
ADPF 54 VERSUS ADPF 442: “O QUE ESPERAR QUANDO SE ESTÁ ESPERANDO?”

ADPF 54 VERSUS ADPF 442: “WHAT DO YOU EXPECT WHEN YOU ARE EXPECTING?”

Fernanda Maria Grasselli Freitas*
Gerson Neves Pinto**

RESUMO: O presente trabalho trata da possibilidade da descriminalização do aborto no Brasil que está sendo discutida via Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 442). A proposta foi responder à seguinte pergunta: a partir da decisão da ADPF nº 54, que desconsiderou a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos como o aborto tipificado nos arts. 124 e 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal, em que medida os fundamentos utilizados nessa decisão poderão e/ou deverão ser utilizados para a resolução da ADPF nº 442, que ampliou o pedido para que todo e qualquer tipo de aborto realizado até 12 semanas gestacionais sejam descriminalizados? O objetivo foi analisar o pedido da ADPF nº 442, que aguarda julgamento pelo STF, a partir do julgamento da ADPF 54. Para essa abordagem, foram utilizadas as contribuições filosóficas de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas. Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa descritiva, com a utilização do método comparativo para tentar identificar as principais semelhanças e diferenças entre as duas ações de controle de constitucionalidade, utilizando-se como técnicas de pesquisa a bibliográfica e a documental. Pode-se depreender que a ADPF nº 442 ampliou o rol de princípios e direitos fundamentais violados com a criminalização do aborto, quando comparada à ADPF nº 54. Além disso, foi possível identificar que, em que pesem os argumentos divergentes acerca do aborto – valores, laicidade e direitos fundamentais – a decisão da ADPF nº 442 não poderá ignorar os argumentos e fundamentos utilizados na ADPF nº 54, culminado na descriminalização do aborto no Brasil.

Palavras-chave: Aborto. Bioética. Direitos sexuais e reprodutivos.

ABSTRACT: This article addresses the possibility of decriminalization of abortion in Brazil that is being discussed in an Action Against the Violation of a Constitutional Fundamental Right (ADPF 442). The intention was to answer the following question: after the decision of ADPF 54, which disregarded the therapeutic anticipation of childbirth of anencephalic fetuses as abortion specified in articles 124 and 126, caput, and 128, I and II, in the Brazilian Criminal Code, to what extent the foundations used in this decision can and/or should be used for the resolution of ADPF 442, which extended the request for any type of abortion performed up to 12 weeks' gestational age to be decriminalized? The objective was to analyze the request of ADPF 442, which is pending trial by the STF, based on the judgment of ADPF 54. For this approach, the philosophical contributions of Ronald Dworkin and Jürgen Habermas were used. In terms of

* Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, Brasil.
<https://orcid.org/0000-0002-5936-6651>

** Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Departamento de Direito Público (PPGD), São Leopoldo, RS, Brasil.
<https://orcid.org/0000-0002-4595-708X>

methodology, this is a descriptive research, using the comparative method to identify the main similarities and differences between the two actions of constitutionality control, using bibliographic and document research techniques. One can deduce that ADPF 442 expanded the list of fundamental principles and rights violated with the criminalization of abortion, when compared to ADPF 54. Moreover, it was possible to identify that, despite the divergent arguments about abortion – values, secularism and fundamental rights – the decision of ADPF 442 cannot ignore the arguments and grounds used in ADPF 54, culminating in the decriminalization of abortion in Brazil.

Keywords: Abortion. Bioethic. Sexual and Reproductive Rights.

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas que permeia o tema do aborto é a discussão sobre o embrião ser, ou não, uma pessoa com direitos e interesses próprios. Identificar em quais casos essa prática seria moralmente condenável, bem como se caberia ao direito fixar esse limite, é uma das grandes questões postas hodiernamente. A discussão sobre o tema é efervescente e sobre ele encontram-se os mais variados argumentos e opiniões, carregados, ou não, de conceitos ideológicos, morais e religiosos.

Nem a ciência, nem a religião ou a filosofia (e muito menos o Direito) conseguiram encontrar uma resposta ou definição que fosse universalmente aceita sobre o início da vida. Os pré-conceitos e a impermanência dos seres e das coisas em nada auxiliam nesse processo de conhecimento e convencimento.

No meio dessa eterna disputa conceitual sobre o início da vida e dos direitos a ela inerentes é que se trava a discussão sobre o aborto. Buscando respostas para essa inquietação, o problema da descriminalização do aborto no Brasil será enfrentado, com base na análise de duas ações de controle constitucional – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – a ADPF n° 54, já julgada, e a ADPF n° 442, que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) desde 2017.

A proposta é responder à seguinte pergunta: a partir dos fundamentos que embasaram a decisão da ADPF n° 54, que desconsiderou a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos como o aborto tipificado nos arts. 124 e 126, *caput*, e 128, I e II, em que medida estes mesmos fundamentos poderão e/ou deverão ser utilizados na ADPF n° 442?

Para esse fim, apresentam-se as reflexões de dois jusfilósofos, a saber, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas sobre a valoração da vida. Depois, comparam-se os pedidos das duas arguições de descumprimento de preceito fundamental colocadas em debate no presente artigo: a ADPF n° 54 e a ADPF n° 442. Além disso, discute-se se os fundamentos utilizados por alguns dos votos que embasaram a primeira decisão, poderão ser utilizados na segunda. Por fim, como reflexão, traz-se a discussão sobre a métrica da vida, em que se discute sobre os diferentes limites gestacionais estabelecidos

para a realização do aborto em países onde o procedimento é autorizado.

2 SOBRE A VALORAÇÃO DA VIDA

Para Ronald Dworkin (2016, p. 95), as convicções pessoais sobre a valoração da vida, tanto das pessoas mais liberais quanto das mais conservadoras, são difíceis de ser fundamentadamente explicadas apenas de uma única perspectiva. Para esse autor, o problema do aborto ultrapassa o questionamento sobre quais direitos devem se sobrepor – do embrião ou da mulher, uma vez que inexistirá opinião neutra sobre o problema. Nesse sentido, o filósofo enfatiza que:

Enquanto o debate for colocado nesses termos polarizados, os dois lados não poderão raciocinar em conjunto, pois nada terão sobre o que raciocinar e ser razoáveis. Um dos lados acredita que o feto humano já é um sujeito moral, uma criança não nascida, a partir do momento da concepção. O outro acredita que um feto recém concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas de um código genético, e que, nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém fertilizado é um frango. **Nenhum dos lados é capaz de oferecer um argumento que o outro possa aceitar** – não há nenhum fato biológico à espera de ser descoberto, nenhuma analogia moral esmagadora à espera de ser inventada que possa resolver o problema (DWORKIN, 2016, p. 11, grifo nosso).

Já Jürgen Habermas (2002, p. 51-54) empreende sua análise no sentido de que não há dúvida sobre o valor da vida humana embrionária, quer seja pela sua sacralização, quer seja pelo seu fim em si mesma, mas não encontra razões suficientes para que seja superprotegida por todos. A questão que se revela é definir quem são os portadores de direitos e deveres morais.

Para esse autor, é difícil encontrar um conceito global, abrangente o suficiente que consiga dar conta do início da vida. Assim considera que: “Nessa controvérsia, todas as tentativas de descrever o início da vida humana, ideologicamente neutras e, portanto, sem prejulgamentos e que sejam aceitáveis para todos os cidadãos de uma sociedade secular,

fracassam” (HABERMAS, 2002, p. 51, tradução nossa)¹.

Nesse contexto, é possível perceber quão difícil é encontrar opiniões isentas sobre a moralidade das práticas que envolvam a vida. Dworkin (2016, p. 96) defende que tanto as pessoas mais liberais quanto as mais conservadoras acreditam no valor intrínseco da vida “ao menos intuitivamente”, não importando o estágio em que essa vida se encontre. Logo, é com base nesse valor que ele vai elaborar sua teoria sobre a qualidade dessa vida.

O autor propõe que até mesmo fatos e coisas, independentemente do valor a elas atribuídas, são relevantes por si mesmas. Nas palavras do autor: “A ideia de valor intrínseco é um lugar-comum e ocupa posição central em nosso esquema comum de valores e opiniões” (DWORKIN, 2016, p. 96-97).

Todavia, atribuir um valor intrínseco a toda vida humana pode ser um problema. O autor argumenta que a importância da vida está conectada com a sua qualidade. Nesse sentido, distinguiu a existência de dois tipos de “coisas intrinsecamente valiosas”. Primeiramente as coisas que quanto mais a pessoa possuir, melhor, e por este autor denominadas de “incrementalmente valiosas”; e aquelas “que possuem valor em um sentido muito diverso”, que foram chamadas de “valores sagrados ou invioláveis” (DWORKIN, 2016, p. 96-97).

Dworkin (2016, p. 98) sustenta que o motivo pelo qual não se chega a um consenso sobre temas como o aborto é a maneira como cada pessoa interpreta esses valores. Nesse sentido, faz a seguinte pergunta: “Suponhamos que uma gravidez seja resultado de um estupro: que decisão, nesse caso, demonstra mais respeito pelo valor intrínseco da vida humana – uma decisão favorável ou contrária ao aborto?” (DWORKIN, 2016, p. 98). As respostas, segundo ele, dependerão das convicções religiosas e filosóficas que cada pessoa possui. Assim, encerra dizendo que:

Se pudermos entender a controvérsia sobre o aborto como um debate ligado a outras diferenças de opinião religiosa e filosófica, entenderemos bem melhor em que e por que divergimos. Estaremos também em melhores condições de enfatizar os pontos em que concordamos e de perceber de que modo nossas divisões, por mais profundas e dolorosas que sejam, ainda assim

¹ No original: “Dans cette controverse, toutes les tentatives pour décrire les premiers temps de la vie humaine en des termes demeurant neutres par rapport aux différentes visions du monde, c’est-à-dire dépourvus de préjugés et, par conséquent, acceptables pour tous les citoyens d’une société séculière, ont échoué” (HABERMAS, 2002, p. 51).

estão arraigadas em uma unidade fundamental de convicção humanitária. O que compartilhamos é mais fundamental do que nossas divergências sobre sua melhor interpretação (DWORKIN, 2016, p. 99).

Quando se delibera acerca de um tema a partir da temática “vida”, em especial vida intrauterina, os conceitos e opiniões divergem, seja por questões políticas, ou por princípios religiosos. Essas divergências são ainda mais relevantes em sociedades democráticas, em que as cidadãs e os cidadãos podem exercer livremente suas convicções tanto políticas quanto religiosas. Nesse sentido, torna-se imperioso discutir, de forma aprofundada, se, ao considerar apenas o valor intrínseco de toda a vida humana, não se estaria limitando o direito da pessoa se autodeterminar sobre sua própria vida, especialmente, sobre a sua vontade, ou não, de gerar uma vida, colidindo assim com seus interesses privados.

Logo, faz-se necessário primeiro avaliar qual o valor a ser considerado para se impor uma limitação de acesso ao aborto. Dworkin (2016, p. 616) acredita que o Estado não tem o direito de proibir ou impor restrições quando a única justificativa para a proibição do exercício de uma liberdade é a proteção de um valor independente que tem como fundamento uma dimensão religiosa. De outro modo, o Estado deve orientar e educar suas cidadãs e seus cidadãos para que conduzam suas decisões considerando esses valores.

Nesse sentido, ao falar sobre o tema, o referido autor declara que:

O aborto demonstra o devido respeito pela vida humana, em princípio, em duas circunstâncias: em primeiro lugar, quando a vida da criança, se levada a cabo a gravidez, seria uma vida frustrante [...]; em segundo lugar, quando ter um filho gere a probabilidade, de maneira previsível, de consequências tão catastróficas sobre o êxito da vida de outrem – da mãe e de outros filhos da família, por exemplo – que se possa crer que a preocupação com o valor intrínseco da vida destes possam exceder em peso a preocupação com a vida do feto, no qual ainda não se fez nenhum investimento além do biológico (DWORKIN, 2016, p. 615).

Nessa perspectiva, somente os interesses da pessoa diretamente envolvida, ou seja, os interesses derivados deveriam importar para o

Estado. Isso porque inexistiu unanimidade quanto aos valores, mesmo dentro de culturas democráticas. Esse autor considera que os valores estão suscetíveis a avaliações de cunho religioso, que ampliam o grau de importância dos valores independentes, como o valor à vida, por exemplo, em detrimento dos valores derivados. Nesse sentido, propõe as seguintes indagações: “Seria o aborto um erro moral? Se for, o erro depende do tipo de aborto? Se for, será apropriado para nós, se formos a maioria, impor nossa convicção de que o aborto é impróprio por intermédio do direito penal? [...]” (DWORKIN, 2016, p. 615).

Embora Dworkin (2016, p. 230-231), analisando o julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América a respeito do tratamento legal destinado ao aborto, afirme que a decisão do caso *Roe versus Wade*, fundamentada na Décima Quarta Emenda à Constituição, esteja correta, não se pode deixar de citar o fato de ele indicar que, em sua perspectiva, o tema do aborto devesse ser tratado com base na Primeira Emenda, por ser um problema de liberdade religiosa. Segundo ele:

[...] a Primeira Emenda garante também seu direito a decidir, ainda que seja discutível que a coerção não violaria o livre exercício da religião em seu caso, pois qualquer governo que proíbe o aborto se compromete com uma interpretação polêmica da santidade da vida e, por esse motivo, restringe a liberdade ao impor uma postura essencialmente religiosa em detrimento de outras, o que a Primeira Emenda proíbe. Sem dúvida, estas são também razões pelas quais a proibição do aborto ofende as cláusulas constitucionais de processo legal justo e igual proteção: seria estranho que a melhor interpretação da liberdade e da igualdade constitucionais não insistisse em que as pessoas têm o mesmo direito de seguir sua própria consciência nas questões profundamente espirituais (DWORKIN, 2016, p. 230-231).

Portanto, a verdadeira questão, para Dworkin (2016, p. 230), é a possibilidade de um Estado adotar um padrão de sacralidade da vida a ser aplicado a todos os cidadãos, sem levar em consideração a liberdade religiosa. Nessa perspectiva, o autor propõe uma distinção entre duas formas de investimento que conferem à vida humana o caráter de sacralidade. A primeira seria a concepção da criação divina ou pelo mero acaso evolutivo natural; e a segunda forma de investimento acontece por meio da criação ou investimento humano.

Da primeira, extrai-se a ideia de que os seres humanos são especiais justamente por serem resultados da criação da natureza, sendo um infortúnio que uma única vida humana seja eliminada. Já na segunda forma de investimento, o ser humano não é um produto tão somente da tradição natural, mas também o resultado de um tipo de força humana criativa (DWORKIN, 2016, p. 114).

Um exemplo desta última forma de investimento é uma pessoa adulta, com personalidade, formação e capacidade de tomar decisões e agir em conformidade com seus interesses e emoções. Ela é o produto da inteligência criadora humana, o resultado de diversas influências, como, por exemplo, de seus pais, de outras pessoas, da cultura humana, bem como das suas próprias escolhas (DWORKIN, 2016, p. 114).

Para o autor, o caráter sagrado da vida humana individual resulta de duas formas de investimento: a criação natural e a humana. Nesse sentido descreve que:

A ideia de que cada vida humana individual é inviolável tem raízes em duas bases do sagrado que se combinam e confluem: a criação natural e a criação humana. Qualquer criatura humana, inclusive o embrião mais imaturo, é um triunfo da criação divina ou evolutiva que produz, como se fosse do nada, um ser complexo e racional, e igualmente um triunfo daquilo que comumente chamamos de “milagre” da reprodução humana, que faz com que cada novo ser humano seja, ao mesmo tempo, diferente dos seres humanos que o criaram e a continuação deles (DWORKIN, 2016, p. 115).

Em resumo, o caráter da vida humana tem início com a formação da vida biológica por meio da criação natural e, posteriormente, com a criação humana. Segundo Dworkin (2016, p. 115), para expressar o conceito de vida, os gregos usavam duas palavras com significados distintos: *zoe*, para a vida biológica, e *bios*, para a vida como um processo vivido, formado pela totalidade de ações, deliberações e escolhas que compõem o que hoje se chama de biografia.

Para o referido autor, o problema da “concepção simples de desperdício de vida” está em considerar somente o futuro que está por vir, o que deixará de acontecer, ou não, a partir da ausência dessa vida, desconsiderando o que é mais importante – o que já foi vivido. Nesse contexto, Dworkin (2016, p. 121) explica que “a morte de uma adolescente é pior do que a morte de um bebê, pois a morte daquela frustra os

investimentos que ela e outros já tinham feito em sua vida [...]”.

Assim, identifica-se que, a partir de critérios mais complexos, é possível encontrar respostas mais eficientes sobre o que se entende por perda de vida. Nas palavras do autor:

Portanto, a ideia de que deploramos a frustração da vida, e não a sua mera ausência, parece ajustar-se bem a nossas convicções gerais sobre a vida, a morte e a tragédia. [...] tanto os conservadores quanto os liberais admitem que, em algumas circunstâncias, o aborto é mais grave, e talvez mais injustificável, do que em outras (DWORKIN, 2016, p. 123).

Levando-se em conta as reflexões apresentadas sobre os principais problemas encontrados na discussão sobre o aborto, pretende-se analisar, no próximo tópico, como o STF enfrentou a questão. A proposta não é reexaminar exaustivamente todos os votos da ADPF nº 54, do Distrito Federal, que tratou do aborto por anencefalia. Do contrário, analisam-se apenas alguns argumentos que justificaram aquela decisão, desconsiderando a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, como o aborto tipificado nos arts. 124 e 126, *caput*, e 128, I e II.

Nesse contexto, objetiva-se desvendar se esses mesmos fundamentos poderão sustentar decisão semelhante ao novo pedido da ADPF nº 442, também do Distrito Federal, que aguarda julgamento pelo STF. Essa nova ação pretende dar por encerrada uma discussão que perdura por anos, descriminalizando o aborto no Brasil.

3 FUNDAMENTOS PARA A (NÃO) PROIBIÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

Tomando-se como base as reflexões da sessão anterior, passa-se a discutir os argumentos utilizados nas arguições de descumprimento de preceito fundamental postos em debate no presente artigo: a ADPF nº 54/DF, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS); e a ADPF nº 442/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

De acordo com o pedido da ADPF nº 54, estariam sendo violados os seguintes preceitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB): dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB); legalidade, liberdade e autonomia da vontade (previstos no art. 5º, II, da CRFB); e o direito à saúde (presente nos arts. 6º e 196 da CRFB). Essa

violação se daria em virtude do conjunto normativo dos arts. 124 e 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal – Decreto-lei nº 2.848/1940 (BRASIL, STF, 2012, p. 16).

O equívoco estaria em os referidos dispositivos legais abrangerem a antecipação terapêutica do parto de fetos portadores da má-formação denominada anencefalia, uma vez que tal malformação inviabiliza a vida extrauterina, ou, ainda, havendo vida, esta seria tão breve que apenas geraria sofrimento à gestante. Nesse sentido foi pedida a interpretação conforme a CRFB dos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do CP, sendo reconhecido à gestante portadora de feto anencefálico o direito de se submeter ao procedimento médico adequado, a partir de ato de escolha pessoal da mulher.

Já a ADFP nº 442 ampliou o rol de princípios e direitos fundamentais violados, indicando além da existência de violação da dignidade da pessoa humana, os direitos à cidadania e da não discriminação, o direito à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, todos da CRFB (art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, *caput* e incisos I, III; art. 6º, *caput*; art. 196; art. 226, § 7º). O pedido é para que seja declarada a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940) para o procedimento de interrupção da gravidez nas primeiras 12 semanas de gestação (BRASIL, STF, 2017, p. 1).

As justificativas para o pedido da ADFP 442 são as seguintes, a saber: (i) que a proteção da vida do embrião ou do feto não justifica a criminalização do aborto, que se configura um abuso do poder coercitivo do Estado; e (ii) que a solução do aborto deve ser jurídica, e não pendente das descobertas científicas (BRASIL, STF, 2017, p. 01).

De acordo com os argumentos trazidos na peça, a descriminalização do aborto não incorre em uma obrigação de realização deste contra a vontade da mulher, mas, sim, de uma garantia do direito à liberdade, consagrado na CRFB. Nesse contexto, apresenta-se a seguinte pergunta? “[...] qual a razoabilidade constitucional do poder coercitivo do Estado para coibir o aborto?” (BRASIL, STF, 2017, p. 3).

Buscando elaborar uma análise comparativa entre as duas ações, será apresentada uma breve explanação dos argumentos mais recorrentes utilizados na decisão da ADFP nº 54, notadamente, o conceito de vida e a ponderação de princípios. A escolha por esses dois argumentos, que limitou os votos da ADFP nº 54 discutidos no presente trabalho, se deu pela pertinência temática das discussões filosóficas do nosso referencial teórico, bem como porque acreditamos que estes pontos serão de fundamental importância na decisão da ADFP nº 442.

3.1 O CONCEITO DE VIDA

O conceito de vida sempre foi alvo de críticas, indagações e certezas. Entre filósofos, cientistas e religiosos, as discussões assumem diferentes perspectivas. Se adentrarmos na discussão, escreveríamos alguns volumes como ensaiou Tomás de Aquino. Entretanto, nosso objetivo será apenas identificar quais foram os conceitos utilizados por alguns votos da ADPF nº 54.

De acordo com o voto da ministra Rosa Weber, o tema deve ser tratado com fundamento em critérios jurídicos que envolvam o conceito de vida. A jurista critica a forma como a ciência é usada para determinar o direito, uma vez que os conceitos científicos variam de acordo com a evolução da ciência (BRASIL, STF, 2012, p. 96-97).

Weber defende que o direito e sua linguagem devem amparar os fenômenos do agir humano, sendo aplicado de forma independente e autônoma na conceituação sobre a vida dentro da dogmática jurídica. *In verbis*: “Entendimento diverso que vincule o saber jurídico ao saber médico ou a um conceito único de vida só faz confundir os campos do conhecimento empírico com o campo da ação humana” (BRASIL, STF, 2012, p. 104).

Na sequência de seu voto, a ministra relata ser necessário primeiro compreender como o Direito regula a vida dentro do seu ordenamento, notadamente no Código Penal, para depois avaliar o problema interpretativo dessas normas de acordo com a CRFB. Para ela, o ordenamento jurídico brasileiro gradua a vida, não recebendo status de dever absoluto de proteção (BRASIL, STF, 2012, p. 104-105).

O entendimento da ministra vai ao encontro da compreensão de Dworkin (2016, p. 95), quando ele fala dos graus de reprovabilidade do aborto, que tanto liberais quanto conservadores entendem existir. A vida no Direito brasileiro não é absoluta, tanto é verdade que existe a excludente de ilicitude do aborto pelo crime de estupro. A consequência do aborto é a mesma, o que o torna menos reprovável, neste caso, é a forma do investimento dessa vida, ou seja, o investimento humano de uma gravidez gerada por uma ato de violência é diferente do investimento numa gravidez desejada.

Mesmo entendimento compartilhado pelo ministro Marco Aurélio, que também expõe em seu voto sobre a ausência de caráter absoluto do direito à vida. Como exemplo, apresenta a permissão de pena de morte em caso de guerra e o aborto ético ou humanitário (quando o feto é resultante de estupro). Ainda, identificou que o direito penal pátrio atribui penas distintas tanto para o crime de homicídio – de seis a vinte anos, como para o crime de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento - de um a três anos (BRASIL, STF, 2012, p. 57). Essa graduação da

reprovabilidade de um crime contra a vida demonstra claramente que o direito à vida foi mensurado pelo legislador brasileiro, recebendo penas mais ou menos graves de acordo com fatores agravantes ou atenuantes, excluindo, portanto, o caráter absoluto de sua proteção.

Já os ministros Cezar Peluzo e Gilmar Mendes contrapõem os argumentos do ministro Marco Aurélio e da Ministra Rosa Weber. Para eles, o direito à vida é valor essencial e merecedor de tutela pelo Estado, sendo a vida humana um pressuposto elementar de todos os direitos e liberdades resguardados na Constituição. Com relação à quantificação das penas, enquanto Mendes admite que o direito à vida pode comportar exceções, Peluzo considera que essas diferenças são devidas a menor ou maior compreensão do agente, e não que uma vida valha menos que a outra (BRASIL, STF, 2012, p. 284, 388-389).

A ministra Cármen Lúcia acredita que a Constituição não afirma apenas o direito à vida, o que já não seria pouco, mas não somente a vida em si, mas uma vida com dignidade. Nesse sentido, a jurista trata do tema na perspectiva do Estado laico, em que o Direito não pode se moldar a partir de questões religiosas contrárias ao princípio da dignidade humana, quando o argumento é, única e exclusivamente, a imoralidade da interrupção da gravidez do feto anencéfalo. Segundo a jurista: “Estado laico é aquele que respeita a diversidade de pontos de vista dos diversos credos sem, contudo, deixar-se influenciar por algum deles em específico” (BRASIL, STF, 2012, p. 227-228).

A ministra entende que a questão deve ser examinada e resolvida de forma independente do problema moral e religioso. Ainda, que se a conduta fosse interpretada como ilícita, seria contrária ao princípio da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e do direito à saúde. Nesse sentido, o respeito à escolha é o próprio respeito ao princípio da dignidade humana. Em suas palavras: “Quem não é livre para conhecer e viver o seu limite não é para qualquer outra experiência. Quem não domina o seu corpo não é senhor de qualquer direito. Pelo que a escolha é direito da pessoa não atribuição do Estado” (BRASIL, STF, 2012, p. 234-235).

Os votos apresentados corroboram o entendimento de Dworkin (2016, p. 95) sobre a dificuldade de explicar a valoração da vida a partir de uma única perspectiva. Os favoráveis ao aborto de anencéfalo vão ao encontro do entendimento de Habermas (2002, p. 51-54), que acredita no valor da vida humana embrionária, sem, contudo, depreender superproteção. Já os votos desfavoráveis acreditam no valor intrínseco da vida, conceito visto com Dworkin (2016, p. 96-97), sem, contudo, se importar com o estágio em que essa vida se encontra.

3.2 SOBRE A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Outro enfoque encontrado nos votos proferidos na ADPF nº 54 é com relação à ponderação de princípios, notadamente com relação aos princípios do direito à vida do feto e da mulher (da mulher também sob a perspectiva de vida com qualidade, o que pressupõe dignidade humana, acesso aos direitos sexuais e reprodutivos, autonomia, integridade física, psicológica e moral e saúde).

Em seu voto, o ministro Luiz Fux optou por não discorrer sobre qual é a vida mais importante, uma vez que se sente desconfortável em ponderar entre a vida do feto e a da mulher (BRASIL, STF, 2012, p. 157). Semelhante ao exposto por Gilmar Mendes, que também acha difícil a ponderação de princípios em questões tão sensíveis como esta. Para esse jurista, é inadequado tratar do tema de aborto de anencéfalos por meio da ponderação entre a dignidade da gestante e a do feto (Brasil, 2012, p. 289).

Já o ministro Cezar Peluso, que defende a sobreposição do direito à vida aos demais direitos, afirmou não haver ponderação entre bens tão evidentemente desproporcionais, inexistindo critérios capazes de equilibrar ou compensar valores jurídicos tão desiguais. O ministro pondera que não há o que justifique a eliminação de uma vida para se livrar de um sentimento (sofrimento da mulher) (BRASIL, STF, 2012, p. 407).

Entendimento diverso do encontrado no voto do Ministro Marco Aurélio, que afirmou sobre a possibilidade do juízo de ponderação, mesmo considerando a viabilidade do feto anencéfalo (seu entendimento é no sentido de inviabilidade de vida extrauterina). E, neste caso, deveriam prevalecer os direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde da mulher (BRASIL, STF, 2012, p. 69).

Para a Ministra Carmen Lúcia, a resolução do conflito passa pela ponderação dos princípios a partir da teoria da proporcionalidade (BRASIL, STF, 2012, p. 181-182), assim como a Ministra Rosa Weber, que também enfrenta a questão da ponderação de valores. Entretanto, Weber entende que não se devem admitir valores absolutos, “não sendo possível estabelecer, a priori, qual que se reveste de maior peso, diante do reconhecimento de que são relativos e de que a sociedade é plural” (BRASIL, STF, 2012, p. 124).

Assim, Weber discorre que “os valores, que pertencem à ética, adentram no mundo do Direito como princípios” com a função de nortear as decisões, promovendo com isso a estabilidade da vida em sociedade (BRASIL, STF, 2012, p. 124). Entretanto, esses princípios, como valores que realizam as ideias de justiça e vida boa, não se sobrepõem uns aos outros (BRASIL, STF, 2012, p. 129). Nesse caso, devem-se ponderar as razões para escolher qual princípio se adequa mais ao caso concreto. Nesse

sentido, destaca que:

Mais uma vez, **a ponderação é de razões para decidir, e não propriamente de valores.** Uma ponderação de valores só pode levar a um autoritarismo, pois não se pode justificar que um princípio seja mais importante do que o outro, pena de se tornar vulnerável a proteção da pluralidade, porque, como já demonstrado, uma sociedade democrática e plural não conhece hierarquia de valores. (...). Colocar na balança valores que têm o mesmo peso para dizer que um é mais valioso que o outro, mesmo que apenas para o caso, é criar uma ordem concreta de valores por um ato de autoridade (BRASIL, STF, 2012, p. 129, grifo nosso).

Para resolver essa equação, Weber discorre sobre como se chega a um valor “maior que” respeitando o princípio da igualdade. Para a jurista, a vida em jogo do feto tem graus de proteção diferentes no próprio ordenamento jurídico pátrio, variando de acordo com o grau de desenvolvimento da vida biológica do feto e da situação da gestante, diminuindo o interesse na proteção do desenvolvimento do primeiro e aumentando o interesse na proteção da liberdade da segunda (BRASIL, STF, 2012, p. 132).

Esse último entendimento, ao qual nos filiamos, vai ao encontro do conceito da métrica da vida tratado na obra de Ronald Dworkin (2016, p. 117-127), o qual se passará a expor no próximo tópico.

4 A MÉTRICA DA VIDA

Considerando, essencialmente, a discussão sobre o conceito de vida, e partindo da ideia de que existem diferentes graus da valoração da vida humana, Dworkin (2016, p. 117) propõe que quase todas as pessoas concordam com a existência de uma hierarquia de valoração do aborto, sendo pior em algumas ocasiões do que em outras.

Em busca de uma explicação para esse fenômeno, Dworkin (2016, p. 120) diz existir uma concepção simples na qual o desperdício da vida é medido a partir do tempo que essa pessoa disporia de vida, se essa não fosse interrompida. Entretanto, essa interpretação não explica por que, do ponto de vista corrente, é pior perder ou abortar um feto em fase avançada de gravidez do que na fase inicial. O autor entende que a simples quantificação da vida por viver é incapaz de responder às questões

pertinentes ao aborto porque, normalmente, quanto maior o feto (ou seja, mais tempo de vida), mais condenável é a prática.

Nos Estados Unidos, muitos filósofos têm discutido essa questão. Para Camosy (2015), deve-se reavaliar o limite de semanas para a realização do aborto. Na sua concepção, não se pode ignorar a existência do feto, e destaca ainda, a diferença que existe entre a realização de um aborto com 26 semanas de gestação e a de um realizado com apenas 6 semanas, já que, naquele país, o que muda é apenas o procedimento pelo qual o aborto será realizado, independentemente do tempo da gestação (CAMOSY, 2015, p. 144).

Camosy (2015) traz um comparativo entre a Europa e os Estados Unidos. Para esse autor, em que pese os países europeus tenham fama de progressistas em questões sociais como o aborto, os Estados Unidos é um país mais permissivo se comparado com países da comunidade europeia. Bélgica, Dinamarca, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Itália, Holanda, Espanha e Suécia restringem o aborto antes de vinte semanas. Na França, a interrupção voluntária da gestação só pode ser realizada até a 12ª semana de gestação e o Estado paga integralmente o procedimento que está previsto no Código de Saúde Pública desde 1975 (FRANÇA, 2018). Muitos países da Europa estabeleceram a linha limítrofe em doze semanas, como acontece no Brasil para os casos já descriminalizados (CAMOSY, 2015, p. 145).

Já no Canadá, com o caso “R v. Morgentaler”, houve a decisão pela inconstitucionalidade da lei criminal nacional que regia a proibição e criminalização do aborto no país (ERDMAN, 2017, p. 730). Dentre os argumentos utilizados, a principal fundamentação foi no sentido da dignidade humana como um direito do ser humano, e do acesso ao cuidado com a saúde de forma segura e estruturada. Assim, o Estado não teria o direito de intervir nessa decisão de natureza pessoal da mulher que traça o caminho da liberdade reprodutiva do ser humano (ERDMAN, 2017, p. 732). Entretanto, o entendimento nesse país foi que tanto o Estado não pode intervir, como também não custeia o procedimento, ao contrário da França que o faz.

Dworkin (2016, p. 120) propõe tratarmos a ideia do tempo gestacional para a realização do aborto a partir do binômio investimento *versus* frustração da vida, em detrimento de quantidade *versus* qualidade. Sustenta esse argumento com o fato de que a morte de uma pessoa jovem é considerada pior do que a morte de um bebê, pelos investimentos que tanto ela como os demais tenham realizado em sua vida.

Em outras palavras, pode-se tentar entender melhor toda a diversidade de opiniões sobre o aborto, das mais conservadoras às mais liberais. Se colocarmos cada opinião sobre a gravidade relativa das duas formas de frustração, em uma escala que vai de uma posição extrema à outra – desde

tratar qualquer frustração do investimento natural ou biológico ser pior do que qualquer possível frustração do investimento humano, passando por pontos de vista mais moderados e complexos – a frustração do mero investimento biológico na vida humana, parece-nos menor do que frustrar um investimento humano (DWORKIN, 2016, p. 127).

5 CONCLUSÃO

Tomando-se por base tudo que foi exposto, pode-se inferir que muitas são as variáveis acerca do tema do aborto. Sequer existe no país unanimidade sobre os fundamentos utilizados pela Suprema Corte para decidir. Ora ponderam-se valores, ora razões de decidir esses valores. Há também aqueles julgadores que sequer se sentem confortáveis para fazer essa ponderação.

Em que pesem essas variáveis, o julgamento da ADPF nº 54 foi uma grande vitória na luta pelo reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Além de o pedido ter sido julgado procedente, trouxe à tona o debate, fazendo um diálogo importante entre a sociedade e o Estado, com a participação dos principais pesquisadores do tema no país.

Isso porque, apesar de o país pregar a laicidade, uma discussão mais aprofundada sobre o aborto tem sido dificultada por motivos religiosos. Enquanto isso, milhares de mulheres morrem anualmente no país em virtude de abortos clandestinos (DINIZ; MEDEIROS; MADEIROS, 2017, p. 653-660).

Agora, mais uma vez, o tema volta a ser debatido. A ADPF nº 442 vem não só ampliando o rol de direitos fundamentais violados, como também pedindo a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, sem outras restrições.

Nessa nova peça, a dignidade da pessoa humana é a base de toda argumentação, uma vez que é considerada um preceito fundamental da República. A importância desse princípio foi evidenciada por meio do entendimento de Habermas, que define a dignidade como um “portal” de onde derivam os demais direitos fundamentais (BRASIL, STF, 2017, p. 31).

Além disso, a dignidade comporta dois pares de dimensões: valor intrínseco e pessoa constitucional; autonomia e cidadania (BRASIL, STF, 2017, p. 32). O primeiro par da dignidade da pessoa humana – valor intrínseco e pessoa constitucional – revela que o simples fato de pertencer à espécie humana não é, por si só, suficiente. De acordo com o texto, existe um estatuto de “pessoa humana” que assegura os direitos fundamentais, e esse estatuto tem início no nascimento com vida em potencial. Sendo assim, reconhece-se que os embriões e fetos humanos fazem parte da espécie humana, mas não possuem o estatuto de pessoa. Esse entendimento

advém da Constituição Federal e das decisões do STF na ADI nº 3.510, bem como da ADPF nº 54 (BRASIL, STF, 2017, p. 32-36).

Em relação ao segundo par, a autonomia é vista como a capacidade de realizar escolhas sem interferências, como poder escolher pela interrupção voluntária da gestação, garantindo a proteção à intimidade moral das mulheres sobre sua vida reprodutiva (BRASIL, STF, 2017, p.37). E a cidadania é um preceito fundamental que assegura garantias políticas e sociais, coibindo com isso a discriminação, a opressão, os maus-tratos e a tortura; e também protege a vulnerabilidade existencial para que haja igualdade.

O direito ao aborto permeia esses dois aspectos dimensionais da dignidade, uma vez que assegura a autodeterminação da mulher, para que possa escolher a partir de seu conjunto de valores morais e suas motivações, e, ainda, garantir esse direito é garantir à mulher o próprio exercício da cidadania (BRASIL, STF, 2017, p. 38).

Por fim, destaca-se que, apesar dos argumentos utilizados evidenciarem a importância da procedência da ADPF nº 442, o STF encontrará dificuldades no enfrentamento do tema em virtude do apelo moral que ele evoca.

Infelizmente, o país se encontra na “antessala da porta da triagem” no que diz respeito à criação de uma legislação condizente com o preconizado pela maioria dos tratados internacionais sobre o tema do aborto dos quais o Brasil é signatário. Enquanto isso, obrigamo-nos a aguardar por decisões do STF, recorrendo à arguição de descumprimento de preceito fundamental para a concretização desse direito. Por fim, no nosso entendimento, a decisão sobre a nova ADPF não poderia ser outra, senão apropriar-se dos mesmos argumentos e fundamentos da ADPF nº 54, ser julgada precedente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 Distrito Federal**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28anenc%E9falo%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bl57eqp>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 442 Distrito Federal**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 6 mar. 2017. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 25 set. 2021.

CAMOSY, Charles C. *Beyond the abortion wars: a way forward for a new generation*. Michigan: Eerdmans, 2015.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa nacional de aborto 2016. **Ciênc. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=pt&tng=pt. Acesso em: 6 jun. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ERDMAN, J. N. A constitutional future for abortion rights in Canadá. **Alberta Law Review**, v. 54, n. 3, p. 727-751, jan. 2017.

FRANÇA. **Code de la santé publique**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20180410>. Acesso em: 12 abr. 2018.

HABERMAS, Jürgen. **L'avenir de la nature humaine**: vers um eugénisme liberal?. Mesnil-sur-l'Estrée: Gallimard, 2002.

Recebido: 15/8/2019.

Aprovado: 30/9/2021.

Fernanda Maria Grasselli Freitas

Mestranda em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

Advogada.

E-mail: fernanda.grasselli@ufrgs.br.

Gerson Neves Pinto

Doutor em Filosofia pela École Pratique Des Hautes Études (Sorbonne-Paris-França).

E-mail: gersonp@unisinos.br.