eros Grau —, cassou a segunda parte da medida cautelar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, isto é, a parte que autorizava à gestante submeter-se ao tratamento terapêutico de parto de fetos anencefálicos. Essa decisão colegiada foi proferida na data de 20 de outubro de 2004, ou seja, quase 4 (quatro) meses após a concessão da medida cautelar.

Essa questão de ordem foi marcada por densos debates entre os ministros, sendo necessárias algumas sessões até que a Corte decidisse por cassar a medida cautelar.

Nem mesmo com sua sensibilidade poética, o Ministro Carlos Ayres Britto conseguiu convencer os seus pares sobre a necessidade de manutenção da medida liminar concedida.

A propósito, essas foram algumas de suas palavras ao proferir o seu voto:

[...] a anencefalia é coisa da natureza. Embora como um desvio ou mais precisamente desvario, não há como recusar à natureza esse episódico destrambelhar. Mas é cultural que se lhe atalhe aqueles efeitos mais virulentamente agressivos de valores jurídicos que tenham a compostura de proto-princípios, como é o caso da dignidade da pessoa humana. De cujos conteúdos fazem parte a autonomia de vontade e a saúde físico-moral da gestante. Sobretudo a autonomia

de vontade ou liberdade para aceitar, ou deixar de fazê-lo, o martírio de levar às últimas consequências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos estágios: o estágio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê involucrado numa mortalha. Experiência quiçá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor Chico Buarque de Hollanda ('A saudade é o revés de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu'), pois o fruto de um parto de anencéfalos não tem sequer um quarto previamente montado para si. Nem quarto nem berço nem enxoval nem brinquedo, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este mundo de Deus (QO na ADPF n° 54/DF, Ayres Britto, voto de vista).

Assim, como a medida cautelar foi cassada, mulheres de todo o País que estavam grávidas de feto anencéfalo regressaram ao ambiente de insegurança jurídica, surgindo algumas situações: (i) aquelas que já tinham se submetido ao procedimento médico, seja por autorização judicial, seja por força dos efeitos temporários da medida cautelar concedida monocraticamente pelo Ministro Marco Aurélio; e (ii) aquelas mulheres, com casos de fetos anencéfalos que surgiram após a cassação da cautelar, que nutriam uma esperança de que o juiz do seu caso fosse sensível ao seu pleito. Dessas últimas, existiu um grupo relevante de mulheres que, em sendo os pedidos negados, viram-se obrigadas a suportar a gestação até o final.

Em setembro de 2008 - 4 (quatro) anos após a medida cautelar ter sido cassada - foi realizada audiência pública sobre a interrupção de gravidez por anencefalia. Durante o evento, que durou quase uma semana, foram expostos argumentos, palestras e dados científicos, sendo que na referida audiência pública estavam de um lado os defensores do direito das mulheres de decidir sobre prosseguir ou não com a gravidez de bebês anencéfalos, enquanto de outro estavam aqueles que acreditam ser a vida intocável, mesmo no caso de feto sem cérebro.

Mais de 20 representantes de entidades expuseram seus pontos de vista, subsidiando, assim, o julgamento de mérito da ADPF nº 54.⁴

Em 12 de abril de 2012 - quase 4 (quatro) anos após a audiência pública e quase 8 (oito) anos após a medida cautelar ter sido cassada -, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, acolheu o pedido formulado na petição inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para o fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

A ementa desse julgamento histórico tem o seguinte teor:

Estado. Laicidade. - O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos fundamentais. Crime. Inexistência. - Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 12/4/2012, *DJe* de 29/4/2013).

Portanto, no momento atual, existem três hipóteses de aborto previstas e aceitas pelo ordenamento jurídico: (i) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário, nos termos do art. 128, inciso I, do Código Penal); (ii) quando a gravidez resulta de estupro, e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (aborto humanitário ou sentimental, nos termos do art. 128, inciso II, do Código Penal); e (iii)

⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudiencia-PublicaAdpf54>>. Acesso em: 8 set. 2018.

antecipação terapêutica de parto em caso de fetos anencéfalos por força do julgamento da ADPF nº 54/DF, que possui eficácia geral e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição da República.

4 A tese do aborto até a 12ª semana de gestação e o julgamento do HC nº 124.306/RJ pela 1ª Turma do STF

Em 9 de agosto de 2016, o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, decidiu que há inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.

O caso versava sobre prisões preventivas decretadas de médicos que estariam realizando abortos no Estado do Rio de Janeiro em mulheres cuja gestação ainda não tinha ultrapassado o primeiro trimestre.

Detalhando, o juízo de primeira instância concedeu liberdade provisória aos pacientes sob o fundamento de que “as infrações imputadas são de médio potencial ofensivo, com penas relativamente brandas, permitindo que, em caso de condenação, sejam aplicadas sanções conversíveis em penas restritivas de direitos ou, no máximo, a serem cumpridas em regime aberto”.

No entanto, em recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dando provimento ao referido recurso, decretou a prisão preventiva dos pacientes com fundamento na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal (Recurso em Sentido Estrito nº 0065502-27.2013.8.19.0000, *DJe* de 12/3/2014).

Dessa decisão foi impetrado *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, que não foi conhecido, porém, mesmo assim, a Corte examinou o mérito e apontou não existir constrangimento no cárcere provisório sob a justificativa de que “não é ilegal o encarceramento

provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelos acusados, quais sejam a gravidade concreta do delito, demonstrada pela reprovabilidade exacerbada da conduta praticada e tentativa em evadir do local dos fatos” (HC nº 290.341/RJ, DJe de 19/3/2014).

Tanto a fundamentação externada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quanto a fundamentação apresentada pelo Superior Tribunal de Justiça não foram suficientes para manter os pacientes presos preventivamente.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, em acórdão cuja relatoria foi designada ao Ministro Luís Roberto Barroso, julgou o caso reconhecendo a possibilidade da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

Assim, a prisão preventiva dos pacientes foi revogada.

Em voto que conduziu o julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou as seguintes premissas: (i) violação a direitos fundamentais das mulheres (violação à autonomia da mulher, violação do direito à integridade física e psíquica, violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, violação à igualdade de gênero, discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres); e (ii) violação ao princípio da proporcionalidade.

O teor do acórdão ficou assim redigido:

Ementa: Direito processual penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O *habeas corpus* não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão

presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal - que tipificam o crime de aborto - para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se en-

contra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (HC nº 124306/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 16/3/2017).

Ainda que a decisão tenha sido proferida por uma das turmas do Supremo Tribunal Federal, certo é que sinaliza mais uma ampliação das hipóteses de aborto, permitindo, assim, que a mulher tenha absoluta autonomia sobre o seu corpo até os três primeiros meses de gestação.

Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao refletir sobre o *status jurídico* do embrião durante a fase inicial de gestação, pondera sobre a existência de duas posições antagônicas em relação ao tema, anotando que a primeira corrente sustenta a existência de vida desde a concepção, isto é, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células, enquanto a outra vertente vai defender que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência — o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação — não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.

Aponta o Ministro, ainda, que não há solução jurídica para esta controvérsia e que ela sempre dependerá de uma escolha de cada um a respeito da vida e, segundo ele, “exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher”.

Fica claro, portanto, que a tese condutora do julgamento no *HC* nº 124.306/RJ filia-se à corrente segundo a qual a vida humana somente se inicia quando há a completa formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência. Mas, para além dessa questão tormentosa — a difícil e delicada questão de se definir o momento em que se dá o início da vida humana —, optou-se, também, por se realizar uma ponderação do direito à vida, no caso de esta se iniciar com a concepção/fecundação, com outros princípios igualmente essenciais ao Estado Democrático de Direito, tais como dignidade da pessoa humana e proporcionalidade.

Colocadas essas questões, surge a seguinte indagação: o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442/DF, se porventura admitir a realização do aborto nas primeiras 12 semanas de gestação, estará legislando, ou seja, agindo como legislador positivo, ou julgando o caso em conformidade com as normas constitucionais?

É o que será visto no tópico seguinte.

5 A contribuição teórica de Ronald Dworkin para solucionar casos difíceis: o argumento de princípio e o argumento de política

Ronaldo Dworkin, nascido nos Estados Unidos, foi um filósofo do Direito e sucessor de Herbert L. A. Hart na cadeira de teoria geral do Direito em Oxford, na Inglaterra.

Com papel proeminente no debate público norte-americano, contribuiu para o Direito e para a política com inúmeros escritos ao longo de mais de 40 (quarenta) anos.

Por meio da análise de sua obra percebe-se que o filósofo defende “ideias de equidade, processo legal justo e direitos individuais como aspectos fundamentais da legalidade” (MORRISON, 2006, p. 496).

A sua notoriedade e importância na comunidade jurídica internacional é tão reconhecida ao ponto de Barbosa destacar o prestígio de Ronald Dworkin:

Merece especial atenção a quantidade de obituários, artigos em homenagem e outras movimentações que se seguiram logo após seu falecimento; tais fatos evidenciam ainda mais o prestígio que Ronald Dworkin teve e continuará tendo durante as próximas décadas. Diversos jornais de grande influência publicaram obituários no cenário lamentando o falecimento deste grande professor e destacando sua importância no cenário da filosofia do direito e da filosofia política: *The New York Times* afirmou, citando Thomas Nagel (Professor de Filosofia e Direito da New York University), que o poder analítico de Dworkin era amplificado pelo vigor e verve de sua escrita; o *Frankfurter Allgemeine Zeitung* o descreveu como um dos mais influentes pensadores jurídicos de língua inglesa do século passado, elogio similar àquele feito em matéria divulgada pelo jornal *El País*; o *Financial Times* o caracterizou como um dos filósofos liberais mais célebres da América; *The Guardian* o descreveu como o filósofo do direito mais original e influente do mundo anglofalante; no *The Washington Post* um dos entrevistados enfatiza que a visão do direito proporcionada pelos escritos de Dworkin irá influenciar o raciocínio jurídico durante gerações; *Der Spiegel* declara, no subtítulo da notícia, que ele foi considerado o filósofo do direito mais importante dos Estados Unidos; o sítio de notícias *Bloomberg* publicou um artigo escrito por Cass Sunstein (Professor da *Harvard Law School*) onde este assevera que Dworkin foi um dos filósofos do direito mais importante dos últimos 100 anos; *The New York Review of Books* buscou demonstrar que, além de ser um acadêmico reconhecido, Dworkin buscou discutir, nas últimas quatro décadas, as questões públicas norte-americanas mais controversas, como ações afirmativas, o aborto, a assistência ao suicídio, pornografia, sistema público de saúde, liberdades civis, a chamada ‘guerra ao terror’, bem como o que ele chamava de ‘decisões constrangedoramente ruins’ (*embarrassingly bad decisions*) da Suprema Corte dos

EUA, dentre diversos outros temas relevantes; no sítio da Faculdade de Direito da *University of Oxford*, John Gardner — que atualmente é professor de Teoria do Direito (*Jurisprudence*), cadeira que já foi ocupada por Dworkin — afirma, de forma lapidar, que existem diversos candidatos ao título de maior filósofo do direito do final do século XX, ‘mas ninguém disputa com Ronald Dworkin o título de mais inovador e mais provocativo. Concordando ou discordando [de suas teorias], é impossível ignorar o trabalho de Dworkin’ (BARBOSA, 2013, p. 293-294, grifos do original).

Crítico da noção de discricionariedade judicial, Ronald Dworkin introduz o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico.

Dworkin, cuja teoria do direito pressupõe um diálogo com a teoria da justiça de John Rawls, toma como ponto de partida do desenvolvimento de sua concepção a crítica da noção hartiana da textura aberta do direito, conforme a qual as situações não reguladas por regras ficariam no âmbito da discricionariedade (em sentido forte) do juiz. O argumento positivista levaria à tese de que, ‘quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade do direito. Ou, para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes’. E Dworkin é peremptório: ‘Ele [o positivista] conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício do seu poder discricionário — *o que é falso*’. Então, no sentido diametralmente oposto à tese da discricionariedade, Dworkin introduz sobretudo o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico. Os princípios vinculariam os juízes naquele espaço em que as regras não fossem suficientes para a solução do caso (NEVES, 2014, p. 52).

Compreender Dworkin, portanto, é observar sua completa aversão à discricionariedade, e que suas teorias, em linhas gerais, procuram controlar o subjetivismo a partir de uma postura que leva em consideração o respeito à tradição, à virtuosidade do círculo hermenêutico e à integridade e à coerência do direito (STRECK, 2014, p. 436).

Nessa linha de pensamento, Dworkin vai defender que, mesmo nos chamados casos difíceis (*hard cases*), o juiz continua tendo o dever de “descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (2017, p. 126).

Dworkin defende que as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas (2017, p. 132).

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio (DWORKIN, 2017, p. 36).

E, ao diferenciar o argumento de princípio do argumento de política, descreve o seguinte exemplo:

Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. Mas o que são os di-

reitos e os objetivos, e qual é a diferença? É difícil fornecer uma definição que não incorra em petição de princípio. Parece natural dizer, por exemplo, que a liberdade de expressão é um direito e não um objetivo, pois os cidadãos têm direito a essa liberdade por uma questão de moralidade política, e que o aumento da produção de material bélico é um objetivo e não um direito, pois contribui para o bem-estar coletivo, mas nenhum fabricante específico tem uma prerrogativa a um contrato governamental (DWORKIN, 2017, p. 141-142).

Percebe-se, portanto, que a proposta de Dworkin é encontrar uma forma de juízes e tribunais, ao se depararem com casos difíceis, decidirem de uma forma que não afete a integridade do Direito e não comprometa o princípio democrático.

Assim, observar a distinção entre tais argumentos é essencial para a adequada fundamentação dos pronunciamentos decisórios a partir de uma observação, por parte do julgador, de toda uma “consciência histórico efetual” (GADAMER, 1999).

Portanto, as decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração. Pode ser que o sistema político da democracia representativa funcione com indiferença nesse aspecto, mas funciona melhor que um sistema que permite que juízes não eleitos, que não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em suas salas de audiência (DWORKIN, 2017, p. 133).

6 Perspectiva para o julgamento da ADPF nº 442/DF à luz da contribuição de Ronald Dworkin

Em março deste ano, quando convocou audiência pública na ADPF nº 442/DF, a Ministra Rosa Weber considerou que a discussão

é um dos temas “mais sensíveis e delicados”, pois “envolve razões de ordem ética, moral, religiosa e de saúde pública e, ainda, a tutela de direitos fundamentais individuais”.

Embora a Ministra tenha recebido mais de 180 pedidos de habilitação, abrangendo entidades da área de saúde, institutos de pesquisa, organizações civis e instituições de natureza religiosa, foram deferidos pouco mais de 40 requerimentos, observando critérios de representatividade adequada, especialização técnica e/ou jurídica e garantia da pluralidade da composição da audiência.

Não se nega, portanto, que o tema divide a opinião pública e a própria comunidade jurídica.

A dúvida levantada neste texto reside na eventual argumentação que poderá ser levada em consideração pelo Supremo Tribunal Federal para decidir o caso.

Poderá o STF rejeitar o pedido sob o argumento de que a defesa do aborto nas 12 primeiras semanas de gestação constituiria uma decisão pautada por um “utilitarismo econômico” que ignora o dom sagrado da vida? Ou que a aceitação do aborto representa uma dilaceração dos valores fundamentais inerentes à família? Ou que o atalho tomado pelo PSOL, ao ajuizar a ADPF n° 442/DF, pretende forçar uma legislação genocida?

Ou, ao contrário, poderá o STF acolher o pedido formulado na ADPF n° 442/DF sob o argumento de que o aborto, embora reprovável, é questão de saúde pública, e não de tutela do Direito Penal? Ou, ainda, que as mulheres devem ter o direito de abortar, porque a cifra negra do crime de aborto é incrivelmente alta e que são pouquíssimos os casos de abortamento levados ao conhecimento do Poder Judiciário? E, também, que as mulheres precisam ser preservadas, considerando que os poucos casos que são levados às agências de repressão apenas refletem a seletividade inerente ao sistema, que possui como foco mulheres de baixa renda que, sem ter condições de custear um

procedimento seguro, acabam optando por drogas com efeito abortivo ou clínicas sem nenhuma estrutura? E, mais, a morte não apenas do feto, mas também de inúmeras mulheres, inclusive em idade prematura, que não resistem aos efeitos dos meios abortivos arriscados que utilizam? E, por fim, que as religiões não podem insistir em disseminar a misoginia?

Embora os argumentos sejam sólidos e mereçam séria consideração, respeitando opiniões contrárias, não poderão nortear o julgamento da ADPF nº 442/DF, pois todos constituem argumento de política e, por isso, devem ser enfrentados em local e momento próprios, qual seja no Congresso Nacional.

Isso não quer dizer que o Supremo Tribunal Federal está desautorizado a julgar o caso, mas apenas que o julgamento não poderá ser pautado por argumentos de política, e sim por argumentos de princípio, sob pena de o princípio democrático e a própria legitimidade do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, serem gravemente afetados.

A propósito da legitimação do controle de constitucionalidade, uma consideração se faz necessária. Ainda quando decida conflitos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais devem ser jurídicos (BARROSO, 2004, p. 54).

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. Por outro lado, o longo princípio da separação de Poderes convive, inexoravelmente, com novas realidades, às quais precisa adaptar-se. Dentre elas, a de que a interpretação judicial – inclusive e sobretudo a interpretação da Constituição – frequentemente envolverá, além de um ato de conhecimento, um ato de vontade por parte do intérprete. Tal

vontade, todavia, não deve ser tida como livre ou discricionária, mas subordinada aos princípios que regem o sistema constitucional, às circunstâncias do caso concreto, ao dever de fundamentação racional e ao debate público (BARROSO, 2004, p. 57).

Nessa linha de pensamento, por se tratar de um delito contra a vida, necessariamente tal questão deverá ser objeto de debate entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Em outros termos, em caráter definitivo, o Supremo Tribunal Federal tem a oportunidade de dizer quando ocorre o início da vida humana e, eventualmente, mesmo quando já existe vida humana, se esse valor pode ser relativizado por outros valores.⁵

Assim, o Supremo Tribunal Federal estará julgando a ADPF nº 442/DF com base em argumento de princípio, afastando, dessa forma, o argumento de política do debate e, por isso, não comprometendo a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional, que é o de proteger a Constituição por meio do controle de constitucionalidade das leis.

A propósito da definição do início da vida humana, não se pode desconsiderar o julgamento da ADI nº 3.510/DF, proposta em face da Lei nº 11.105/2005, que versa sobre a pesquisa, terapia e a utilização de células-tronco excedentárias obtidas de embriões humanos produzidos mediante fertilização *in vitro* e que não foram transferidos para o útero materno.

Naquela oportunidade, a Corte Suprema do País, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado, tendo a ementa o seguinte teor, cuja transcrição, pela extensão de seu conteúdo, será feita apenas na parte que interessa ao tema do presente trabalho:

⁵ Há quem sustente ser a vida um direito absoluto: “O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à capital relevância, é superior a todo interesse” (GONET BRANCO; MENDES, 2015, p. 255). A tese é do primeiro autor.

Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação. I - O conhecimento científico, a conceituação jurídica de células-tronco embrionárias e seus reflexos no controle de constitucionalidade da Lei de Biossegurança. As ‘células-tronco embrionárias’ são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou *in vitro*, e não espontaneamente ou *in vida*. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas ou aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. [...]; III - A proteção constitucional do direito à vida e os direitos infraconstitucionais do embrião pré-implanto. O Magna Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria ‘natalista’, em contraposição às teorias ‘concepcionista’ ou da ‘personalidade condicional’). E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à proprieda-

de', entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (*in vitro* apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. IV - as pesquisas com células-tronco não caracterizam aborto. Matéria estranha à presente ação direta de inconstitucionalidade. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento *in vitro*. Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado *in vitro* é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não

se pode cogitar. A ‘controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto’ (Ministro Celso de Mello). [...]; Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente (ADI nº 3510DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, *DJe* de 27/5/2010).

Uma leitura cuidadosa da ementa demonstra que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha sinalizado no sentido de reconhecer que a vida humana dependeria das “primeiras terminações nervosas”, por outro lado, fez questão de deixar anotado expressamente que o embrião disciplinado na Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) é aquele que não foi introduzido no colo do útero materno, de forma que a questão constitucional em debate naquele momento “não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto”.

Portanto, a questão em torno do início da vida humana ainda continua aberta e sem definição no Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto que pode ser objeto de exame é a eventual ponderação do direito à vida com outros valores fundamentais do ordenamento jurídico.

De certa forma, para a hipótese do aborto em caso de estupro, o próprio Código Penal afasta a essencialidade do valor vida, se considerada esta a partir da concepção, em decorrência da forma repugnante e cruel com que o feto foi gerado.

Ora, se o legislador naquele momento histórico de promulgação e vigência do Código Penal, no início da década de quarenta do século vinte, já admitia que o direito à vida não é absoluto e pode ser episodicamente afastado, quando a mulher sofrer estupro, parece-nos, assim, que tal ponderação pode vir a ser feita, agora em outro momento histórico, refletindo-se sobre a possibilidade de a mulher realizar o aborto em situação em que o feto se encontra em estágio inicial de desenvolvimento e sem a conclusão do sistema nervoso central, nas doze primeiras semanas de gestação.

É importante acentuar que o próprio Ronald Dworkin, em sua obra *Domínio da vida*, enfrentou o tema da proibição do aborto e analisou a questão à luz de duas correntes de pensamento muito difundidas na sociedade ocidental: o modo “derivativo” e o modo “independente”. Segundo a corrente “derivativa”, o feto, desde a concepção, é um sujeito com direitos individuais, razão por que ninguém poderia retirar do feto o seu direito à vida. A outra corrente, “independente”, vai sustentar que a vida tem um valor sagrado, devendo ser mantido como condição da permanência da equação existente entre humanidade e natureza.

Ambas as correntes, segundo Dworkin, são inválidas, não possuindo justificativa satisfatória.

Isso porque, quanto à corrente “derivativa”, se assim o fosse, nenhuma das duas hipóteses de aborto previstas legalmente no ordenamento jurídico brasileiro deveria existir, pois o direito à vida do feto é supremo, pouco importando se a concepção decorreu de estupro ou porque há risco de vida da mãe, não se podendo valorar se a vida dela é mais importante do que a do próprio filho.

Quanto à corrente “independente”, se também prevalecesse, estaria, assim, afrontando a liberdade religiosa, pois um Estado laico não pode proibir seus cidadãos de determinados atos com fundamento religioso (DWORKIN, 2003).

A obra não será objeto de maior aprofundamento, porque a questão é enfrentada no plano filosófico e moral, em um sentido mais abrangente de discussão, não sendo esse o propósito do texto, que delimitou a reflexão em torno da perspectiva para o julgamento da ADPF nº 442/DF à luz da contribuição de Dworkin para os chamados casos difíceis que devem ser resolvidos pelo Poder Judiciário, levando em consideração a diferença entre argumento de princípio e argumento de política.

Sua rápida menção, contudo, serviu para reforçar a complexidade de um tema tão delicado e polêmico para a opinião pública e a comunidade jurídica.

7 Conclusão

O presente texto pretendeu refletir sobre o papel que será exercido pelo Supremo Tribunal Federal, quando julgar a ADPF nº 442/DF, levando em consideração os limites do exercício da jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, demonstrou-se que o tema do aborto nas doze primeiras semanas de gestação, amplamente controverso no debate público, reclama bastante cuidado por todos os Ministros da Suprema Corte Brasileira, e que, mesmo se tratando de um caso difícil, não significa que possa ser abordado de forma subjetiva e com grau de discricionariedade.

A fim de evitar que tal ocorra, é preciso distinguir o argumento de princípio do argumento de política, e este último, embora mereça séria consideração, deve ser tratado em sede própria, isto é, em ambiente político composto por representantes do povo, que convivem diariamente com todo o tipo de pressão popular.

Em outros termos, embora muito relevantes no cenário atual, o julgamento em questão, acaso acolhido pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, não poderá ser pautado por argumentos políticos que defendem que as mulheres devem ter o direito de abortar, porque a cifra negra do crime de aborto é incrivelmente alta e que são pouquíssimos os casos de abortamento levados ao conhecimento do Poder Judiciário. E nem o argumento de que as mulheres precisam ser preservadas, considerando que os poucos casos que são levados às agências de repressão apenas refletem a seletividade inerente ao sistema, que possui como foco mulheres de

baixa renda que, sem ter condições de custear um procedimento seguro, acabam optando por drogas com efeito abortivo ou clínicas sem nenhuma estrutura. Igualmente não poderão ser considerados argumentos no sentido de que a proibição do aborto representa não apenas a morte do feto, mas também de inúmeras mulheres, inclusive em idade prematura, que não resistem aos efeitos dos meios abortivos arriscados que utilizam. Tampouco que as religiões insistem em disseminar a misoginia.

De outro lado, caso o pedido seja rejeitado, argumentos que sustentam o dom sagrado da vida e que o aborto consiste em dilaceração dos valores fundamentais inerentes à família também não podem nortear o julgamento, considerando o aspecto político e, também, religioso, sendo este último vedado pelo fato de a Constituição da República ter adotado o modelo de Estado laico.

Superando esses entraves, o Supremo Tribunal Federal, preservando o argumento de princípio, tem a possibilidade de debater, em definitivo, quando ocorre o início da vida humana e, eventualmente, se a própria vida humana, em estágio inicial de desenvolvimento e sem a conclusão do sistema nervoso central, nas doze primeiras semanas de gestação, pode ser objeto de ponderação com outros valores fundamentais do ordenamento jurídico.

Esses, a título de exemplo, são argumentos de princípio que podem ser invocados pelo Supremo Tribunal Federal, que estará, assim, resolvendo o caso de forma técnica e jurídica, preservando o princípio democrático e a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional.

Outrossim, parece-nos possível, se considerados esses argumentos de princípio, que a Suprema Corte Brasileira autorize a realização do aborto nas doze primeiras semanas de gestação, haja vista que o feto, ainda neste momento, encontra-se em estágio inicial de desenvolvimento, sem a conclusão do sistema nervoso central.

Se a morte, do ponto de vista médico, é aquela que ocorre quando há morte encefálica, é sustentável a tese de que a vida, de outro lado, seja adquirida a partir da conclusão do sistema nervoso central.

Parafraçando Ronald Dworkin em sua obra *A Justiça de toga*, na qual, em diálogo fictício entre o Juiz da Suprema Corte Americana Oliver Wendell Holmes e o jovem Leanerd Hand,⁶ este, ao agradecer uma carona que lhe fora dada, diz: “faça justiça, Juiz!”, ouvindo, para sua surpresa do juiz norte americano, “não é esse o meu trabalho!”, espera-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 442/DF, tenha consciência dos limites de sua atuação e de que aplicar o direito, sem discricionariedade e subjetivismo, evitando argumentos de política, é fundamental para a manutenção da democracia (DWORKIN, 2010).

Referências

BARBOSA, Leonardo Figueiredo. Ronald Dworkin: uma homenagem a um filósofo porco-espinho. *Revista Direito e Práxis* [Dossiê Ronald Dworkin], v. 4, n. 7, p. 289-304, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 290.341/RJ, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, *DJe* de 19/3/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, Pleno, *DJe* de 21/11/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, *DJe* de 27/5/2010.

⁶ Este, mais tarde, viria a se tornar Juiz na Corte Distrital de Nova York.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, *DJe* de 29/4/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Convocação para a audiência pública na ADPF nº 442/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processo-AudienciaPublicaAdpf54>>. Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 124306/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, *DJe* de 16/3/2017.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millenium, 1999. v. 4.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GONET BRANCO, P. G.; MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, v. 5.

MARTINS SILVA, Ives Gandra. A dignidade da pessoa humana desde a concepção. In: MIRANDA, J.; SILVA, M. A. M. (Coord.). *Tratado lusobrasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 143-150.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. São Paulo: Editora Método, 2011. v. 2.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Salvador: JUSPodivm, 2013.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

UOL NOTÍCIAS. Ciência e Saúde. Brasil é o quarto país com maior número de casos de anencefalia. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/11/brasil-e-o-quarto-pais-com-maior-numero-de-casos-de-anencefalia.htm>>. Acesso em: 8 set. 2018.