

**DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO E OS DESAFIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A LIBERDADE E AUTONOMIA DA VONTADE E A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO NO CASO DE FETOS ANENCÉFALOS<sup>1\*</sup>**

**CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL LAW AND THE CHALLENGES OF FUNDAMENTAL RIGHTS: FREEDOM AND AUTONOMY OF THE WILL AND THERAPEUTIC ANTICIPATION OF DELIVERY IN THE CASE OF ANENCEPHALIC FETUSES**

**Gilson Matilde Diana<sup>2</sup>**

**Resumo:** No Brasil o aborto não é permitido existindo apenas exclusão de ilicitude quando em dois casos possíveis: o chamado *aborto necessário*, ou o *aborto no caso de gravidez resultante de estupro*. Com o advento da Constituição de 1988, os direitos fundamentais passaram a proteger a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), os princípios da liberdade e a autonomia da vontade (art. 5º, inciso II), bem como o direito à saúde (art. 6º e 196). O Supremo Tribunal Federal (STF) foi acionado para avaliar a questão da interrupção terapêutica do parto no caso de fetos acometidos de anencefalia por meio de uma *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Assim, por meio de um estudo descritivo, buscou-se observar a continuidade de construção de nossa constituinte e seus alcances, ao mesmo tempo em que se pôde perceber as possibilidades de mudanças por meio da interpretação de nosso direito constitucional.

**Palavras-chave:** Anencefalia; Aborto; Autonomia da Vontade; Direitos Fundamentais.

**Abstract:** In Brazil, abortion is not allowed. There is only exclusion of illegality in two possible cases: the so-called *necessary abortion*, or *abortion in cases of pregnancy resulting from rape*. With the advent of the Constitution of 1988, fundamental rights began to protect the dignity of the human person (art. 1, item III), the principles of freedom and autonomy (art. 5, subsection II), and the right to health (art. 6 and 196). The Supreme Federal Court (STF) was asked to

---

<sup>1</sup> Data de recebimento do artigo: 03.02.2016.

Datas de pareceres de aprovação: 16 e 29.02.2016.

Correções obrigatórias: 24.02.2016.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 24.02.2016.

\* Gostaria às pessoas que contribuíram de forma direta ou indiretamente para a construção deste artigo. Não os nomearei, com intuito de evitar injustiças. Agradeço também aos pareceristas anônimos da revista, pelas críticas e sugestões. Elas foram muito importantes na revisão de algumas partes. Os erros e falhas que ainda persintam são meus.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília – Linha de Pesquisa Constituição e Democracia, Mestre em Filosofia pela UnB, professor dos cursos de pós-graduação da Escola Superior de Polícia da Academia Nacional de Polícia-ANP.

assess the issue of therapeutic delivery interruption in the case of affected fetal anencephaly by an *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (Accusation of Breach of Fundamental Precept). Thus, through a descriptive study, we sought to observe the continuing construction of our constituent and its scope at the same time that the possibilities of change through interpretation of our constitutional law could be seen.

**Keywords:** Anencephaly; Abortion; Autonomy of the Will; Fundamental rights.

## 1. Introdução

No dia 22 de maio de 2014, o Ministério da Saúde publicou Portaria<sup>3</sup> disciplinando os procedimentos de interrupção da gestação/antecipação terapêutica do parto previstas em lei. Uma semana depois, em 29 de maio de 2014, por pressão da bancada evangélica do Congresso Nacional, a portaria foi revogada.<sup>4</sup> A mencionada portaria daria continuidade a uma política pública<sup>5</sup> de atenção à saúde da mulher, principalmente aquela que necessitasse de cuidados e atenção da coisa pública de forma integral, com a inclusão do procedimento de interrupção terapêutica de partos previstos em lei. O Brasil é o quarto país no mundo em que ocorrem mais casos de fetos anencéfalos, ficando atrás do Chile, México e Argentina. Só no ano de 2005,

---

<sup>3</sup> Portaria nº 415 de 21 de maio de 2014, publicada do Diário Oficial da União, Seção 1, nº 96, quinta-feira, 22 de maio de 2014, p. 60-61, que “Inclui o procedimento interrupção da gestação/antecipação terapêutica do parto previstas em lei e todos os seus atributos na Tabela de Procedimentos, Medicamentos, Órteses/Próteses e Materiais Especiais do SUS.”

<sup>4</sup> Portaria nº 437 de 28 de maio de 2014, publicada do Diário Oficial da União, Seção 1, nº 101, quinta-feira, 29 de maio de 2014, p. 40, que “Revoga as Portarias nº 224/SAS/MS, de 26 de março de 2014, 272/SAS/MS, de 2 de abril de 2014, 227/SAS/MS, de 4 de abril de 2014 e 415/SAS/MS, de 21 de maio de 2014.” Conferir também: <http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/ministerio-da-saude-revoga-portaria-que-definia-valor-de-aborto-terapeutico-no-sus-12651190>, bem como <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/71180/ministerio+da+saude+revoga+portaria+que+regulamentava+aborto+legal+pelo+sus.shtml>.

<sup>5</sup> De acordo com Maria Paula DALLARI BUCCI. O conceito de política pública em direito. In BUCCI. **Políticas Públicas:** Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39, “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos judicialmente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. [...] Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados.”

foram formalizadas cerca de três mil autorizações para interrupção gestacional por causa de formação fetal com anencefalia e prejuízo de vida extrauterina.<sup>6</sup>

Dentre os procedimentos que seriam tratados na rede conveniada do Sistema Único de Saúde (SUS) estava o caso dos anencéfalos e a possibilidade de interrupção terapêutica de parto. Este procedimento foi autorizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 54/DF. Antes, as solicitações de autorização pela justiça de interrupção de aborto nestes casos eram feitas em sede de *Habeas Corpus*<sup>7</sup>, o que se dava de forma cautelar e depois as questões a serem tratadas ficavam prejudicadas, pois o feto, até a decisão judicial, nascia e pouco tempo após o nascimento vinha a óbito. Assim, perdia-se o objeto em questão e arquivava-se o pleito. Isso ocorreu em um caso do Rio de Janeiro, *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, que chegou ao plenário do STF sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Após a constatação – por meio de uma ligação telefônica – de que o feto havia nascido e morrido, “julgou-se prejudicado, para grande alívio da maioria naquele momento, porque era um caso que não se permitiria pedido de vista [...]”<sup>8</sup>.

Com o pedido de discussão deste tema, por meio da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) preocupados com a situação de seus representados em responderem por crimes contra a vida, conforme artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), foi encaminhada por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e no art. 1º e seguintes da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. O advogado foi o constitucionalista Luís Roberto Barroso, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal. A apreciação do pedido teve início com a concessão de liminar, no sentido de que os “pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos

---

<sup>6</sup> ADPF 54/DF, p. 32. Outra pesquisa sobre anencéfalos em um país europeu, que diz respeito aos protocolos de interrupção de gravidez com feto anencéfalo, bem como número de nascimento e mortes pode ser consultado em: VERHAGEN, Eduard; SAUER, Pieter J. J. The Groningen Protocol — Euthanasia in Severely Ill Newborns. **The New England Journal of Medicine**. 2005, 352: 959-962. Disponível em: <http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp058026#t=article>. Acesso em: 6 jul. 2014.

<sup>7</sup> Conferir ADPF 54/DF, p. 268, antecipação do voto do Ministro Gilmar Mendes. “Em princípio essas questões acabavam sendo resolvidas, nas instâncias ordinárias, na via do próprio habeas corpus, e muitas vezes em sede de cautelar. E, depois, julgava-se essas questões prejudicadas”.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 269. Conferir também BARROSO, 2006, nota 48.

anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto” (BRASIL, 2012, p. 15). Após debate sobre o cabimento ou não de tal arguição de descumprimento de preceito fundamental – levantado de Procurador-Geral da República (que deve ser utilizada quando inexistir outro meio capaz de sanar a lesividade), que foi aceita, em setembro de 2004, quatro anos depois, teve início as audiências públicas, solicitadas à época do início do pleito.

A discussão em plenário da corte maior da Justiça brasileira trouxe à baila inúmeras questões atinentes ao direito constitucional. Uma das primeiras que podemos endereçar é a competência de legislar e a separação de poderes: será que com a omissão do congresso sobre a questão, o judiciário poderia evoluir neste entendimento por meio de jurisprudência?<sup>9</sup> Outra questão que pode ser levantada é relacionada ao se avaliar os votos dos ministros, quanto aos legados recebidos pelo nosso direito constitucional e ao fechamento conceitual de cada decisão dos ministros em relação a estes legados.<sup>10</sup>

De acordo com Castro (2014, p. 736), este

[...] “fechamento conceitual” desses legados incorporados ao direito constitucional – e inclusive ao direito da Constituição brasileira de 1988 – é impeditivo que os juristas, ao tratarem da constituição, trabalhem no sentido de valorizar o *sentimento de liberdade de cada um* e tenham, com base nisso, uma atuação inteligentemente transformadora da estrutura institucional da sociedade. (Grifos do autor)

Assim, na primeira parte deste artigo será apresentada a *quaestio iuris* enfrentada pela autoridade judicial constitucional e a sua arguição com base nos direitos fundamentais para alteração de entendimento de norma penal fechada. No segundo momento a questão jurídica tratada será analisada em seu tratamento com base nos legados recebidos pelo direito constitucional brasileiro, bem como as oportunidades de mudanças que se podem perder devido a este legado. Na terceira parte será feita uma análise da *quaestio iuris* apresentada na parte um, com bases em perspectivas liberais no trato com os direitos constitucional, a partir de Kant e os desdobramentos desde este autor e outros que enfrentaram da temática da liberdade e autonomia

---

<sup>9</sup> Existem projetos de lei propostos para tratar de tais questões, bem como o anteprojeto do novo Código Penal inclui no art. 128, inciso III esta possibilidade: “Art. 128. Não há crime de aborto. [...] III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestados por dois médicos;” Conferir PLS - Projeto de Lei do Senado, Nº 236 de 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 6 jul. 2014.

<sup>10</sup> Conferir CASTRO, 2014.

da vontade. A metodologia empregada é um exercício descritivo apoiado em artigos e textos sobre o tema e os votos dos ministros na ADPF nº 54. É um trabalho explanatório e de reflexão. Como resultado indica-se os fechamentos conceituais decorrentes das interpretações jurídicas e os legados por elas recebidas, o que muitas vezes se inserem em uma corrida contra os limites da linguagem. De outra sorte, os avanços da interpretação constitucional por meio da jurisprudência merecem um olhar mais cauteloso.

## 2. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54

O Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, define entre seus artigos a criminalização nos seguintes casos de aborto: (a) aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento; e (b) aborto provocado por terceiro. Na hipótese de aborto provocado pela própria gestante ou esta dar a concessão para que outra pessoa provoque o aborto, prevê-se uma pena de detenção de um a três anos. E na hipótese da pessoa que recebe a concessão de provocar o aborto, prevê-se uma pena de reclusão de um a quatro anos.<sup>11</sup>

No referido código penal, admitiu-se duas excludentes de ilicitude (art. 128, incisos I e II): (a) nos casos de aborto necessário; e (b) no caso de gravidez resultante de estupro. O aborto necessário é quando a vida da gestante está em risco; e a gravidez resultante de estupro pondera-se pelo consentimento da gestante, e caso seja incapaz, de seu representante legal. Nas possibilidades de excludente de ilicitude, previstas no art. 128, não foram incluídas pelo legislador outras hipóteses, tais como a anencefalia ou má-formação congênita do feto.

Passados 48 anos do Código Penal Brasileiro, o advento da Constituição Cidadã de 1988 incorporou direitos fundamentais<sup>12</sup> e sociais, tentando melhor traduzir o desenvolvimento histórico e social das sociedades. Não diferentemente, começaram a entrar em choque os direitos positivados na primeira metade do século XX com as prescrições da nova Carta de República, que pode ser identificada com uma continuidade de interpretação a partir de um

---

<sup>11</sup> Artigos 124 e 126 do Código Penal.

<sup>12</sup> Neste sentido, pode-se conferir CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos de filosofia constitucional contemporânea. 4ª ed. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 12 e segs. “A Constituição Federal de 1988, que converteu *todos* os direitos da Declaração da ONU em direitos legais no Brasil e instituiu uma série de mecanismos processuais que buscam a eles dar eficácia, é certamente a principal referência da incorporação desta linguagem dos direitos. [...] Parece não haver dúvida de que o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro.”

código civil, e não um código civil visto como um dos sistemas da constituição<sup>13</sup>. Até o julgamento da ADPF 54 somam-se outros 24 anos, acumulando-se 72 anos do direito e dever positivado no Código Penal. É interessante notar que na petição inicial, bem como no acórdão do julgamento da referida ADPF, Nelson Hungria, em obra de 1958<sup>14</sup>, foi citado diversas vezes para enfatizar que a interpretação da lei deve se dar levando-se em conta a evolução da ciência, bem como os aspectos da evolução cultural da vida em sociedade.

A *quaestio juris* enfrentada era a vulnerabilidade dos o art. 1º, inciso IV [sic]<sup>15</sup> (a dignidade da pessoa humana), o art. 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde). O choque com normativo anterior dá-se, uma vez que é aplicado pelo poder público como infração ao conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.40). No pedido de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o arguente solicita que a suprema corte:

[...] procedendo à interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante

<sup>13</sup> Neste sentido pode ser conferido o Prefácio à obra de Gisele Cittadino (obra acima citada), feito por José Eduardo Faria.

<sup>14</sup> Nelson Hungria primeiro foi citado para ajudar a afastar a tese de aborto, na petição inicial (*apud* Luis Roberto Barroso): “Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.” (Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, 1958, p. 297-298). De outra sorte, foi também citado por Gilmar Mendes para enfatizar a interpretação evolutiva da lei: “A lei não pode ficar inflexível e perpetuamente ancorada nas ideias e conceitos que atuaram em sua gênese. Não se pode recusar, seja qual for a lei, a denominada interpretação evolutiva (progressiva, adaptativa). A lógica da lei, conforme acentua Maggiore, não é estática e cristalizada, mas dinâmica e evolutiva. “*Se o direito é feito para o homem e não o homem para o direito, o espírito que vivifica a lei deve fazer dela um instrumento dócil e pronto a satisfazer, no seu evoluir, as necessidades humanas*”. No estado atual da civilização jurídica, ninguém pode negar ao juiz a faculdade de afeiçoar a rigidez da lei ao progressivo espírito da sociedade, ou de imprimir ao texto legal a possível elasticidade, a fim de atenuar os contrastes que acaso surjam entre ele e a cambiante realidade. Já passou o tempo do rigoroso tecnicismo lógico, que abstraía a lei do seu contato com o mundo real e a consciência social. O juiz pode e deve interpretar a lei ao influxo de supervenientes princípios científicos e práticos de modo a adaptá-la aos novos aspectos da vida social, pois já não se procura a *mens legis* no pensamento do legislador, ao tempo mais ou menos remoto em que foi elaborada a lei, mas no espírito evoluído da sociedade e no imanente, que se transforma com o avanço da civilização”. (Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, p. 87-88).

<sup>15</sup> O inciso em referência na Carta Constitucional de 1988 é o inciso III do art. 1º, *in verbis*: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”

de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.<sup>16</sup>

O pedido chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) em junho de 2004, e teve seu julgado concluído em abril de 2012. Dos onze ministros do supremo, um ministro julgou-se impedido<sup>17</sup>, e dos outros dez, oito votaram por julgar procedente o pedido formulado na inicial da inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal brasileiro. Dois ministros votaram por julgar improcedente o pedido, pois a interpretação extensiva pelo STF das hipóteses restritivas de direito é uma usurpação de competência privativa do Congresso Nacional para criar outra causa de excludente de punição ou ilicitude. Cabem aqui alguns comentários aos votos dos ministros, pois os que votaram pelo deferimento do pedido estavam por fazer as vezes do poder legislativo – criando assim um problema para a separação dos poderes, ao atuarem como legisladores positivos – ao mesmo tempo que aqueles que votaram contra não permitiam o avanço no entendimento da adequação da norma aos fatos empíricos novos, bem como não estavam dispostos em atender aos interesses sociais e individuais emergentes, não admitindo uma flexibilização aos direitos subjetivos<sup>18</sup>.

O ponto crucial da petição inicial, recepcionada pelo relator e pela maioria, foi a de que não estava em jogo a vida de outro ser, e neste caso, não se cuidava de um aborto, e sim de uma interrupção antecipada da gravidez com feto anencéfalo. Assim, versava sobre matéria de ética privada, a escolha, e que esta caberia à mulher deixada àquela condição. (BRASIL, 2012, p. 23-24). Para alcançar tal deliberação, o relator (Ministro Marco Aurélio) convocou audiência pública<sup>19</sup> em que foram ouvidas as partes interessadas, bem como pessoas com experiência em anencefalia como convidadas. Afastaram-se questões religiosas e evocou-se a laicidade do

---

<sup>16</sup> Conferir Barroso, 2005.

<sup>17</sup> O Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido por já ter atuado no processo na função de Advogado-Geral da União.

<sup>18</sup> Conferir neste sentido CASTRO, 2014, seção 3.3., p. 746 e seguintes. Um tratamento detalhado destes pontos será dado na parte II deste artigo.

<sup>19</sup> As audiências públicas estão previstas no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que diz: “§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em **audiência pública**, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” (Grifos meus). Audiência Pública convocada pelo Ministro Marco Aurélio, para subsidiar o julgamento de ADPF que discutia a possibilidade de se interromper a gravidez em casos de fetos anencéfalos, teve lugar entre os dias 26 e 28 de agosto e 4 e 16 de setembro de 2008. Várias entidades que requereram atuação no processo como outras convidadas foram ouvidas como *amicus curiae*.

Estado (BRASIL, 2012, p. 34-43). Definiu-se a anencefalia como doença congênita letal, não consubstanciando este como aborto eugênico (BRASIL, 2012, p. 44-51). Afastou-se a possibilidade de doação de órgãos dos anencéfalos, bem como o direito à vida, uma vez que anencefalia e vida foram considerados termos antitéticos (BRASIL, 2012, p. 54-60).

Após todas estas considerações, passou-se a olhar para a condição da mulher, nas perspectivas do direito à saúde, à dignidade, à liberdade e à autonomia da vontade. Concluiu-se que:

[...] cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar os valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante. (BRASIL, 2012, p. 66).

Nos argumentos constantes dos votos que negaram provimento<sup>20</sup>, sobressaiu a tese de que a exemplo das demais cortes constitucionais, o STF só pode exercer o papel de legislador negativo. Afirma Lewandowski que:

[...] não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem. (BRASIL, 2012, p. 245).

Salientou, para tanto, a existência de dois projetos de Lei, o PL nº 4403/1994, bem como o PL nº 50/2011, que superaria esta questão por meio do poder legislativo. Cesar Peluso, no mesmo sentido e citando o ex-ministro Carlos Velloso – que participou da primeira decisão sobre a admissibilidade ou não desta ADPF – “*o que se pretende é (...) que o STF estabeleça, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, mais uma causa de exclusão do crime de aborto. (...) No caso, o STF estaria inovando no mundo jurídico, vale dizer, estaria criando mais uma forma de exclusão do crime de aborto (...)*”. E continua afirmando que nova hipótese de exclusão do crime de aborto, “*somente poderia ser feita mediante lei. O STF não poderia,*

---

<sup>20</sup> Estes votos foram dos ministros Ricardo Lewandowski e do ministro Cesar Peluso, este último presidente do Supremo à época.

*evidentemente, fazê-la, sob pena de substituir-se ao Congresso Nacional.*” (BRASIL, 2012, p. 412-413 – grifo do autor).

### **3. Permanência ou Mudança: os legados recebidos no direito constitucional**

O julgamento em questão, bem como a *quaestio juris* enfrentada foram considerados o mais importante dos julgados do STF nos últimos anos. Isto porque este julgamento poderia enfatizar o avanço daquela corte no controle de constitucionalidade, bem como em demonstrar uma integração dos interesses sociais emergentes com as formas jurídicas da *jurisprudência*. Com a chegada à corte de casos e demandas sociais, estes colocam um desafio à renovação do olhar do direito e da justiça e à superação de um discurso vazio e especializado de nossos juristas. Exemplos destes casos são: (a) financiamento de Campanhas Eleitorais; (b) regime prisional; (c) queimada de canaviais; (d) pesquisas com células-tronco embrionárias; (e) políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior; etc. Estes casos podem colocar à nossa corte suprema, nas palavras de Castro (2014, p. 731), a seguinte questão: “[...] como se deve pensar sobre o papel do direito, e em especial o direito constitucional, no Brasil contemporâneo?”. E continua Marcus Faro de Castro (2014, p. 731) a firmar que “uma constituição vale mais pelo que significa em termos práticos, no plano vivo das instituições e das políticas públicas concretas, do que no discurso abstrato, e frequentemente vazio, de muitos juristas”.

Será que onde a lei é clara não há espaço para interpretação? Essa máxima foi utilizada para analisar até onde pode ir a jurisprudência, bem como a interpretação, principalmente no direito brasileiro que é marcadamente positivista. A prática da interpretação, que exporia a *prudentia* (*phronesis*) dos juristas e não uma mera técnica, reforçaria sobremaneira a evolução do pensamento jurídico. A jurisprudência possibilitaria então uma compreensão mais profunda da vontade do legislador (o poder legislativo e a experiência política) e as experiências históricas e sociais da vida dos cidadãos. Marcus Faro de Castro, em recente trabalho intitulado *Globalização, Democracia e Direito Constitucional: legados recebidos e possibilidades de mudança* aponta que o direito constitucional no Brasil conta hoje com duas visões de fundo: (i) a de um projeto germanizante (reprodução das construções dogmáticas do direito constitucional alemão positivado); (ii) a um projeto eclético, aderente do chamado neoconstitucionalismo (inspirados em juristas como Ronald Dworkin e Robert Alexy). (CASTRO, 2014, p. 742-743).

De toda a sorte, na *quaestio juris* enfrentada pelo Supremo no caso dos anencéfalos, pode-se perceber, a partir do texto de Marcus Faro de Castro citado, uma adesão tanto ao fechamento conceitual por parte dos que votaram contra ao se apegar ao positivismo da norma, bem como o apego à doutrina clássica da separação dos poderes. Marcus Faro de Castro argumenta que para uma democratização dos direitos constitucionais é preciso que a constituição política se ocupe dos desafios éticos por ela emanados. Para Castro (2014, p. 744) “[...] o direito constitucional se beneficiaria muito se os juristas que a ele se dedicam se dispuserem a construir um diálogo com outras disciplinas que tratam da política sob vários ângulos, incluindo, em primeiro plano, a ciência política, a economia política, a sociologia política e a antropologia política”. Isto pode ser feito por meio de uma espécie de ruptura epistemológica com a tradição germanizante, bem como a tradição ibérica, e um melhor entendimento das proposituras do neoconstitucionalismo.

Outro ponto que a *quaestio juris* dos anencéfalos trouxe foi a doutrina clássica da separação dos poderes<sup>21</sup>. Para Castro (2014, p. 746), “[...] nem a doutrina clássica da separação dos poderes, nem a suposição da intangibilidade normativa da jurisdição constitucional correspondem à realidade empírica contemporânea”. Uma superação deste legado recebido poderia ser dar, de acordo com Castro, por meio do conceito de *confiança* de Locke. Neste sentido, o poder legislativo é um poder fiduciário<sup>22</sup>. (CASTRO, 2013, p. 745). Às vezes, a incapacidade de alguns dos poderes atenderem aos anseios da sociedade pode provocar um levante populacional violento, como ocorrido no Brasil em junho de 2013, o que acabou por

---

<sup>21</sup> Essa doutrina clássica nos remete a John Locke, em seu *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, bem como em Montesquieu, *O Espírito das Leis*. De acordo com Delacampagne (2001, p. 50) “Montesquieu não foi o primeiro a distinguir três grandes tipos de poder. Já se encontra essa distinção no Livro IV das Políticas de Aristóteles (cap. 14, 1297b). Montesquieu também não foi o verdadeiro ‘inventor’ desse sistema de *checks and balances*, que se chama ‘separação dos poderes’, pois nesse campo ele teve um predecessor: o autor da Carta sobre a tolerância, John Locke.”

<sup>22</sup> LOCKE, Jonh. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, § 149: “[...] sendo o legislativo somente um **poder fiduciário** destinado a entrar em ação para certos fins, cabe ainda ao povo um poder supremo para afastar ou alterar o legislativo quando é levado a verificar que age contrariamente ao encargo que lhe **confiaram**. Porque, sendo ilimitado qualquer poder concedido como encargo para conseguir-se certo objetivo, por esse mesmo objetivo, sempre que se despreza ou contraria manifestadamente esse objetivo, a ele se perde o direito necessariamente, e o poder retorna às mãos dos que o concederam, que poderão colocá-lo onde o julguem melhor para a garantia e segurança próprias.” (Grifos meu).

Mais abaixo se pode ver um conceito atual que se aproxima do que Locke nos traz aqui sobre *o retorno do poder às mãos dos que o concederam*, no conceito de poder destituente de Agamben, bem como o projeto de emenda à Constituição que tramita no Congresso brasileiro e versa sobre: a petição revogatória; a petição destituente; e o plebiscito destituente.

pautar o executivo, o legislativo e o judiciário<sup>23</sup>. Assim, lidando com a noção de um poder fiduciário, baseado na confiança, poder-se-ia pensar em instituições públicas menos coercitivas.

Outro ponto desafiante da questão jurídica dos anencéfalos, que coaduna com a visão de Castro é o tratamento dos direitos subjetivos (neste incluídos os direitos fundamentais) como entidades metafísicas. De acordo com Castro (2014, p. 746) “Os direitos subjetivos (inclusive fundamentais) não devem ser tratados como entidades metafísicas, nem como referenciais normativos unívocos, imobilizados em algum texto do direito positivo, diante dos quais o formalismo dogmático assume a tarefa de detalhar a estrutura interna, os limites, o sistema de direitos fundamentais, como se fossem coisas.”

O Brasil vem perdendo a oportunidade de se adequar às globalizações do direito e do pensamento jurídico<sup>24</sup>, deixando de “promover inteligentemente a institucionalização de interesses emergentes” (CASTRO, 2014, p. 743). Mesmo com a agregação da ponderação de valores que trouxe os princípios bem como a visão de proporcionalidade, estes foram inseridos num contexto axiomático-dedutivo, e sua aplicabilidade segue uma normatividade metafísica. Kant (2003, p. 59), em sua *Metafísica dos Costumes* afirma que “Se, portanto, um sistema de cognição *a priori* a partir exclusivamente de conceitos é denominado *metafísica*, uma filosofia prática, que não tem a natureza, mas a liberdade de escolha por seu objeto, pressuporá e requererá uma metafísica dos costumes [...]”. E é esta relação com a liberdade e a relação com a autonomia da vontade e os princípios liberais que será tratada no tópico seguinte.

#### 4. Kant, Liberdade e a Autonomia da Vontade

‘Como devemos viver?’ Platão enfatizou algumas vezes esta questão em sua discussão sobre a justiça no livro *A República*, para mostrar que quando estamos falando sobre ética, não estamos tratando de assunto sem importância, mas sim como deveríamos viver.<sup>25</sup> Da mesma forma, quando se fala se nossa possibilidade de deixar nosso estado de minoridade, no estado

---

<sup>23</sup> A chefe do executivo propôs um plebiscito para decidir sobre uma constituinte exclusiva; o presidente do congresso engavetou a Proposta de Emenda Constitucional 37 – que entrou na pauta das manifestações; o presidente do Supremo levou a julgamento e condenou à prisão o primeiro parlamentar brasileiro.

<sup>24</sup> Sobre este assunto, consultar KENNEDY, Duncan. “The Globalization of Law and Legal Thought: 1850-2000”. In TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (orgs.). **The New Law and Legal Economic Development: A critical Appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 19-74. Ver também GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, Daniel; WHITTINGTON, Keith (eds). **Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: OUP, 2008, pp. 81-98.

<sup>25</sup> Conferir neste sentido RACHELS, James. **Elementos da Filosofia Moral**. 4ª ed. Barueri/SP: Manole, 2006, mais especificadamente capítulos 1, 9 e 10.

de natureza, e nos organizarmos em sociedade civil, esta questão – como devemos viver – ainda deve ser observada. No projeto liberal kantiano, pode-se observar também esta preocupação, como uma passagem de um estado ético, na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, em direção a um estado de organização social, mais deontológico, na *Metafísica dos Costumes*. Se na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* Kant expõe sua ética, na *Metafísica dos Costumes* ele expõe sua filosofia do direito, em que se deve abrir mão de sua autonomia da vontade em função do respeito às leis. Este era o espírito do iluminismo. É abandonar a preguiça<sup>26</sup> e a covardia e nos conduzirmos de formas independentes e utilizando a razão para deliberarmos sobre nossas escolhas cotidianas. Nestas escolhas, a consideração do outro é essencial.

Immanuel Kant (1724-1804) inicia os seus *Prolegômenos a qualquer metafísica futura que possa a vir ser considerada como ciência* se defendendo da acusação de obscuridade (KANT, 1984, p. 12) que recebeu à sua *Crítica da Razão Pura* advertindo que é necessário que se estude metafísica<sup>27</sup>, mas caso queira fazê-lo, deve atender a exigências descritas neste *Prolegômenos*. A declinação desta tarefa de empreender uma metafísica pode levar ao que fez David Hume (1711-1776) que “para colocar seu barco<sup>28</sup> em lugar seguro, levou-o até a praia (ao ceticismo), onde poderia permanecer e apodrecer” (KANT, 1984, p. 12)<sup>29</sup>. Mas para Kant é importante dar um piloto ao barco, e este piloto implica nas elaborações das metafísicas da natureza e dos costumes<sup>30</sup>. “As leis *a priori* da natureza concernem o que *é* e constituem a

---

<sup>26</sup> Conferir Kant [1784], em *Resposta à pergunta: “Que é o Iluminismo?”* – “Tem a coragem de te servires do teu próprio entendimento! Eis a palavra de ordem do Iluminismo.”

<sup>27</sup> Kant absorve aqui os estudos de Metafísica feitos por Christian Wolff (1679-1754), mas num sentido de uma Metafísica Crítica. “Para justificarem sua definição mais ampla de metafísica, os racionalistas tomaram o objetivo da metafísica como sendo o estudo do ser, em todas as suas perspectivas. Christian Wolff [1729] articulou esta distinção de maneira clara. Em primeiro lugar, a “metafísica geral” estuda o ser enquanto ser; e dentre as metafísicas especiais, haveria a “cosmologia”, que estuda o ser enquanto coisa mutável, a “psicologia racional”, que estuda o ser de seres racionais como os humanos, e a “teologia natural”, que estuda o ser de Deus.” (Cf. LOUX, M.J. *Metaphysics – A Contemporary Introduction*. 2ª ed. Londres: Routledge, 2002, p. 5 ss). Um resumo da primeira parte desta obra, confeccionado por Osvaldo Pessoa Jr. para a disciplina Teoria do Conhecimento e Filosofia da Ciência III, USP – 2006, pode ser encontrado em <http://www.fflch.usp.br/df/opessoa/TCFC3-06b-Loux-12.pdf>.

<sup>28</sup> Outra afirmação semelhante foi feita por Neurath, citada por Quine, em que a ciência é um barco quebrado em meio a tempestade, e que devemos reconstruí-lo por cada pedaço de madeira, um após o outro, enquanto nos mantemos flutuando dentro dele. (QUINE, 2010, p. 23)

<sup>29</sup> Conferir também *Crítica da Razão Pura*, p. 32.

<sup>30</sup> KANT, Immanuel (CRP, XLIV, p. 23). “Já que durante estes trabalhos atingi que no decurso destes trabalhos atingi uma idade relativamente avançada (este mês completarei sessenta e quatro anos), se quero executar o meu plano de fornecer tanto uma Metafísica da Natureza quanto a Metafísica dos Costumes como confirmação da correção da crítica da razão pura tanto especulativa como prática, tenho que usar com parcimônia o meu tempo [...]”.

*metafísica da natureza*. As leis da liberdade dizem respeito ao que *deve ser* e constituem a *metafísica dos costumes*. (LOPARIC, 2003, p. 1).

Kant não se abstém de reconhecer no próprio *Prolegômenos* a sua dívida com Hume, ao afirmar que Hume o despertou de seu sono dogmático e deu a sua filosofia especulativa uma direção completamente nova (KANT, 1984, p. 10), ao tomar como ponto de partida a conexão entre causa e efeito, e demonstrou que é impossível à razão pensar esta conexão *a priori* e a partir de conceito<sup>31</sup>. Isto porque, afirma Kant em sua *Crítica da Razão Pura* (p. 55), nossa fonte de conhecimento deriva de duas fontes: a receptividade das impressões (intuições) e a outra a espontaneidade dos conceitos. Pela primeira nos é dado o objeto e pela segunda ele é pensado em sua representação. Intuições e conceitos são, então, os elementos de todo o nosso conhecimento. A questão que Kant coloca é se estes são puros ou empíricos? “Somente intuições ou conceitos puros são possíveis *a priori*, intuições ou conceitos empíricos só *a posteriori*”. (KANT, 1987, p. 55). Isso nos conduz a uma famosa afirmação de Kant de que: “Pensamentos sem conteúdo são vazios, intuições sem conceitos são cegas.” (Ibidem, p. 55).

O projeto epistemológico kantiano exige uma aproximação direta com as formas lógicas do pensamento. Ao alargar este entendimento, que se consolida na *Crítica da Razão Pura*, para os âmbitos da *razão prática*, Kant tenta capturar na ética – por meio da razão – o que Hume justamente deixa para as paixões. Para Hume, a razão nada mais é que escrava das paixões<sup>32</sup>. Para Kant, as paixões devem ser silenciadas pela razão. De acordo com Hume, esta possibilidade da primazia da razão sobre as paixões, modo típico de pensar dos antigos ou modernos foi a causa para a maioria dos argumentos metafísicos ou populares.

Ao se debater com a questão da liberdade da vontade, Kant lança uma das bases fundamentais da perspectiva liberal. Esta perspectiva se delinea, mais detalhadamente, ao se colocar as questões: qual o poder que deve ter o estado sobre as liberdades dos indivíduos? E, ainda mais, quais poderes deve deter o estado sobre os indivíduos? Estas questões nos remetem novamente a outra: como devemos viver? A propositura liberal é que se viva com direitos a

---

<sup>31</sup> Um exemplo famoso de David Hume é a afirmação de que não é porque faz-se dia todos os dias, amanhã fará novamente dia. O argumento de Hume é: O Sol nasceu todos os dias no passado. O Sol continua nascendo no presente. Se o Sol nasceu todos os dias no passado e continua nascendo hoje. Logo, nascerá também amanhã. Hume atribui ao peso do hábito e do costume o fato de acreditarmos na possibilidade de fundamentar tal princípio indutivo como uma conexão necessária. Cf. HUME, David. *Tratado da Natureza Humana; e Investigação Acerca do Entendimento Humano*.

<sup>32</sup> Conferir HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. São Paulo: UNESP, 2000. “A Moral desperta paixões, e produz ou impede ações. A razão, por si só, é inteiramente impotente quanto a esse aspecto. As regras da moral, portanto, não são conclusões de nossa razão.” (2000, p. 497).

segurança, a liberdade, a igualdade e a propriedade<sup>33</sup>. De acordo com Cittadino (2013, p. 146) “Em seu sentido liberal, a ideia de liberdade significa a capacidade que cada cidadão possui de ter a sua concepção razoável acerca da vida digna e de procurar realizar os objetivos por ela fixados, sem interferências impeditivas externas.” A liberdade da vontade, de acordo com Kant (1984, p. 149), assim pode ser expressa:

[...] que outra coisa pode ser, pois, a liberdade da vontade senão autonomia, i.e., a propriedade da vontade de ser lei para si mesma? Mas a proposição: ‘A vontade é, em todas as ações, uma lei para si mesma’ caracteriza apenas o princípio de não agir segundo nenhuma outra máxima que não seja aquela que possa ter-se a si mesma como objeto como lei universal. Isto, porém, é precisamente a fórmula do imperativo categórico e o princípio da moralidade; assim, pois, uma vontade livre e uma vontade submetida a leis morais são uma e a mesma coisa.

Na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão dos anencéfalos, pode-se dizer que esteve presente o que Dworkin chama de leitura moral da Constituição. De acordo com Cittadino (2013, p. 191), “A leitura moral da Constituição supõe, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais nela estabelecidos devem ser interpretados como princípios morais que decorrem da justiça e da equidade e que fixam limites ao poder governamental.” Ao fazer este exercício de uma leitura moral da Constituição, pode-se afirmar que estará sempre em choque a relação que Kant faz na *Metafísica dos Costumes*, entre a separação entre ética e direito, ao afirmar que “A legislação ética (mesmo se os deveres pudessem ser externos) é aquela que *não pode* ser externa; a legislação jurídica é aquela que pode ser também externa.” (KANT, 2003, p. 73). Mas esta separação fica mais evidente quando ele afirma que o Direito está ligado à competência de exercer coerção<sup>34</sup>.

Kant definiu um uso interno da liberdade, bem como um uso externo. O uso interno diz respeito a liberdade na moral, enquanto que o uso externo são chamadas de leis jurídicas.<sup>35</sup> Neste mesmo sentido, Hegel (1770-1831), em seu livro *Princípios da Filosofia do Direito*, criticou a liberdade da vontade de Kant, bem como a sua contradição com o conceito de livre arbítrio:

15 – De acordo com essa definição, a liberdade da vontade é o livre-arbítrio onde se reúnem os dois aspectos seguintes: a reflexão livre, que vai se separando de tudo, e a subordinação ao conteúdo e à matéria dados interior ou exteriormente. Porque, ao mesmo tempo, este conteúdo, necessário em si e enquanto fim, se define como simples

<sup>33</sup> Conferir Jonathan Wolff em (WOLFF, 2004, p. 187).

<sup>34</sup> “Direito e competência de empregar coerção, portanto, significam uma e única coisa.” (KANT, 2003, p. 78).

<sup>35</sup> Kant, 2003, p. 63.

possibilidade para a reflexão, o livre arbítrio é a contingência na vontade. (HEGEL, 1997, p. 22).<sup>36</sup>

Na decisão do STF, que assentou decidido por precedente o pedido para declarar inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo é conduta tipificada no Código Penal, previu que:

[...] vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante. (BRASIL, 2012, p. 66).

Ora, aqui se pode dizer que há um entendimento, com o qual se coaduna, de que se preservou uma autonomia da vontade da pessoa diretamente afetada pelas ações. Neste sentido, pode-se dizer que apesar dos legados recebidos das vertentes germanistas do direito constitucional – da qual Kant faz parte e é um precursor<sup>37</sup> – a nossa corte tem evoluído em tratar os direitos subjetivos com primazia ao endurecimento conceitual normativo. Conforme tratado na segunda parte deste artigo, os avanços tendem a superar as oportunidades perdidas, bem como o fechamento conceitual por que passou os legados recebidos de fontes ibéricas e germânicas. Um pouco de ousadia é sempre bom a um tribunal constitucional. E essa ousadia pode ser dada a partir de uma interpretação que considere os direitos fundamentais como ferramenta de fazer uma ligação com os interesses emergentes da sociedade e sua realidade empírica.

Mas alguma ressalva merece ser destacada. Será que estamos democraticamente amadurecidos para lidar com a questão da separação dos poderes? Será que algum abalo aos sistemas de freios e contrapesos<sup>38</sup> não pode provocar uma judicialização excessiva da política

---

<sup>36</sup> Hegel aproveita para criticar os juristas clássicos e modernos, fazendo referência principalmente a Kant, que desenvolveram, por causa de sua aproximação com a matemática e a lógica, uma forma de conceitualismo formal fundando em uma metafísica moderna, o que gerou distinções verbais vazias para salvar a letra da lei. (HEGEL, 1997, p. 11).

<sup>37</sup> Kant é precursor de uma corrente liberal contratualista, baseada em um modelo axiomático-dedutivo, que passa depois por Friedrich C. von Savigny (1779-1861), Paul M. Laband (1838-1918), Hans Kelsen (1881-1973), e nos alcança no século XX principalmente nos trabalhos de John Rawls (1921-2002) e Ronald Dworkin (1931-2013). Conferir CASTRO, 2012, p. 144-162 para explicações sobre a Escola Histórica e os autores listados até Kelsen. Conferir Gisele Cittadino (op. cit.) para os autores citados John Rawls e Dworkin.

<sup>38</sup> A doutrina da separação dos poderes aparece em Locke (conferir Nota de rodapé 20), bem como em Montesquieu (**O Espírito das Leis**, Livro XI, Capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra, em que afirma: “Há em cada Estado,

– com consequência uma violação da vontade do legislador? Pensaram os ministros da suprema corte brasileira que não. Principalmente porque, quando o Estado tem uma postura interventiva nas escolhas individuais (que fira direitos fundamentais), é legítimo haver um pedido de uma interpretação do ato normativo conforme a constituição, e não a declaração de inconstitucionalidade de lei que expressa vontade do povo, por meio de seus representantes.

Ainda na segunda parte deste artigo, tratou-se da proposta feita por Marcus Faro de Castro de que deveria se desapegar da doutrina clássica da separação dos poderes. É preciso, de acordo com o autor, superar este preconceito da doutrina clássica da separação dos poderes, e olhar os estudos feitos após tal institucionalização.

Nancy Fraser (2009, 2101) adverte que as lutas por reconhecimento são recorrentes nos dias de hoje.

Reivindicações pelo reconhecimento da diferença agora conduzem muitos dos conflitos sociais do mundo, de campanhas pela soberania nacional e autonomia subnacional a batalhas em torno do multiculturalismo, aos movimentos recém-energizados pelos direitos humanos internacionais, que buscam promover tanto o respeito universal pela humanidade compartilhada, como a estima pela distinção cultural. Elas também se tornaram predominantes dentro de movimentos sociais como o feminismo, que havia colocado previamente a redistribuição de recursos em primeiro plano. (FRASER, 2010, p. 115).

Afirma ainda que o advento da globalização fez com que mudássemos a forma como lidamos com a justiça. Na ADPF 54, Celso de Melo afirma:

**[...] cabe acentuar** que este Tribunal, **superando** a noção de que **somente** atua como “*legislador negativo*”, **evolui**, no presente julgamento, **no sentido** de acrescentar, **às modalidades de exclusão** do crime de aborto **previstas** no art. 128 do CP (*aborto necessário e aborto sentimental ou humanitário*), **uma terceira hipótese** – *antecipação terapêutica de parto* **concernente** a feto **portador** de anencefalia – que, **longe** de se identificar com a prática criminosa de aborto, **caracteriza**, *antes*, **uma situação de ausência** de tipicidade penal. (BRASIL, 2012, p. 356).

---

três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes, e o executivo que dependem do direito civil. [...] Chamaremos este último o poder de julgar e, ao outro, simplesmente o poder executivo do Estado. [...] Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”). Em, os três poderes Kant aparece na *Metafísica dos Costumes*, nos §§ 45 – 49, em que no § 45 diz: “Todo Estado encerra três poderes dentro de si, isto é, a vontade unida geral consiste de três pessoas (*trias política*): o poder soberano (*soberania*) na pessoa do legislador; o poder executivo na pessoa do governante (em consonância com a lei) e o poder judiciário (para outorgar a cada um o que é seu de acordo com a lei) na pessoa do juiz (*potestas legislativa, rectoria et iudiciaria*).”

Por fim, da decisão do Supremo a respeito da ADPF 54, pode-se perceber vários elementos tratados aqui. Primeiro, que, ao analisar a decisão proferida por Celso de Melo: “O reconhecimento à gestante o direito de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de previa obtenção de autorização judicial ou de permissão por qualquer outro órgão de Estado” (BRASIL, 2012, p. 366), pode ser entendido como uma forma de fidúcia em contraponto às formas comuns de coerção. Parece que este entendimento nos dá o aval de pensar em instituições menos coercitivas e mais fiduciárias. No mesmo sentido acompanha Gilmar Mendes (BRASIL, 2012, p. 302), ao afirmar que “[...] não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias.”

De outra sorte, ao enfrentar a tese de que o Supremo não está utilizando-se do caráter de **legislador negativo** – modelo da teoria constitucional de Kelsen –, mas também de **legislador positivo** faz-se propor, ousadamente, que a corte constitucional brasileira pode estar exercendo uma forma de **poder destituente**<sup>39</sup>. Este conceito advém de Agamben, em palestra proferida em 2013.<sup>40</sup> Nesta palestra, ele define o poder destituente como uma “potência destituente”, que “Enquanto um poder constituinte destrói a lei apenas para a recrear [sic] sob uma nova forma, o poder destituente, na medida em que depõe de uma vez por todas a lei, pode realmente abrir uma nova época histórica.”

A acepção que faremos deste conceito é no sentido de que ao usar do poder positivo, uma corte constitucional pode estar fazendo uso de uma forma de poder destituente, não no sentido amplo de Agamben em depor de uma vez por todas as leis, mas, paulatinamente, reinterpretando algumas, ou fazendo (sem fazer explícita e formalmente) aditivos a outras,

---

<sup>39</sup> Está em tramitação na Câmara a Proposta de Emenda à Constituição 477/10, do deputado Rodrigo Rollemberg (PSB-DF), que dá ao cidadão a possibilidade de pedir a revogação de leis aprovadas nos oito anos anteriores e demandar a realização de plebiscito para decretar a perda de mandato de prefeito, senador e governador. A PEC cria três instrumentos para que o eleitor possa pleitear a anulação de decisões tomadas nas urnas ou por seus eleitos: a petição revogatória; a petição destituente; e o plebiscito destituente. As petições deverão ser protocoladas no Supremo Tribunal Federal (STF), que será responsável por avaliar a admissibilidade do pedido. Caso seja admitida a petição, não cabe recurso: a lei questionada será revogada ou será realizado plebiscito para destituição do mandato. (Fonte: <http://jurisway.jusbrasil.com.br/noticias/2165553/pec-preve-iniciativa-popular-para-revogar-leis-e-destituir-eleitos>).

<sup>40</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Por uma teoria do poder destituente**. Palestra pública em Atenas, 16 nov. 2013. (Convite e organização pelo instituto Nicos Poulantzas e pela juventude do SYRIZA). Disponível em: <http://jornalggn.com.br/node/1323458>. Acesso em 6 jul 2014.

destitui o poder constituinte. É uma forma de judicialização do político. De acordo com Lewandowski

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno. [...] não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem. (BRASIL, 2012, p. 245).

Enfim, pode-se perceber que o debate jurídico em torno da questão de anencefalia, dentro de um instrumento jurídico, trouxe à tona diversos elementos importantes na seara da ética. Um pouco crucial relacionado a ética é justamente a autonomia da vontade e a liberdade de escolha. Neste ponto que ética e direito se reencontram, principalmente quando são trazidos à baila questões do direito natural. A liberdade da vontade, avaliada na ADPF, bem como a decisão retornou à instância privada de decisão, ou seja, à mulher que está em condições de uma gestação de um feto com anencefalia. Casos como este, em que ecoa a exceção e não a regra, é sempre um desafio aos direitos. A perspectiva normativa da jurisdição constitucional não consegue dar cabo dos desafios colocados por estas hipóteses que envolvem o direito natural e fundamental.

## 5. Considerações finais

Ao que pode conduzir o formalismo jurídico de Kant e qual sua influência no direito? Pode-se perceber a prevalência ainda da teoria (vida contemplativa) em detrimento da realidade empírica (vida ativa), nos assentamentos dos julgados de nossa seara jurídica. O manter-se enclausurado em conceitos que tentam dar sentidos aos vazios jurídicos<sup>41</sup> e o afastamento da realidade empírica, os levaria ainda a retomar os questionamentos levantados no presente artigo: (1) será que com a omissão do congresso sobre a questão, o judiciário poderia evoluir

---

<sup>41</sup> Os vazios jurídicos aqui podem ser entendidos também como, nos termos de Agamben, uma “vigência sem significado”, aquela em que uma lei vigora, mas não significa. “É em Kant que a forma pura da lei como ‘vigência sem significado’ aparece pela primeira vez na modernidade”. AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 57.

neste entendimento por meio de jurisprudência? (2) ao se avaliar os votos dos ministros, como lidar com os legados recebidos pelo nosso direito constitucional?

Uma resposta possível ao ponto (2) dos questionamentos é a crítica do fechamento conceitual das formas jurídicas subjetivas, realizada por meio da recepção do legado filosófico dos sec. XIX<sup>42</sup>, principalmente na institucionalização dos direitos e o tratamento destes direitos como constitucionais ou fundamentais. Estes direitos foram entendidos como prontos, completos e inalteráveis; e as ideias de revisão constitucional – conhecido como controle de constitucionalidade por causa da influência alemã – e o endurecimento conceitual desses legados incorporados tornou um empecilho ao tratamento das diferenças. Apoia-se mais em uma forma (vida contemplativa) em que, parafraseando Kant, temos pensamentos sem conteúdo e assim geramos vazios; ou intuições sem conceitos, o que pode deixar o nosso direito cego. “Esse excessivo apego a formalismos jurídicos, quase sempre em si mesmos vazios, impregna-se da incapacidade dos juristas de promover a inovação da realidade social e econômica”. (CASTRO, 2012, p. 21).

Enfrentar o problema do fechamento conceitual é enfrentar o problema do entendimento apropriado do termo metafísica e de como ele é entendido hoje. Isto conduz a existência de um pecado mais grave nos votos dos ministros. Boa parte dos votos dos ministros ou correm contra os limites da linguagem<sup>43</sup> (Wittgenstein) ou ferem a navalha<sup>44</sup> de Willian de Ockham (1287-1347) – ou seja – multiplicam entidades sem necessidade. A navalha de Ockham prevê o uso de um princípio de simplicidade, em que as teorias mais simples seriam apreciáveis às mais complexas, bem como alargar o alcance das teorias. A alusão a estas questões, que envolvem questões metafísicas (sobre a necessidade e contingência dos fatos e explicações jurídicas), pode ser relacionada com um uso do poder. Isso, inevitavelmente, traz nas formas jurídicas uma expressão de saber, que não se desvincula do poder. E o fechamento conceitual,

---

<sup>42</sup> As ideias referentes aos termos “fechamento conceitual” foram desenvolvidas nas aulas da disciplina Filosofia Política e Direito Constitucional, com o Prof. Marcus Faro de Castro. Não se citou o texto aqui propriamente por solicitação do autor, em um *pre-print*.

<sup>43</sup> Neste caso, estamos pensando no Wittgenstein do *Tractatus Logico-Philosophicus*, mais detidamente nas questões relacionadas à ética e a metafísica, e seus desdobramentos da proposição 7 do *Tractatus*: “7. O que não se pode falar, deve-se calar.”

<sup>44</sup> O princípio da parcimônia ou navalha de Ockham, atribuído a William de Ockham, diz que: *Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*. Este trecho não é encontrado em nenhuma obra de Ockham, mas apareceu em 1639, num trabalho de um comentador de Duns Scotus in, John Ponce of Cork. Conferir: THORBURN, W. M. **The Myth of Ockham's Razor** in <http://www.logicmuseum.com/authors/other/mythofockham.htm#myth>.

bem como os vazios ontológicos das decisões, se encobre mais de poder do que de saber<sup>45</sup>. Ou melhor, tentam expressar um saber, que na verdade é mais expressão de um poder. Esta expressão de poder não pode fazer das considerações éticas, atinentes aos direitos subjetivos, um simples adendo do direito bem como da política. As questões éticas, pelo contrário, forçam o direito e a política constantemente a buscar novas alternativas para se aperfeiçoar na pluralidade de visões a respeito de como devemos viver.

Ao outro questionamento que se levantou em (1) acima, tem que se olhar com cautela os avanços do judiciário por meio da jurisprudência. Isso porque o avanço de um poder, principalmente pela inércia de outro, quando vai se tratar de possíveis anomias ou reparação de leis com vigências sem significado sempre acende o alerta da quebra de confiança (*trust*). Esta atuação do poder judiciário por meio da jurisprudência, o que alcança em muitas vezes desafios éticos – como no caso dos anencéfalos – permite uma aproximação com a realidade empírica. Os casos que envolvem direitos fundamentais são os mais salientes para estas análises éticas, que permitem a ida além do direito, e permite pensar o reencontro entre ética e direito. A captura dos modos de vida por meio do direito, bem como por meio da política, sempre é um desafio que se coloca. O retorno da decisão para a mulher nos casos de anencefalia permitiu repensar a decisão sobre a vida em sua pureza (no direito natural) em contraponto com a vida capturada pelo *nomos*. Poderia ser esse um caminho de reestabelecer o diálogo entre direito e vida, entre direito e ética.

## 6. Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. *Por uma teoria do poder destituente*. Palestra pública em Atenas, 16.11.2013. (Convite e organização pelo instituto Nicos Poulantzas e pela juventude do SYRIZA). Disponível em: <http://jornalggn.com.br/node/1323458>. Acesso em: 6 jul. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Anencefalia, inviabilidade do feto e antecipação terapêutica do parto - Petição Inicial da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pela

---

<sup>45</sup> As relações de saber e poder foram tratadas por Foucault em *A verdade e as formas jurídicas*. “Onde se encontra saber e ciência com sua verdade pura, não pode mais haver poder político. Esse grande mito precisa ser liquidado. Foi esse mito que Nietzsche começou a demolir ao mostrar, em numerosos textos já citados, que por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta de poder.” (FOUCAULT, 2002, p. 51)

Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS ao Supremo Tribunal Federal – STF. In *Revista Jurídica Virtual*. V. 6, N. 70, Março/2005. Seção: Artigos, Pareceres, Memoriais e Petições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_70/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/). Acesso em: 6 jul. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 6 jul. 2014.

BRASIL. *Decreto-Lei Nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 6 jul. 2014.

BRASIL. *Lei Nº 9.882*, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 6 jul. 2014.

BRASIL. STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF*. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Inteiro Teor do Acórdão – 433 p., 2012.

CASTRO, Marcus Faro de. *Formas Jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Marcus Faro de. Globalização, Democracia e Direito constitucional: Legados Recebidos e Possibilidades de Mudança. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: Análise, Crítica e Contribuições*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 697-719.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 4ª. ed. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DELACAMPAGNE, Christian. *A filosofia política hoje: idéias, debates, questões*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

FRASER, Nancy. *Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado*. Lua Nova, São Paulo, 77: 11-39, 2009.

FRASER, Nancy. *Repensando o reconhecimento*. Revista Enfoques: revista semestral eletrônica dos alunos do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Antropologia da UFRJ, Rio de Janeiro, v.9, n.1, p.114-128, agosto 2010. Em: <http://www.enfoques.ifcs.ufrj.br>.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

- GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, Daniel; WHITTINGTON, Keith (eds). *Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: OUP, 2008, pp. 81-98.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. São Paulo: UNESP, 2000.
- KANT, Immanuel [1781/1787]. *Crítica da razão pura*. Trad. Valerio Rodhen e Udo Baldur Moosburger. 3. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1987.
- KANT, Immanuel [1783]. *Prolegômenos*. Trad. Tania Maria Bern Kopf. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- KANT, Immanuel [1785]. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- KANT, Immanuel [1797]. *Metafísica dos Costumes*. Bauru/SP: EDIPRO, 2003.
- KENNEDY, Duncan. “The Globalization of Law and Legal Thought: 1850-2000”. In TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (orgs.). *The New Law and Legal Economic Development: A critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, PP. 19-74.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- LOPARIC, Zeljko. *As duas Metafísicas de Kant*. In: Kant e-Prints – Vol. 2, n. 5, 2003. Disponível em: <ftp://ftp.cle.unicamp.br/pub/kant-e-prints/vol.2,n.5,2003.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2014.
- MONTESQUIEU, Charles L. S. *O Espírito das Leis*. Brasília: EdUnB, 1995.
- NIETZSCHE, F. W. *Para a Genealogia da Moral*. 4. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- QUINE, W. von O. *Palavras e Objetos*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2010.
- RACHELS, James. *Elementos da Filosofia Moral*. 4ª ed. Barueri/SP: Manole, 2006.
- WOLFF, Jonathan. *Introdução à Filosofia Política*. Lisboa: Gradiva, 2004.