



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

JAMMIL HOLANDA FREITAS

**DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO: ANÁLISE DOS DIREITOS, A
SOLUÇÃO DE CONFLITOS E OS ASPECTOS RELEVANTES DA ADPF Nº 54**

FORTALEZA

2014

JAMMIL HOLANDA FREITAS

**DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO: ANÁLISE DOS DIREITOS, A
SOLUÇÃO DE CONFLITOS E OS ASPECTOS RELEVANTES DA ADPF Nº 54.**

Monografia submetida a Coordenação do
Curso de Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Régis Frota
Araújo.

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- F866d Freitas, Jammil Holanda.
Direitos fundamentais em colisão: análise dos direitos, a solução de conflitos e os aspectos relevantes da ADPF nº 54/ Jammil Holanda Freitas. – 2014.
58 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito Constitucional.
Orientação: Prof. Dr. Francisco Régis Frota Araújo.
1. Direitos fundamentais – Brasil. 2. Proporcionalidade (Direito) - Brasil. 3. Aborto- Brasil. I. Araújo, Francisco Régis Frota (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

JAMMIL HOLANDA FREITAS

**DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO: ANÁLISE DOS DIREITOS, A
SOLUÇÃO DE CONFLITOS E OS ASPECTOS RELEVANTES DA ADPF Nº 54.**

Monografia submetida a Coordenação do
Curso de Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 10/11/2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Francisco Régis Frota Araújo (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Thiago Barreto Portela

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Cristiano de Aguiar Portela Moita

Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

À Deus, que vem sempre me auxiliando para que eu alcance os objetivos perseguidos.

Aos meus pais que, acreditando em meu potencial, sempre me estimulam.

À Deysi, meu amor, pelo apoio incondicional. Obrigado por me dar a certeza de que nunca estou sozinho.

À Bruna Holanda, minha irmã, sempre tão solícita, que tanto me incentiva na realização dos meus projetos.

Ao professor Régis Frota pela solicitude em aceitar orientar o presente trabalho de conclusão de curso.

Aos meus avaliadores Thiago Barreto Portela e Cristiano Moita que muito me honram por aceitarem participar da banca examinadora.

Aos amigos da graduação que, com o companheirismo de sempre, tornaram essa jornada mais prazerosa.

.

Onde Não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade humana e a pessoa não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Ingo Sarlet

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar a colisão entre direitos fundamentais, que possuem a mesma hierarquia normativa. Devido à natureza principiológica das normas que resguardam os direitos fundamentais, tal conflito é bastante peculiar, devendo o intérprete proceder à ponderação axiológica dos valores envolvidos no caso. Sob esse aspecto, além de realizar um breve apanhado acerca das características básicas dos direitos fundamentais, traça algumas considerações acerca do julgamento da ADPF nº 54, que analisou a interrupção gestacional em casos de feto portadores de anencefalia. Nesse contexto, configura-se um conflito entre direitos fundamentais: direito à vida do nascituro *versus* direito à saúde e à autonomia reprodutiva da gestante

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Colisão. Proporcionalidade. Aborto. Anencefalia.

ABSTRACT

This monograph has the propose of analyzing the fundamental rights collision in a concrete case, which have the same legal hierarchy. Due to the principled nature of the rules that protect fundamental rights, such conflict is very peculiar, the interpreter should proceed to axiological weighting of values involved in the case. In this regard, in addition to conducting a brief overview about the basic features of fundamental rights, outlines some considerations about the trial of the ADPF No. 54, which examined gestational interruption in cases of fetal anencephaly carriers. In this context, it sets up a conflict between fundamental rights: the right to life of the unborn versus the right to health and reproductive autonomy of the pregnant woman

Keywords: Fundamental rights. Balancing. Anencephaly. Abortion

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	11
2- DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS GERAIS E A PROTEÇÃO DESSES DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	13
2.1 Conceito de Direitos Fundamentais	13
2.2 Direitos Fundamentais: histórico	14
2.3 Gerações de Direitos Fundamentais.....	15
2.4 Características dos Direitos Fundamentais	20
2.5 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988	22
3- A PROPORCIONALIDADE E A PONDERAÇÃO COMO FERRAMENTAS NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENVOLVENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	26
3.1 Direitos Fundamentais: Conflitos	27
3.2 O Princípio da Proporcionalidade como instrumento para a solução de conflitos entre Direitos Fundamentais	29
3.3 Subprincípios do Princípio da Proporcionalidade.....	31
3.3.1 Adequação.....	31
3.3.2 Necessidade.....	32
3.3.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito ou Ponderação	33
3.4 A técnica da Ponderação	33
3.4.1 Princípio da Harmonização Prática.....	34
3.4.2 Sopesamento de Valores	35
3.4.3 Proteção ao Núcleo Essencial	36
3.4.4 A procedimentalização do Princípio da Proporcionalidade	38
4- ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54: O ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	40
4.1 Anencefalia: Conceito.....	41
4.2 O Aborto e o Ordenamento Jurídico Brasileiro	42

4.3 Direitos Fundamentais em colisão: direito à vida intrauterina do ser humano <i>versus</i> direitos da gestante.....	44
4.3.1 Os direitos do nascituro anencefálico	45
4.3.2 Os direitos da gestante	46
4.3.2.1 O direito à saúde da gestante	46
4.3.2.2 O direito à autonomia reprodutiva da gestante	47
4.4 Estudo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) N°54.....	48
4.4.1 A petição inicial da ADPF N° 54 e os argumentos da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS)	48
4.4.2 A decisão do Ministro Marco Aurélio Mello e o deferimento da medida liminar ...	50
4.4.3 O parecer da Procuradoria Geral da República	51
4.4.4 A ADPF N°54 e os argumentos da CNBB.....	51
4.4.5 O julgamento da ADPF N°54	52
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	58

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo ciclo no ordenamento jurídico nacional, em razão de ter conferido grande prestígio à teoria dos direitos fundamentais. Elevando o princípio da dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, a Carta Magna revela a preocupação do constituinte com a proteção aos direitos fundamentais, haja vista que, tais direitos consistem, em maior ou menor grau, na concretização da própria dignidade.

Ao longo dos seus artigos, através da previsão de direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos e políticos, bem como de instrumentos garantidores do exercício de tais direitos, as garantias, a atual Constituição Brasileira manifesta a pretensão de instituir, de fato, um Estado Democrático de Direito.

Em face dessa gama de direitos fundamentais protegidos pelo texto constitucional, é possível a ocorrência de colisão entre eles. O conflito ocorre quando, em determinado caso concreto, uma das partes invoca um direito em sua proteção, enquanto a outra se vê amparada por outro direito fundamental. Configurada tal situação, o intérprete deverá valer-se da proporcionalidade, a fim de obter uma solução para o impasse.

O objeto do presente trabalho é apresentar os mecanismos utilizáveis na resolução de conflitos envolvendo os direitos fundamentais. Para isso, fez-se necessária uma análise acerca das principais características, bem como do processo de formação histórica da referida categoria jurídica.

A fim de ilustrar a colisão entre direitos fundamentais, foi abordado no presente trabalho a polêmica questão relativa à legalidade do abortamento nos casos de fetos portadores de anencefalia, sob o ordenamento jurídico pátrio. O conflito em tela foi levado ao judiciário através da ADPF nº 54, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal apreciou o embate entre o direito à vida do nascituro, e os direitos à saúde e autonomia reprodutiva da gestante.

A despeito de ter decidido a Corte Suprema, com apenas dois votos contra, que caberia à gestante a decisão da manutenção da gestação do anencefálico, este trabalho, em momento algum, visa a levar o leitor a um convencimento. Apenas, estudamos o assunto, valendo-se dos argumentos jurídico-doutrinários divergentes, a fim de que estes pudessem embasar o presente estudo.

Em relação aos aspectos metodológicos, o tema foi estudado por meio de pesquisa bibliográfica, mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma livros, revistas, artigos científicos, monografias. Para fins didáticos, o presente trabalho encontra-se dividido em três capítulos, a saber:

No primeiro capítulo, procurar-se-á, conceituar os direitos fundamentais, fazendo-se uma abordagem histórica acerca do reconhecimento de tais direitos, para, em seguida, apresentar de que forma eles são protegidos pela Carta Magna.

Em seguida, no capítulo segundo, buscar-se-á apresentar os mecanismos utilizáveis em casos de colisões envolvendo direitos fundamentais, notadamente o princípio da proporcionalidade, conjugado com a técnica da ponderação.

No capítulo terceiro, enfatizar-se-á o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, instrumento que levou o Supremo Tribunal Federal a discussão a respeito da possibilidade de abortamento de fetos diagnosticados com anencefalia.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS GERAIS E A PROTEÇÃO DESSES DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

No presente capítulo, será realizado um breve estudo acerca dos direitos fundamentais, mencionando, ainda, de que modo a Carta Magna protege tais direitos.

Primeiramente, será analisada a questão relativa ao conceito de direitos fundamentais. Em momento posterior, será feita uma abordagem histórica no tocante ao processo de formação e reconhecimento dos direitos em tela, o que permitirá que possamos, além de traçar características importantes, classificá-los em gerações. Em arremate, o presente capítulo examinará de que forma os direitos fundamentais são protegidos pela Constituição de 1988, destacando-se, assim, os dispositivos constitucionais responsáveis pela referida proteção.

2.1 Conceito de direitos fundamentais

Devido à progressiva ampliação e transformação histórica dos direitos fundamentais, a doutrina encontra dificuldades em fixar um conceito material preciso de tais direitos. Ademais, o uso indiscriminado de diversas expressões, sejam elas direitos humanos, direitos do homem, liberdades públicas, entre outras, sem que haja uma delimitação científica, acabam por dificultar, ainda mais, a delimitação conceitual acerca dos direitos fundamentais.

A expressão *direitos fundamentais* tem se revelado a mais apropriada, tendo sido esta, inclusive, a utilizada pela Constituição Federal de 1988. Ora, tal designação denota que os referidos direitos são imprescindíveis para que a personalidade da pessoa humana seja realizada em sua plenitude.

Feitos os devidos esclarecimentos, pode-se defender que o melhor critério para que se possa erigir com relativa precisão um conceito material de direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana. Tal critério é o ponto comum entre os direitos fundamentais, seja em maior ou menor grau.

Não obstante, em que pese o reconhecimento, por parte de uma doutrina minoritária, de direitos fundamentais alheios à ideia de dignidade da pessoa humana, é tal princípio que serve de critério vetor para a identificação dos típicos direitos fundamentais, notadamente o direito à vida, à liberdade e à igualdade de cada ser humano, de modo que esses direitos ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade humana.

George Marmelstein, levando em consideração os elementos definidores básicos dos direitos fundamentais, elaborou um conceito efetivamente esclarecedor, senão veja-se:

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (Marmelstein, 2013, p. 17).

Pelos ensinamentos do magistrado, pode-se inferir, portanto, que no conceito em epígrafe deve-se constatar a ocorrência de cinco elementos básicos: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação do poder, democracia e Constituição. Neste contexto, segue asseverando o jurista:

Se determinada norma jurídica tiver ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito como merecedora de uma proteção especial, é bastante provável que se esteja diante de um direito fundamental. (Marmelstein, 2013, p. 18).

2.2 Direitos fundamentais: histórico

A consolidação dos direitos fundamentais como normas jurídicas é o resultado de um processo histórico, o que permite inferir que tais direitos não foram os mesmos em todas as épocas. Em verdade, a noção de direitos do homem é tão antiga quanto à própria sociedade.

A ideia de liberdade, solidariedade e dignidade da pessoa humana, sempre se fez presente, em maior ou menor intensidade, em todas as sociedades humanas. Nesse sentido, embora, muitas vezes, não estejamos diante de direitos positivados, pode-se constatar a ocorrência de valores ligados à dignidade da pessoa humana que existem pelas simples condição de o homem ser homem.

O cristianismo pode ser elencado como um importante impulso para o reconhecimento

de uma ideia de dignidade da pessoa humana, demandando, assim, uma proteção peculiar. O ensinamento de que Deus assumiu a forma humana para redimi-la imprime à natureza humana um alto valor intrínseco; portanto, tal valoração deverá ser utilizada como fonte na elaboração do direito positivo.

Séculos depois, a saber, XVI e XVII, com o surgimento das teorias contratualistas, passou-se a defender a sobreposição do indivíduo em relação à autoridade política. Os adeptos de tais teorias passaram a legitimar o Estado como uma instituição que tinha o escopo de garantir os direitos básicos dos indivíduos. Sob esse aspecto, a certeza da existência de direitos inerentes aos indivíduos, por resultarem da natureza humana, condicionam, assim, a atuação do Estado.

Tais ideias influenciaram a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, bem como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, conhecida ainda como Declaração Francesa, de 1789. Os referidos eventos revelam-se cruciais para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, haja vista que houve a positivação de direitos tidos como intrínsecos à natureza humana.

Norberto Bobbio, 1992, p. 4, acerca dessa mudança de paradigmas, ensina que os direitos do homem ganham realce quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato. No referido contexto, pois, se reconhece que o Estado deverá pautar o seu funcionamento com o objetivo de melhor atender as necessidades dos cidadãos.

2.3 Gerações de Direitos fundamentais

Considerando-se o exposto em tópico anterior, uma das características dos direitos fundamentais é a sua historicidade. Tais direitos, desse modo, revelam-se como fruto de um processo histórico, acompanhando o passo a passo da humanidade desde tempos remotos.

Sob essa perspectiva, os valores representados pelos direitos fundamentais são bastante dinâmicos, já que tem por escopo acompanhar os novos anseios da sociedade. Desse modo, é natural que o conteúdo ético dos direitos fundamentais também se modifique ao longo do tempo.

Nesse contexto, Karel Vasak (*apud* Marmelstein, 2013, pag. 37), inspirado pelos ideais da Revolução Francesa (*liberte, égalité, fraternité*) desenvolveu a teoria conhecida como “teoria das gerações dos direitos”. A referida teoria obteve fama internacional, sendo difundida por juristas no mundo todo. Aqui no Brasil, até mesmo a Corte Suprema já utilizou tal teoria na fundamentação de decisões que proferiu.

Vasak houve por bem dividir os direitos fundamentais em três gerações: a) a primeira geração seria dos direitos com fulcro na liberdade (*liberte*), sejam eles os civis e políticos, oriundos das revoluções burguesas; b) a segunda geração seria a dos direitos fundamentados na igualdade (*égalité*), como os direitos econômicos, sociais e culturais. Tais direitos foram impulsionados pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais causados por ela; c) por fim, a terceira geração, que englobaria os direitos ligados à solidariedade, à paz, ao meio ambiente, e à fraternidade (*fraternité*), que recebeu considerável relevância após a Segunda Guerra Mundial, em especial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Feitas essas considerações preliminares acerca da Teoria das Gerações dos Direitos, desenvolvida por Karel Vasak, cumpre fazer uma análise mais acurada, pela relevância do tema para o presente estudo.

Os direitos fundamentais de primeira geração foram os primeiros direitos solenemente reconhecidos, o que se deu através das Declarações do Século XVIII, bem como das primeiras constituições escritas que despontaram no constitucionalismo ocidental. Num contexto em que o povo era vítima do Estado opressor e arbitrário, em decorrência de um regime absolutista imposto, os referidos direitos são notadamente individualistas, afirmando-se como direitos de defesa do indivíduo em relação face ao Estado. Há, nesse sentido, uma delimitação na esfera de autonomia individual impermeável diante do poder estatal, indispensável ao desenvolvimento digno de cada indivíduo.

Desse modo, portanto, a primeira geração de direitos fundamentais é aquela geração que não exige do Estado prestações efetivas, mas sim, prestações negativas. É como se o homem, após tanto tempo vivendo sob a égide do Estado Absolutista, cerceador das liberdades individuais, quisesse, apenas, a não interferência do Estado na sua vida, na sua liberdade, na sua propriedade.

São exemplos de direitos de primeira geração: i) direitos políticos; ii) direito à vida; iii) direito à liberdade de manifestação e expressão; iv) direito de ir e vir; v) direitos políticos,

entre outros.

Essa é a geração da *igualdade formal*, igualdade perante a lei. No contexto político de construção do Estado Liberal, o desejo era o de acabar com os privilégios da nobreza, fazendo com que a lei fosse igual para todos. Daí pode-se deduzir que os direitos fundamentais de primeira geração eram flagrantemente voltados para os interesses da ascensão econômica da burguesia.

Ademais, no contexto político de formação do Estado Liberal, momento histórico em que despontaram os direitos fundamentais de primeira geração, defendia-se a implementação de um Estado na sua versão mínima, que tinha como paradigma, apenas, a proteção das liberdades individuais. A mentalidade dominante, à época, permeava, exclusivamente o campo da política, em detrimento de eventuais conquistas no campo social. É nesse sentido que leciona Paulo Gustavo Gonet Branco, acerca dos direitos fundamentais de primeira geração, senão vejamos:

São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Por isso, a liberdade sindical e o direito de greve – considerados, então fatores desarticuladores do livre encontro de indivíduos autônomos – não eram tolerados no Estado Liberal. A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhe forem colidentes. (Branco, 2011, p. 96).

O liberalismo, por conseguinte, tinha como traço característico o de dispensar, tanto quanto possível, a presença do Estado na vida dos indivíduos. Seu propósito era, assim, excluir o Estado do domínio privado, impedindo-lhe a ingerência nesse campo, em prol das liberdades públicas. Nesse contexto, sobressai-se a teoria liberal dos direitos fundamentais, segundo a qual estes são direitos de liberdade frente ao Estado, cumprindo ao ente estatal tão-somente garantir-lhes o exercício, sem qualquer embaraço.

A doutrina absenteísta do Estado, todavia, deu causa a uma série de problemas sociais, sobretudo os evidenciados no século XIX, com a Revolução Industrial. As pressões decorrentes do processo de industrialização em massa, o descaso para com os problemas sociais, o impacto do crescimento demográfico, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social.

Ora, enquanto uma parte da população enriquecia cada vez mais – burguesia, a outra, em sua maioria, vivia ao arbítrio dos empresários, submetendo-se a jornadas de trabalho

aviltantes, e mal remuneradas.

Nesse novo contexto, surge a necessidade de um Estado mais ativo, na tentativa de estabelecer um certo equilíbrio na relação entre trabalhadores e empresários. Em decorrência disso, originaram-se o Estado do bem-estar social, e os direitos de segunda geração, amplamente conhecidos como direitos sociais. Tais direitos passam a impor ao governo prestações positivas, através de uma relação entre sociedade e Estado, em que o poder público tinha o dever de impor limites e normas para a desleal relação de dominação entre os detentores do capital e a classe operária.

O surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração coincide com a inauguração do constitucionalismo social do início do século XX. Nesse contexto político, o Estado passou a comprometer-se com os direitos sociais, econômicos e culturais, impondo, outrossim, direitos mínimos a serem observados pelos empregadores, nas relações trabalhistas. O Estado passou a garantir o direito a férias, piso salarial, à limitação da jornada de trabalho, bem como prever inúmeros direitos ligados à educação, saúde e à moradia.

Assim, os direitos fundamentais de segunda geração tinham o escopo de concretizar uma *igualdade real, ou de fato*, diferente daquela perseguida anteriormente, à época das revoluções burguesas, que culminaram no reconhecimento da primeira geração dos direitos.

Cumprе salientar, nesse momento que, a despeito de os direitos de segunda geração possuírem cunho positivo, o que os distingue, tais direitos também compreendem as denominadas *liberdades sociais*, das quais são exemplos a liberdade de sindicalização, o direito de greve, e alguns direitos trabalhistas (férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, entre outros). Esclareça-se, por oportuno, que esses direitos referem-se, outrossim, à semelhança dos direitos de primeira geração, ao homem individualmente considerado, não devendo ser confundidos com os direitos difusos e coletivos da terceira geração, a seguir analisados.

No tocante aos direitos fundamentais de terceira geração, pode-se mencionar que estes são recentes e ainda se encontram em fase embrionária. Foram criados em decorrência da necessidade da tutela de direitos de toda a sociedade, sendo comumente chamados de direitos *metaindividuais* ou *transindividuais*. Nesse sentido, pode-se delinear que o principal traço característico dessa geração de direitos encontra-se em sua titularidade coletiva ou difusa: o foco de proteção aqui não é o homem individualmente considerado, mas sim, toda a sociedade,

a coletividade.

À título de exemplo, convém mencionar alguns direitos fundamentais de terceira geração, sejam eles, ao meio ambiente equilibrado, à conservação do patrimônio histórico e cultural, e o direito ao desenvolvimento.

Com efeito, além das três gerações acima expostas, há autores que, sem muito consenso, defendem a existência de direitos de quarta e até mesmo de quinta geração. A quarta seria a geração dos direitos à engenharia genética, do qual se podem extrair direitos como congelamento do embrião, pesquisas com células-tronco, inseminação artificial.

Por sua vez, os direitos de quinta geração seriam aqueles relacionados à conquista da paz mundial. Como no século XX a população presenciou duas grandes guerras, no século XXI os Estados soberanos deveriam unir-se em busca da paz, a fim de que possamos viver em século diferente do anterior.

No tocante a gerações de direitos fundamentais, cumpre ainda consignar que a Carta Magna traz, ao longo de seu texto, diversos dispositivos que visam à proteção dos direitos das diversas gerações existentes. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, que tem como função institucional principal a de servir como guardião da Constituição, tem reconhecido a existência das gerações de direitos, conforme trecho do voto do Ministro Celso de Mello, citado por Alexandre de Moraes:

[...] Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF-Pleno-MS nº 22164- Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça 17/11/1995.)

Finalmente, cumpre aclarar que o termo “geração de direitos fundamentais” tem sido criticado pela melhor doutrina, pois tal expressão poderia, equivocadamente, gerar a ideia de substituição de uma geração por outra.

Nesse sentido, como esses direitos possuem a cumulatividade como característica substancial, muitos doutrinadores tem optado pela utilização do termo “dimensão”, em vez de

“geração”, em razão da indivisibilidade de tais direitos fundamentais. Em verdade, cada geração (ou dimensão) acresce a outra, formando, assim, o conjunto de direitos fundamentais que hoje concebemos.

2.4 Características dos Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais – como categoria jurídica fundamental intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, e essencial em um Estado Democrático de Direito – possuem características comuns que os identificam entre si e os peculiarizam em relação a outras categorias jurídicas. Examinemos, pois, algumas delas.

A *historicidade* é, sem dúvidas, uma das características mais relevantes dos direitos fundamentais. Ora, tais direitos não são resultados, apenas, de um acontecimento histórico determinado, individualmente considerado, mas, sim, de todo um processo de afirmação que envolve antecedentes, evolução, reconhecimento, constitucionalização, e, até universalização. Os direitos fundamentais são produtos da história, ou seja, vão surgindo na medida em que os indivíduos vão lutando pela sua própria emancipação. Frise-se, desse modo, que, enquanto históricos, os direitos em tela são mutáveis, sujeitos a transformações e ampliações.

Por serem inerentes à dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais destinam-se a todos os seres humanos, independe de nacionalidade, sexo, idade, ou convicção político-filosófica. Daí pode-se extrair, pois, a *universalidade* dos direitos. Seria uma contradição falar em direitos do homem que não fossem universais.

Convém elucidar, entretanto, que a universalidade não pode ser encarada como uma necessária uniformidade dos direitos fundamentais. Isso significa que ela deverá ser entendida em termos, haja vista que, embora existam direitos de todos os indivíduos (como, por exemplo, o direito à vida), existem direitos que só interessam a alguns (como os direitos dos trabalhadores) ou só pertencem a poucos (direitos políticos). Outrossim, a fixação do conteúdo dos direitos fundamentais fica a cargo do consenso desenvolvido pela sociedade, em determinando momento histórico, de maneira que a universalidade não deve ignorar o diferente significado que um “mesmo” direito fundamental assume em contextos distintos.

Em sequência, pode-se aduzir que não há direito fundamental de natureza absoluta, conforme, inclusive, entendimento do Supremo Tribunal Federal. Em razão disso, é possível extrair a *relatividade* ou *limitabilidade* desses direitos. Desta forma, em situações de conflito,

o intérprete é levado a ponderar um direito em prol do outro, a fim de resolver aquele conflito específico. Diz-se, então, que eles são passíveis de restrições recíprocas.

Assim, em outras palavras, deve haver uma relação de harmonização entre os direitos em conflito, balanceando-se, através de um juízo de proporcionalidade, os valores em testilha, de modo que não ocorra o sacrifício definitivo de um deles. Isso significa que a restrição de um direito fundamental apenas é possível no caso concreto, atendendo-se a regra da máxima observância e mínima restrição de direitos fundamentais.

Com efeito, os direitos fundamentais são desprovidos de conteúdo econômico-patrimonial, sendo considerados intransferíveis e inegociáveis. Assim, seu titular não pode despojar-se de tais direitos. Por isso, diz-se que os direitos fundamentais são inalienáveis.

Em razão de sua *inalienabilidade*, tais direitos não se perdem pelo transcurso do tempo, ou seja, são sempre exigíveis. Daí surge a sua *imprescritibilidade*.

A *irrenunciabilidade* dos direitos fundamentais decorre do fato de que o titular dos direitos fundamentais não pode deles dispor, não obstante possa deixar de exercê-los. É possível, pois, sob certas condições, a autolimitação voluntária ao exercício aos direitos fundamentais em um caso concreto. Nesse sentido, eles são irrenunciáveis, não sendo possível ao indivíduo titular tolerar, ainda que temporariamente, qualquer abuso do Poder Público que venha, ilegalmente, afrontar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, pois isso implicaria em renunciar ao seu direito. Em arremate, portanto, convém ressaltar que é tolerada a opção pelo não exercício de certos direitos, mas nunca a renúncia.

No tocante à *efetividade*, deve-se destacar a necessidade imanente aos direitos fundamentais, uma vez que eles necessitam de uma concreção, por parte do Poder Público, no sentido de torná-los usufruíveis por todos os indivíduos.

Caracterizando, ainda, os direitos fundamentais, não se pode deixar de mencionar a *concorrência*. Tais direitos podem ser exercidos de forma cumulativa. Vale dizer, em um mesmo titular podem acumular-se inúmeros direitos, como, por exemplo, o direito de liberdade de manifestação do pensamento com o direito de reunião ou associação.

Acerca do tema colisão de direitos fundamentais, uma característica de grande relevância é a que trata sobre a *dupla dimensionalidade* desses direitos. Desse modo, os direitos fundamentais apresentariam um âmbito subjetivo, que usualmente são a eles

conferidos, e outro, objetivo, que denota valores almejados por toda a sociedade. Com o escopo de ilustrar o que foi mencionado, cite-se como exemplo o direito à inviolabilidade do domicílio, albergado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XI. Ao mesmo tempo em que a referida garantia individual é consagrada, é possível vislumbrar-se situações que visam proteger os valores almejados por toda a coletividade, legitimando a restrição imposta a tal direito, pela própria Constituição, consubstanciada na possibilidade de se adentrar no lar, mesmo sem a anuência do proprietário, nos casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, bem como nos casos de determinação judicial, durante o dia, apenas.

2.5 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988

A Carta Magna de 1988, conhecida também como *Constituição Cidadã*, dispensou significativa proteção aos direitos fundamentais, inaugurando uma fase de amplo respeito e reconhecida efetividade a esses direitos.

Ao lançar um breve olhar pelo texto constitucional, percebe-se a ocorrência de diversos dispositivos destinados à proteção dos direitos fundamentais. A Lei Fundamental faz menção a direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, políticos, bem como uma série de garantias, que são mecanismos garantidores do exercício dos direitos em epígrafe.

A Constituição Federal de 1988 é introduzida por um preâmbulo. Este estabelece a instauração de um Estado Democrático de Direito, que, conforme analisado anteriormente, revela-se como um dos pilares de sustentação da categoria jurídica denominada de direitos fundamentais. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha firmado entendimento de que o preâmbulo constitucional não possui natureza jurídica, portanto, não é norma, é consenso na doutrina, sua função de diretriz interpretativa, tendo em vista que em seu bojo traz certos valores que auxiliam o intérprete da Carta Magna. Registre-se, ainda, que esse preâmbulo não é de reprodução obrigatória no âmbito das constituições estaduais, conforme entendimento da Corte Suprema.

Em sequência, tem-se a parte dogmática da Constituição Federal, composta de nove títulos: I – Dos princípios fundamentais; II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais; III – Da organização do Estado; IV – Da Organização dos Poderes; V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas; VI – Da Tributação e do Orçamento; VII – Da Ordem Econômica e

Financeira; VIII – Da Ordem Social e IX – Das Disposições Constitucionais Gerais.

O Título I da Lei Fundamental, composto de quatro artigos (1º ao 4º), trata dos valores mais gerais do ordenamento jurídico pátrio. O artigo 1º da Constituição Federal faz menção à forma de Estado, bem como à forma de Governo do Brasil, a saber, respectivamente Federação e República. Traz, ainda, os fundamentos que nortearão a República Federativa do Brasil, sejam eles a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Note-se que ao elevar a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, pode-se evidenciar a importância dada aos direitos fundamentais, haja vista que estes direitos são imprescindíveis para a plena fruição dessa dignidade. É como se a dignidade da pessoa humana servisse como uma espécie de fonte ética dos direitos fundamentais.

Adiante, no artigo 2º do texto constitucional é consagrado o Princípio da Separação dos Poderes, em um contexto em que Legislativo, Executivo e Judiciário atuam de forma independente e harmônica.

Por seu turno, o artigo 3º da Constituição Federal elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sejam eles construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por sua vez, o artigo 4º da nossa Carta Magna faz menção aos princípios norteadores do Estado brasileiro em suas relações internacionais, assegurando, dentre outros, o princípio da independência nacional, e o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CRFB/88)

Feitas essas elucidações, passemos à análise do Título II, que cuida propriamente dos direitos e garantias fundamentais. O Título em referência está dividido em cinco capítulos, sejam eles: I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; II – Dos Direitos Sociais; III – Da nacionalidade; IV – Dos Direitos Políticos e V – Dos Partidos Políticos.

Muitos dos direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão) previstos no ordenamento jurídico pátrio encontram previsão no artigo 5º da Constituição Federal. Ao longo dos seus setenta e oito incisos, o referido dispositivo prevê direitos individuais e

coletivos. Ressalta-se que no *caput* do artigo em tela, encontram-se assegurados os direitos fundamentais básicos, a saber, os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Por sua vez, os direitos de segunda geração (ou dimensão) estão disciplinados nos artigos 6º ao 11, bem como ao longo de todo o texto constitucional (Título VII, Título VIII, por exemplo). Inovando, a Constituição Cidadão dedica capítulo próprio para a previsão dos Direitos Sociais (Capítulo II do Título II). Tais direitos constituem as liberdades positivas impostas ao Estado, revelando, assim a preocupação do legislador constituinte pátrio com a promoção da igualdade real, ou de fato.

Adiante, no artigo 12 da Constituição Federal de 1988, encontram-se catalogados os direitos relacionados com a nacionalidade dos indivíduos; e, nos artigos 14 ao 17, ficaram assegurados os direitos políticos e os relativos à participação política.

Considerável, outrossim, cumpre ressaltar, os avanços revelados pela Constituição Federal de 1988 no tocante aos direitos fundamentais de terceira geração (ou dimensão). Os direitos em tela, conforme analisado, possuem titularidade difusa, sendo, inclusive, pela doutrina, conhecidos como direitos *metaindividuais* ou *transindividuais*. Nesse contexto são consagrados os princípios referentes à fraternidade e à solidariedade. Ademais, nessa categoria, cumpre ressaltar que o direito ao meio ambiente equilibrado recebe relevância.

Além da previsão de extenso rol de direitos e garantias fundamentais, a Lei Fundamental de 1988, em seu artigo 60, parágrafo 4º, dispensou o *status* de cláusula pétrea a tais direitos e garantias. Veja-se, ao assegurar que “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais*”, a Constituição Federal proíbe a abolição de qualquer direito ou garantia fundamental previsto pelo legislador constitucional constituinte originário. Frise-se que, embora não seja possível a redução do rol dos direitos e garantias fundamentais, a melhor doutrina defende a possibilidade de a referida lista ser ampliada, seja por meio de Emenda Constitucional, seja através de Tratados Internacionais.

Em arremate, outro dispositivo constitucional que merece ser colocado em relevo na análise da proteção conferida aos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988 é o artigo 5º, parágrafo 2º, que estabelece o seguinte: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou*

dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Em verdade, da leitura do supramencionado dispositivo, pode-se inferir que o legislador constitucional adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no País, de modo que não se pode considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais constantes no Título II da Carta Magna de 1988. Ora, o aludido parágrafo constitucional dá ensejo à interpretação de que há direitos fundamentais expressos, direitos fundamentais implícitos, direitos oriundos do regime jurídico e dos princípios adotados pela atual Constituição e direitos decorrentes dos tratados internacionais.

3 A PROPORCIONALIDADE E A PONDERAÇÃO COMO FERRAMENTAS NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENVOLVENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ocorre conflito entre direitos fundamentais quando, em determinado caso concreto, uma das partes invoca um direito fundamental em sua proteção, enquanto a outra se vê amparada por outro direito fundamental.

Em decorrência do extenso rol de direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal de 1988, característica inerente a um Estado Democrático de Direito, é bastante comum a ocorrência de colisão entre direitos fundamentais. Na análise da referida colisão, o princípio da proporcionalidade, desempenhará papel de extrema relevância, tendo em vista que, é através de sua procedimentalização que se almejará a solução do impasse, ponderando racionalmente, com a ajuda de seus subprincípios, os direitos envolvidos no embate.

O presente capítulo tem o escopo de analisar de que forma o princípio da proporcionalidade, associado à técnica da ponderação podem ser utilizados na solução dos conflitos envolvendo os direitos fundamentais.

O conflito, registre-se, envolvendo direitos fundamentais, que constitui o cerne do presente trabalho, não apresenta fácil desenlace. Em verdade, a colisão de tais direitos constitui problemática das mais complexas, haja vista que as normas colidentes, de natureza principiológica, consagram direitos de igual hierarquia constitucional, não se podendo cogitar, para a correta solução do caso, o simples afastamento, *prima facie*, de um dos polos conflitantes, até porque ambos são pautados na mesma fonte ética, a saber, a dignidade da pessoa humana.

Cumprе elucidar, ainda, de forma simplista, que a Carta Magna não pode conter normas que se contrariem. De fato, não contém. Os conflitos em referência revelam-se como uma *aparente contradição* entre os direitos fundamentais, situações em que o intérprete deverá valer-se do princípio da proporcionalidade, bem como da técnica da ponderação, para que, em

um determinado caso concreto, proceda à aplicação coerente e segura da norma constitucional.

Isto posto, quando o Poder Judiciário é acionado, a fim de que questões como essas, muitas vezes polêmicas, sejam resolvidas, é fácil perceber a divisão de opiniões decorrentes da decisão que julga o caso, seja no âmbito da análise dos próprios julgadores, seja na âmbito da sociedade como um todo considerada.

3.1 Direitos Fundamentais: conflitos

Convém, neste momento, tecer algumas considerações concernentes à estrutura normativa dos direitos fundamentais. Sabe-se que, segundo a lição da doutrina, o gênero norma é classificado em duas espécies: os princípios e as regras.

No tocante à classificação doutrinária supramencionada e suas implicações para os direitos fundamentais, cumpre destacar a lição de Robert Alexy, 2008, p.85:

Para a Teoria dos Direitos Fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos Direitos Fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos Direitos Fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a Direitos Fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos Direitos Fundamentais no sistema jurídico.

Isto posto, pode-se elencar diversos critérios distintivos entre princípios e regras. O primeiro deles é o grau de abstração ou generalidade, de modo que os princípios são normas que denotam as ideias matrizes que se propagam por todo o ordenamento jurídico; são, pois, adotados de um grau de generalidade elevado, ao passo que as regras se limitam a descrever, com precisão, situações notadamente hipotéticas formadas por um fato ou um conjunto deles. Em seu relato, há um antecedente e um consequente, possuindo, nesse sentido, grau de generalidade reduzido.

O segundo critério diferenciador é o grau de indeterminação. Ora, os princípios, considerados normas abstratas, são indeterminados, e, por isso, carecem de medidas concretizadoras, a fim de que possam ser aplicadas ao caso concreto. De modo diverso, as regras são determinadas, portanto, de aplicação direta, não havendo necessidade de mediação. Pode-se aduzir, assim, que, as regras são concreções dos princípios.

Dando sequência à diferenciação entre princípio e regras, é possível asseverar que,

enquanto os princípios estão ligados ao plano do valor, as regras são conexas ao plano da validade. Tal característica traz implicações na solução dos conflitos de normas. Em caso de conflito de regras, haverá a prevalência de determinada conduta em detrimento de outra. De outro modo, no tocante à colisão de princípios, esta se situa no plano do valor, devendo o intérprete garantir o mínimo de restrição possível das normas colidentes, ponderando-as.

Ainda acerca do tema, Glauco Barreira Magalhães Filho, 2004, p.232, ensina que:

Na ordem infraconstitucional, as regras qualificam juridicamente as condutas, conceituando-as como lícitas e ilícitas. Em razão dessas prévias definições, ao ordenamento infraconstitucional se aplica a lógica formal, uma lógica da exclusão. Assim, o conflito entre regras faz surgir uma antinomia que precisa ser remediada, sob pena de sacrificar-se a coerência do ordenamento jurídico. O conflito entre as regras gera uma contradição, a qual não admite meio termo, pois uma conduta não pode ser qualificada como lícita por uma norma e ilícita (não lícita) por outra, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto.

[...]

Na Constituição, os princípios enunciam valores e direitos, mas não qualificam juridicamente as condutas. Essa estrutura aberta revela-nos que a colisão entre princípios não gera contradição e, logo, antinomia. Na verdade, há entre eles contrariedade, o que permite uma solução dialética. Assim, aos princípios constitucionais, se aplica uma lógica de síntese. É da hierarquização dos princípios no caso concreto e da ponderação axiológica que se estabelecerá a qualificação jurídica da conduta. Desse modo, o princípio da proporcionalidade vincula-se a lógica dialética.

As antinomias oriundas do conflito entre regras serão solucionadas pelos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade. Por meio do critério hierárquico, a norma superior prevalece sobre a inferior; em face do critério cronológico, a norma posterior revoga a anterior; ademais, em decorrência do critério da especialidade, uma regra especial naquilo que dispõe prevalece sobre a geral.

Ao logo da Constituição Federal de 1988, é bastante comum a ocorrência de normas dotadas de alto grau de abstração, o que, conforme exposto anteriormente, permite que a doutrina possa classificá-las como princípios. Tal característica apresenta-se de forma ainda mais flagrante quando as normas em análise positivam direitos fundamentais. Por esse motivo, em face de uma colisão de normas estruturadas em princípios, deve o intérprete, valendo-se do princípio da proporcionalidade, proceder à ponderação axiológica de tais direitos no caso concreto.

Os conflitos entre direitos fundamentais tem origem quando o exercício de um direito fundamental entrar em colisão com outro. A título de exemplo, vejamos as lições do jurista George Marmelstein, 2013, p.261:

Imagine, por exemplo, a seguinte situação: uma revista de circulação nacional resolve publicar uma matéria tratando detalhes da vida privada de um famoso ator contra a vontade deste. Nesse caso, há conflito de dois valores: de um lado, a liberdade de expressão, elemento indispensável para o desenvolvimento das ideias e para a democracia; de outro lado, os direitos de personalidade, valores básicos para a dignidade humana. Ambos estão protegidos pela Constituição, mas um dos dois terá que ceder diante do caso concreto.

Qualquer solução a ser adotada em um conflito assim resultará na restrição (às vezes, total) de um dos dois valores. Ou se privilegia o dever de respeito à liberdade de imprensa, em detrimento do dever de proteção aos direitos de personalidade, ou se prestigia o dever de proteção à intimidade, em desfavor do dever de respeitar a liberdade de imprensa.

Todas as situações envolvendo o fenômeno da colisão de direitos fundamentais são de complexa solução. Tudo vai depender das informações fornecidas pelo caso concreto e das argumentações apresentadas pelas partes do processo judicial. Daí por que é preciso partir para a ponderação para solucionar esse conflito.

A par de todas essas considerações e inquietudes, os doutrinadores pátrios, seguindo a doutrina estrangeira, vem procurando dirimir os conflitos envolvendo os direitos fundamentais com a utilização do chamado princípio da proporcionalidade.

3.2 O Princípio da Proporcionalidade como instrumento para a solução de conflitos entre Direitos Fundamentais

Conforme anteriormente demonstrado, a Constituição Federal de 1988 inaugurou um Estado Democrático de Direito. Com ele, veio a proteção a uma escala considerável de direitos fundamentais. Esses direitos, muitas vezes com conteúdo e diretrizes opostas torna possível a existência de colisão. Nesse contexto de conflitos e de necessidade de restrição de direitos fundamentais, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins ensinam que a proporcionalidade apresenta-se “como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais, isto é, como resposta jurídica ao problema do vínculo do legislador aos direitos fundamentais, configurando um *limite* de seu poder limitador” (2012, p. 179)

Nesse sentido, tem-se que umas das maneiras de se proteger os direitos fundamentais, e, por via oblíqua, o Estado supramencionado é a utilização do princípio da proporcionalidade. Este se revela como um princípio trazido do direito alemão e incorporado ao direito pátrio, mas não de forma expressa e sim, como norma esparsa dentro da Carta Magna, e que amplamente vem sendo utilizado pela jurisprudência e doutrina pátrias.

O princípio da proporcionalidade funciona com um agente limitador da atividade estatal, haja vista que promove o controle de legitimidade dos atos administrativos, judiciais e

legislativos que ocasionam a restrição de direitos fundamentais. Em verdade, é como se ele fosse um limite material imposto ao poder Estado de restringir determinado direito fundamental.

Ora, o Estado não pode pautar o seu âmbito de atuação em critérios formais, apenas, sob o risco de ofender demasiadamente a gama de direitos fundamentais protegida pela Constituição Federal. Nesse aspecto, sua decisão política de tutelar um determinado direito em detrimento de outro só deverá prevalecer se a norma desta escolha poupar o máximo possível o direito restringido.

Com efeito, a proporcionalidade deve sempre fazer-se presente quando da delimitação do campo de proteção de determinado direito fundamental, sobretudo quando houver conflito entre direitos. Verificando-se que certo ato ou omissão do Estado encontra amparo em norma constitucional, porém, do mesmo modo, contraria outra norma, também amparada pelo ordenamento constitucional, o princípio da proporcionalidade está apto a dirimir o impasse, sendo, a proporcionalidade, um critério para aplicar o direito em casos de antinomia.

Dessa maneira, o princípio da proporcionalidade permite que o intérprete constitucional, ao deparar-se com um conflito entre direitos fundamentais, ofereça uma resposta fundamentada, afastando, assim, eventuais inseguranças, bem como preservando a unidade do ordenamento jurídico vigente.

Face ao exposto, pode-se inferir, pois, que o princípio em epígrafe é instrumento necessário para aferir a legalidade de determinada lei ou ato administrativo quem possa ter vindo a restringir direitos fundamentais. Por isso, é comumente chamado de “*limite dos limites*”. Ainda acerca do louvável instrumento, o doutrinador José Afonso da Silva ensina que “O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.” (*apud* Marmelstein, 2013, p. 366).

Elucide-se, desde já, que, conforme anteriormente mencionado, a não referência expressa ao princípio da proporcionalidade na Carta Magna não determina, sob hipótese alguma, a não aceitação desse princípio pelo direito pátrio, restando-se inegável a normatividade do princípio. O artigo 5º, parágrafo segundo, da Constituição Federal permite reconhecer direitos e garantias fundamentais, ainda que não estejam expressamente previstos, mas que decorram dos princípios adotados pela Carta Magna.

Nesse contexto, a proporcionalidade deriva da necessidade de adequar o exercício dos direitos fundamentais conflitantes, contemplados pelo texto constitucional, como seus limites. Na substância, tem-se o vínculo do princípio da proporcionalidade com o funcionamento do Estado Democrático de Direito.

3.3 Subprincípios do Princípio da Proporcionalidade

Os direitos fundamentais, conforme analisado anteriormente, não são absolutos. Em razão disso, ao deparar com um caso de conflito desses direitos, o intérprete é levado a ponderar um em prol do outro. Nesse contexto, surge a importância do princípio da proporcionalidade, de modo que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deve ser proporcional, não excessiva.

Nesse contexto, ao instrumentalizar o princípio da proporcionalidade, presume-se a existência de uma relação meio-fim. Em um polo estaria o objetivo que se busca com a limitação de determinado direito (fim); no outro, estaria a ação, ou omissão, estatal limitadora, seja oriunda do Poder Legislativo ou Judiciário (meio).

A doutrina pátria, inspirada em decisões da Corte Constitucional alemã, tem apontado três subprincípios para o princípio em apreço: (a) adequação, (b) necessidade e (c) proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação. Tais elementos devem ser analisados sucessivamente. Feita essa análise, e, constatada a presença desses três aspectos, pode-se inferir que será possível uma limitação a determinado direito fundamental.

3.3.1 Adequação

Segundo George Marmelstein, 2013, p.369, para aferir a adequação da medida limitadora de direito fundamental, há de se perguntar: o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?. Ora, pela adequação verifica-se a aptidão de certo meio para realizar o fim em questão, ou seja, deverá haver a existência de relação adequada entre o fim e o meio determinado. Registre-se que poderá haver mais de um meio adequado apto a realizar a finalidade pretendida.

Em caso de resposta manifestamente negativa, de modo que seja possível aferir que o meio escolhido não é idôneo a obter o resultado perseguido, então é possível pleitear a sua anulação pelo Poder Judiciário, em decorrência da proporcionalidade.

Devido à possibilidade de existência de mais de um meio adequado apto a realizar a finalidade perseguida, analisar unicamente a adequação não se revela medida suficiente para o desenlace da questão. Portanto, em caso de resposta afirmativa, deverá proceder-se à análise da segunda dimensão do princípio da proporcionalidade, a saber, a Necessidade.

Impende registrar, nesse momento, antes de analisar a dimensão seguinte do princípio em tela, que a adequação da medida limitadora de direito, exige, igualmente, que o fim perseguido esteja em consonância com o texto constitucional. Em caso de finalidade incompatível com a Constituição, a medida meio não será válida.

3.3.2 Necessidade

No tocante ao subprincípio da necessidade, cumpre elucidar que a medida meio restritiva de direito fundamental há de ser estritamente necessária. Nesse segundo subprincípio da proporcionalidade, encontra-se inserido a ideia de vedação ao excesso. Ora, em caso de ocorrência de dois ou mais meios adequados para se atingir o fim constitucionalmente justificado, impõe que se escolha aquela que afetará com menor intensidade os direitos envolvidos na questão. Nesse contexto, todos os demais são desnecessários, portanto, desproporcionais.

Registre-se que, caso o Estado, ao praticar medida meio limitadora de direito fundamental, escolha a mais gravosa do que a necessária, sua escolha deve ser considerada inconstitucional, e, será possível pleitear a sua anulação pelo Poder Judiciário, com fulcro na proporcionalidade.

Seguindo-se as lógicas das perguntas de George Marmelstein, 2013, p.371, com o escopo de se aferir a necessidade da medida limitadora de determinado direito, deve-se perguntar: o meio escolhido foi o ‘mais suave’ entre as opções existentes?.

No subprincípio da necessidade, além da ideia de vedação do excesso, analisada nos parágrafos anteriores, encontra-se embutida, igualmente, a de vedação de insuficiência. Segundo esta ideia, o Estado deverá agir de forma eficaz para proteger os direitos fundamentais.

Considerando-se que o Estado Democrático de Direito deve ser diligente na defesa dos direitos fundamentais, a ideia da vedação de insuficiência decorre, justamente, de esse dever

de proteção, de modo que o poder público deve adotar medidas suficientes para reprimir as violações aos direitos fundamentais. Nesse sentido, ensina Ingo Sarlet, 2013, p.373, a violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de promoção.

3.3.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito ou Ponderação

Nessa terceira dimensão do princípio da proporcionalidade, ocorre a verificação da relação custo-benefício da medida estatal limitadora, ou seja, uma ponderação entre os danos causados e os resultados perseguidos. Seguindo-se, ainda, o esquema das perguntas instituído por George Marmelstein, 2013, p.376., a pergunta mental a ser feita no sentido de aferir a ocorrência da proporcionalidade em sentido estrito é a seguinte: o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar? Em uma análise custo-benefício, a medida trouxe mais vantagens ou desvantagens.

A resposta dessa pergunta exige do intérprete um exercício de ponderação, que será levado em conta todos os interesses em jogo. Será o momento de verificar se ônus imposto pela medida é inferior ao benefício por ela causado.

Considerando-se que esse juízo de ponderação é estritamente necessário para a verificação da proporcionalidade em sentido estrito, convém, em seção subsequente, fazer uma análise mais aprofundada acerca do referido instituto.

3.4 A Técnica da Ponderação

Devido à natureza principiológica dos direitos fundamentais, as técnicas tradicionais da hermenêutica, a saber, o critério hierárquico, o cronológico e a especialidade, não são suficientes para a resolução de conflitos envolvendo tais direitos. Ora, se essas colisões ocorrem no campo do valor, e não da validade, faz-se necessária uma consistente argumentação, por parte do intérprete. Este, valendo-se da proporcionalidade, ponderará qual o princípio será restringido, em favor do outro.

A ponderação de interesses, normas ou valores, então, consiste em uma técnica de decisão jurídica a ser utilizada nos casos que envolvam a aplicação de direitos fundamentais

que se encontrem em linha de colisão. Nesse sentido, o raciocínio ponderativo, de acordo com o caso concreto, inclui a seleção de normas, bem como dos fatos relevantes, com atribuição de pesos aos diversos elementos em conflito, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar os valores contrários na medida do possível.

Os conflitos envolvendo direitos fundamentais, por vezes, são bastante complexos. Nesses casos, as decisões jurídicas não são tomadas com base, simplesmente, na subsunção (aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto), uma vez que os critérios utilizados para definir a solução em cada caso não estão no texto normativo.

Cumprir registrar que a ponderação não pode ser considerada um modelo perfeito e acabado, pois não oferece uma resolução totalmente objetiva para os difíceis casos que envolvam direitos fundamentais. No entanto, a referida técnica vem recebendo grande relevância por parte da doutrina pátria, uma vez que apresenta ferramentas para que o intérprete desenvolva o bom-senso, além do sentimento de justiça, respaldando-se, sempre, nos valores constitucionais.

Na técnica em comento, em um primeiro momento, o intérprete, através do Princípio da Harmonização Prática, buscar conciliar os interesses em jogo. Em sequência, caso não seja possível a conciliação, é que se deve partir para o sopesamento de valores.

3.4.1 Princípio da Harmonização Prática

Segundo o Princípio da Harmonização Prática, como o próprio nome permite aduzir, o intérprete deverá proceder a uma tentativa de combinar (ou harmonizar) os bens jurídicos em conflito, evitando, desse modo, o sacrifício total de uns em relação aos outros, e o consequente descumprimento da norma.

Haverá, nesse sentido, um juízo de compensação, de modo que, a despeito da ocorrência da limitação de determinado direito, este deverá ser preservado em alguma medida na solução adotada. O papel do jurista, no contexto da ponderação, é justamente dirimir o conflito normativo através da harmonização dos valores antagônicos ou contraditórios. Em resumo, ele deverá tentar dar máxima efetividade ao direito fundamental, restringindo o mínimo possível o outro princípio conflitante. Ainda no tocante ao assunto, leciona Robert Alexy, 2013, p.379, quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto mais alto deve ser a importância do cumprimento do outro.

Com o escopo de ilustrar a instrumentalização do Princípio da Harmonização, na prática, cumpre citar famoso caso da greve de fome de presidiários, ocorrido na Espanha, ainda na década de 1990. Naquela situação, um grupo de presos organizou uma greve de fome como forma de protesto, e pretendiam leva-la até o fim, ainda que isso lhes ocasionasse a morte.

No supramencionado caso, se o Estado espanhol impedisse a greve, estaria limitando a autonomia de vontade dos detentos, maculando, assim, a dignidade da pessoa humana daqueles. De outro modo, se o Estado permitisse a realização do referido protesto, colocaria em risco a integridade física daqueles detentos, que, por sua vez, estavam sob sua custódia.

O Tribunal Constitucional espanhol, face à colisão configurada (autonomia da vontade *versus* integridade física), manifestou-se no sentido de harmonizar os bens jurídicos em conflito: determinou a intervenção médica, de acordo com orientação dos médicos que acompanhavam, assim que ocorresse algum risco de morte para quaisquer dos detentos participantes do protesto. Dessa maneira, a autonomia de vontade foi respeitada até o momento que entrou em colisão com o direito à vida. Logo que a integridade dos presos fosse ameaçada de forma concreta, estaria autorizada a intervenção médica, independente da anuência dos detentos, uma vez que, nessa situação, eles já teriam perdido parcialmente a consciência (Sentença TC 120/1990). Eis uma aplicação do Princípio da Harmonização Prática.

3.4.2 *Sopesamento de Valores*

Há casos, todavia, que essa harmonização revela-se impossível, uma vez que a proteção de determinado valor constitucionalmente protegido vai de encontro a outro bem jurídico. Acerca do assunto, veja-se a lição do Virgílio Afonso da Silva, apud George Marmelstein, 2013, p.385:

[...] é possível que, em casos concretos específicos, após a aplicação da proporcionalidade e de sua terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento/ponderação), nada reste de um determinado direito. Por mais que isso soe estranho e possa passar uma certa sensação de desproteção, isso apenas reflete o que ocorre em vários casos envolvendo direitos fundamentais. Quando alguém, por exemplo, tem seu sigilo telefônico devassado e suas conversas interceptadas, nada sobra desse direito fundamental. Quando se proíbe a exibição de determinado programa de televisão ou a publicação de determinada matéria jornalística, também sobra pouco ou nada da liberdade de imprensa naquele caso concreto. Quando alguém é condenado a uma pena de reclusão, sua liberdade de ir e vir é aniquilada. Ou, por fim – e talvez de forma ainda mais clara –, quando alguém tem um terreno que é desapropriado, o seu direito, nesse caso concreto, desaparece por completo. Em diversos casos semelhantes, por ser impossível graduar a realização de um

determinado direito, qualquer restrição a ele é uma restrição total ou quase total.

Em situações como as supracitadas, a combinação (ou harmonização) se mostra infrutífera, surgindo-se, assim, a necessidade do sopesamento, em que o intérprete, diante dos valores colidentes, escolherá qual deverá prevalecer em detrimento do outro. Nesse contexto fático, inevitavelmente, haverá o descumprimento (parcial ou total) de determinada norma constitucional.

A despeito de não haver, do ponto de vista normativo, hierarquia entre os direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio, pode-se constatar a ocorrência de diferentes níveis de importância dos direitos previstos pela Carta Magna. Daí, é possível aceitar a existência de uma hierarquia axiológica, que justificará a inobservância de determinada norma, ou seja, daquela que “vale menos”, para ser sacrificada naquele caso concreto.

Cumprir deixar claro que essa hierarquia axiológica entre direitos não pode, em regra, ser determinada abstratamente pelo intérprete constitucional. Tal hierarquização será estabelecida à luz do caso concreto, tendo como base suas circunstâncias peculiares, que fornecerão subsídios para identificar qual o direito fundamental é, naquela situação, o mais importante.

Registre-se, portanto, que antes de utilizar o sopesamento, fazendo prevalecer um princípio sobre o outro, deve-se tentar solucionar o caso do conflito através da harmonização entre os direitos fundamentais envolvidos. Deve-se proceder à interpretação dos valores jurídicos protegidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.

3.4.3 Proteção ao Núcleo Essencial

Da análise dos direitos fundamentais, pode-se extrair que esses são passíveis de limitação. Porém, não se pode perder de vista que tais restrições, também, são limitadas. Em verdade, pode-se aduzir que a atividade limitadora estatal é balizada, de modo a proteger o núcleo essencial dos direitos envolvidos no caso.

De acordo com o que foi analisado, o Princípio da Proporcionalidade determina que uma medida limitadora de direito fundamental somente será válida se for proporcional. A fim de aferir a proporcionalidade da medida, devem-se observar os seguintes aspectos:

1. Se a medida é adequada, ou seja, se atinge o fim perseguido;
2. Se a medida é necessária, ou seja, se é estritamente exigível e não excessiva (causa menor prejuízo possível), e, do mesmo modo, suficiente para proteger os direitos fundamentais;
3. Se a medida é proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens, através do sopesamento dos valores envolvidos no conflito.

Não cabe, no presente trabalho, discorrer sobre as diversas teorias existentes acerca do conceito de núcleo essencial. O importante é situar de como forma o legislador constituinte tratou a questão, bem como de que forma o referido conceito de núcleo é procedimentalizado em ações limitadoras de direito fundamental.

A Constituição Brasileira de 1988 não mencionou de forma expressa a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Entretanto, em seu artigo 60, § 4º, IV, ela veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos fundamentais. Tal dispositivo consagra a ideia de um *limite do limite*, também, para o legislador ordinário, tornando patente a configuração do modelo garantístico utilizado pelo constituinte. Caso contrário, se não houvesse um limite à atividade legislativa, restaria inócua qualquer proteção a direitos fundamentais.

Face ao exposto, cumpre registrar que a proteção ao núcleo essencial revela-se como um mecanismo argumentativo contra leis que restrinjam direitos fundamentais. Ora, nenhuma lei pode, de forma abstrata, restringir um determinado direito fundamental a ponto que o seu conteúdo fique completamente esvaziado.

Tal fato, não impede, entretanto, de acordo com situações concretas, diante de circunstâncias determinadas, o Poder Judiciário, ao ponderar valores em conflito, possa afastar por completo um direito fundamental, atingindo, dessa forma, seu núcleo essencial.

Ademais, em situações peculiares, até mesmo a lei poderá eventualmente atingir o núcleo essencial de direitos fundamentais. Existem situações em que a limitação dos direitos implicará em uma restrição total. É o que ocorre, por exemplo, com o direito à vida, quando o Código Penal brasileiro autoriza a realização do aborto em caso de gravidez que possa

culminar com a morte da gestante. Há uma restrição total do direito à vida do feto, de modo que não há como limitar apenas parcialmente o direito à vida.

3.4.4 A procedimentalização do Princípio da Proporcionalidade

Considerando-se, na prática, o contexto da aplicação do Princípio da Proporcionalidade, o intérprete, de acordo com o caso concreto, deve observar se o fim perseguido, e que será alcançado, mediante a restrição imposta pelo Estado ao direito fundamental (medida meio, de natureza judicial, normativa, ou legislativa), é constitucional.

O princípio em tela é instrumento eficaz na proteção aos direitos fundamentais, podendo, igualmente, ser utilizado com o escopo de aferir a legitimidade de determinada limitação imposta mediante lei, conforme analisado. Nesse sentido, sua importância revela-se patente quando da ocorrência de colisão entre direitos fundamentais.

Isto posto, considerando-se que o fim perseguido encontra fundamento no texto constitucional, passa-se à descrição fática da colisão. Busca-se, nesse momento, discernir toda a sua amplitude, criando, assim, a base decisória para tornar possível, finalmente, a análise dos elementos da proporcionalidade.

Em sequência, o intérprete deverá proceder ao exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do meio empregado, atentando-se para o fato de que tal verificação deverá ser feita de forma sucessiva, de modo que caso se entenda pela não adequação, não há que se cogitar a análise dos demais elementos do Princípio da Proporcionalidade.

Analisaremos a seguir um caso de grande repercussão que chegou ao Supremo Tribunal Federal. Trata-se do julgamento da ADPF nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), pleiteando que a aquela corte de justiça procedesse à interpretação conforme a constituição dos artigos 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40), reconhecendo, desse modo, a não incidência dos referidos dispositivos aos casos de aborto de fetos anencefálicos.

Ora, sem dúvidas, resta configurado um conflito entre direitos fundamentais. De um lado, o direito à vida do feto, do outro, o direito à saúde física e psíquica, bem como à autonomia reprodutiva da mulher.

No capítulo subsequente, será feita uma abordagem detalhada dos principais valores envolvidos no julgamento da lide, destacando os aspectos jurídicos que serviram de subsídios para que os Ministros pudessem julgar o caso.

4 ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54: O ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Até o presente momento, foram analisados os direitos fundamentais, desde as suas características básicas, até os mecanismos utilizados em casos de colisão entre eles. A fim de ilustrar como funciona na prática um caso de colisão entre direitos fundamentais, o presente capítulo tem a pretensão de abordar a Arguição de Descumprimento de Direitos Fundamentais (ADPF) nº 54.

A referida ação constitucional, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), teve por objetivo de declarar a inconstitucionalidade, com efeito vinculante, o impedimento da antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de fetos anencefálicos, quando devidamente diagnosticado por profissional habilitado.

No caso em tela, é patente a configuração de conflito envolvendo direitos fundamentais. De um lado, o direito à vida do ser humano em formação. Do outro, os direitos à saúde, bem como à liberdade reprodutiva da mulher, intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana. Registre-se que todos esses direitos elencados são protegidos pela Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, serão abordados alguns conceitos importantes acerca da anencefalia. A seguir, serão analisados os direitos em colisão, a fim de que se possa dimensionar a problemática do caso. Em momento posterior, será analisada a ADPF nº 54, desde a sua fundamentação legal, ao julgamento.

4.1 Anencefalia: conceito

A anencefalia pode ser encarada como uma espécie de má formação congênita que atinge cerca de um em cada mil bebês, aproximadamente. A palavra anencefalia significa “sem-cérebro”, porém o bebê anencéfalo possui cérebro-tronco. Entretanto, é desprovido dos hemisférios centrais e do córtex. Em decorrência disso, se um bebê sobrevive após o parto, terá apenas algumas horas de vida.

Nesse sentido, um anencéfalo não tem parte do sistema nervoso central, no entanto, preserva o tronco encefálico, o que faz com que mantenha algumas funções vitais, a exemplo do sistema respiratório e cardíaco. Da mesma forma, o anencéfalo tem capacidade de reagir a estímulos, manter a temperatura corporal, bem como de realizar movimentos de deglutição e sucção.

Todavia, o anencéfalo, sob o aspecto neurológico, apresenta enorme deficiência, haja vista que lhe faltam funções da vida psíquica (consciência, afetividade, emotividade, comunicação), no tocante à mobilidade, à sensibilidade, e à integração com as demais partes do corpo.

José Aristodemo Pinotti, 2004, p.A3 professor titular de ginecologia da Universidade de São Paulo, faz as seguintes considerações acerca da anencefalia:

A anencefalia é resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês da embriogênese. O reconhecimento de conceito com anencefalia é imediato. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Hoje, com os equipamentos modernos de ultrassom, o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples e pode ser realizado a partir de 12 semanas de gestação. A possibilidade de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula.

Em arremate, convém salientar que os diversos ramos da medicina, a despeito de a anencefalia ser uma doença congênita relativamente comum, até o momento, não puderam precisar quais as causas da má formação congênita em tela, associando-a, em grau de probabilidade, a fatores de ordem genética, ambiental e/ou nutricional.

4.2 O Aborto e o ordenamento jurídico brasileiro

Segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz, 2001, p. 32, o aborto pode ser dividido em seis subclassificações:

a) terapêutico: é o chamado aborto necessário, e poderá ocorrer quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante, ou com o escopo de evitar que a gravidez gere enfermidade grave para ela;

b) sentimental: conhecido também como “aborto ético”, ou “aborto humanitário”, é aquele praticado quando a gravidez é decorrente de estupro. Nesse caso, é indispensável que haja o consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal;

c) econômico: é aquele praticado quando os pais não possuem condições econômicas que permitam garantir a subsistência do filho;

d) eugênico: quando é identificada, no nascituro, algum tipo de anomalia física ou mental.

e) estético: quando a gestante não deseja sofrer os efeitos da gravidez no seu corpo;

f) *honoris causa*: é aquele realizado quando a gestante quiser ocultar a gravidez da sociedade, situações comuns em casos de adultério, ou de adolescente que tem medo da reação dos pais, por exemplo.

Nesse momento, importante traçar a diferença entre aborto eugênico e anencefalia. Considerando-se que a eugenia é o estudo de condições mais propícias à “melhora” da raça humana, ou seja, uma técnica artificial de seleção do ser humano, o aborto eugênico é aquele realizado quando o feto não está de acordo com os padrões sociais formais, possuindo algum tipo de anomalia física ou mental, conforme exposto. Nesse sentido, qualquer tipo de “inadequação física” do nascituro geraria aborto. Podem-se citar alguns exemplos de anomalias que, por si, autorizariam o aborto eugênico, a saber, a ausência de um membro, lábio leporino, etc. Essa forma de aborto era comum no estado nazista, que buscava a qualquer custo a propagação da “raça ariana”.

De outro modo, a anencefalia é uma malformação em que não acontece o fechamento do tubo neural, ficando o cérebro exposto. Em decorrência disso, o encéfalo do nascituro encontra-se incompleto, o que inviabiliza a vida extrauterina.

Isto posto, vamos à análise da maneira com que o ordenamento jurídico pátrio trata as diversas hipóteses de abortamento supramencionadas. De pronto, pode-se aduzir que as quatro últimas hipóteses são vedadas pelo ordenamento brasileiro.

No tocante à primeira hipótese, que trata do aborto terapêutico, o artigo 128, I, do Código Penal autoriza o aborto, caso não haja outro meio para salvar a vida da gestante, sendo, pois, esse fato atípico. Veja-se o referido dispositivo, *in verbis*:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Ademais, como se pode inferir da leitura do dispositivo, especificamente do art. 128, II, o aborto sentimental, isto é, nos casos em que a gravidez é decorrente de estupro, da mesma forma, possui norma permissiva, sendo considerado atípico o abortamento nesses casos.

Saliente-se, ainda acerca do aborto terapêutico, o abortamento praticado com o escopo de evitar que a gravidez gere enfermidade grave para a gestante não possui excludente de tipicidade, sendo, em tese, sua prática considerada fato típico. É justamente nesse contexto que está inserido o aborto dos anencéfalos, constituindo-se o objeto da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF) nº 54.

Ora, o legitimado ativo da ação constitucional em epígrafe tinha o objetivo de obter a declaração de inconstitucionalidade do impedimento de aborto em casos de gestação de fetos anencéfalos, tornando, desse modo, a conduta atípica.

Conforme explanado anteriormente, a anencefalia é possível de ser identificada ainda nas primeiras semanas da gestação. Ademais, segundo o próprio Conselho de Federal de Medicina, a morte é diagnosticada em 100% (cem por cento) dos casos. Em mais de 50% (cinquenta por cento) deles o coração para de bater ainda na gestação. Quando nascem, os bebês sobrevivem por minutos, ou poucas horas.

A anencefalia, portanto, é incompatível com a vida, e o prosseguimento gestacional, além de um sofrimento social e psíquico, abala a saúde física da gestante. A Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia enumera uma série de repercussões para a vida da mulher que é forçada a prosseguir a gestação: aumento dos riscos durante a

gestação, aumento da morbidade, aumento dos riscos obstétricos no parto, bem como no pós-parto, além de consequências psicológicas graves.

No Brasil, apesar de o Decreto-lei nº 2.848/40, o Código Penal brasileiro, não permitir a interrupção da gravidez em caso de fetos anencefálicos, desde o final da década de 1980, juízes brasileiros começaram a conceder alvará que autorizavam o abortamento para casos de anencefalia. Tem-se notícia de mais de 10.000 (dez mil) alvarás concedidos em todo o Brasil.

Ocorre que em 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal, votando o mérito da ADPF nº 54, decidiu por oito votos a dois que as mulheres gestantes de bebês anencefálicos poderão, caso assim desejem, interromper a gravidez, desde que acompanhada por médico devidamente habilitado. Em momento posterior será feita uma análise mais acurada acerca da ADPF nº 54.

4.3 Direitos Fundamentais em colisão: direito à vida intrauterina do ser humano em formação *versus* direitos da gestante

O presente trabalho tem o escopo de analisar o conflito de direitos fundamentais que se configura nos casos de abortamento de fetos anencefálicos. Nesse sentido, os intérpretes da constituição não podem se eximir, devendo buscar uma solução que seja menos danos às partes envolvidas na questão.

Na situação supramencionada, tem-se o direito do nascituro, que embora portador de uma má formação do sistema nervoso que impossibilita sua vida extrauterina, é um ser humano vivo, em formação, portanto, titular de direitos resguardados em nossa Carta Magna.

Por outro lado, considerando-se que o diagnóstico da anencefalia é possível de ser dado nas primeiras semanas da gestação, impedir que a gestante interrompa a gravidez apenas agrava o seu sofrimento físico, psíquico e social, além de macular o seu direito à autonomia reprodutiva.

Portanto, ao receber um diagnóstico de feto anencefálico, duas hipóteses podem ser constatadas: na primeira delas, a mulher gestante, ciente da má formação letal do feto, deseja dar prosseguimento à gestação, e neste caso, motivos para discussão não há, haja vista que, mulher e anencefálico receberão a atenção médica necessária para o bem estar dos ambos.

Na segunda hipótese, a gestante, consciente da gravidez de um anencefálico, deseja interrompê-la, restando-se aqui flagrantemente configurado o conflito de direitos fundamentais, que foi amplamente discutido pelo nosso órgão cúpula do Poder Judiciário, no julgamento da ADPF nº 54.

Ao julgar o mérito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, o Supremo Tribunal Federal conferiu à gestante a possibilidade de escolha, nos casos de feto anencefálico, pelo abortamento, ou prosseguimento gestacional.

A seguir, serão detalhados os direitos em colisão.

4.3.1 Os direitos do nascituro anencefálico

O ordenamento jurídico brasileiro protege o ser humano em formação. Tal proteção tem início na sua concepção, e vai até momentos antes do parto, de modo que se pode aduzir que o nascituro goza de expectativa de direitos. Nascendo com vida, ele adquire personalidade e, em decorrência disso, a tutela efetiva dos seus direitos.

Ainda que a comunidade médica não tenha, precisamente, descoberto as causas da anencefalia, é consenso na medicina que o feto anencefálico, mesmo portador de uma má formação do sistema nervoso incompatível com a vida extrauterina, pode ser considerado um ser humano vivo.

A vida é considerada por muitos doutrinadores um pressuposto dos demais direitos fundamentais, haja vista que praticamente todos os direitos fundamentais dependem daquela para serem exercidos. Em decorrência disso, apesar de não haver hierarquia normativa (pois tais direitos retiram fundamento do mesmo diploma – a Constituição Federal), axiologicamente é comum intérpretes constitucionais colocarem a vida como o principal direito fundamental.

A problemática em questão, nesse contexto, é analisar se a vida de um anencéfalo deve ser protegida em páreo de igualdade com os direitos da gestante do bebê anencéfalo, que deseja interromper aquela gestação. Ressalte-se que, em mais de metade dos casos de anencefalia, o coração do feto para de bater ainda no período gestacional. No restante dos casos, os bebês sobrevivem por minutos, ou poucas horas, após o parto.

4.3.2 Os direitos da gestante

Ao longo das últimas décadas, a mulher vem ampliando a sua participação na sociedade, de modo que a sujeição à figura do homem vai tornando-se cada vez mais incomum. Aquela dependência econômico-financeira, antes muito frequente, hoje, dá espaço à conquista do mercado de trabalho.

A própria Constituição Federal de 1988, por meio de seu art. 5º, I, estabelece uma isonomia entre homens e mulheres, conferindo-lhes iguais direitos e obrigações. Ademais, a fim de obter uma igualdade material, o legislador pátrio vem conferindo uma série de direitos à figura feminina a partir da elaboração de normas específicas garantidoras da sua proteção pelo Estado.

4.3.2.1 O direito à saúde da gestante

O direito à saúde constitui direito social, ou seja, direito fundamental de segunda geração, e é garantido pelo ordenamento constitucional pátrio, senão veja-se o teor do artigo 196, da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A garantia ao direito à saúde revela-se na proteção ao bem-estar físico, psíquico e social. Aduzir que o aborto de feto anencefálico, quando há consentimento da gestante, é crime consiste em ofender o direito à saúde daquela, haja vista que o prosseguimento gestacional nos casos em epígrafe traduz um risco para a mulher. Nesse sentido, cumpre destacar a lição do Doutor Jorge Andalaft, ex-presidente da Comissão de Violência Sexual e Interrupção da Gestação da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, 2004, p.31 (FEBRASGO):

Há riscos à saúde da mulher tanto no período gestacional, quanto no parto. Esse é um parto muito complicado, com um risco aumentado na ordem de 22%. As complicações são decorrentes da própria deformidade do feto, que por não possuir caixa craniana formada, não encaixa corretamente para o parto, então temos fetos sentados, fetos atravessados e isso é um grande risco para a vida da mulher. O trabalho de parto costuma demorar entre 14 e 16 horas, enquanto os outros partos duram 6 horas.

Além do sofrimento físico da gestante de feto portador de anencefalia, a saúde psíquica se torna igualmente abalada, uma vez que a mulher grávida, após o diagnóstico, toma o conhecimento da incompatibilidade daquele nascituro com a vida extrauterina. Nesse contexto fático, o prosseguimento gestacional forçado coloca a gestante em contato com o filho mal formado, imperando os sentimentos de frustração e impotência.

Como se vê, negar a prática do aborto anencefálico quando há consentimento da gestante revela-se uma ofensa à saúde da mulher, em patente mácula a sua dignidade.

4.3.2.2 O direito à autonomia reprodutiva da gestante

O direito à autonomia reprodutiva encontra fundamento na Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 226, que trata acerca do planejamento familiar. Segundo o referido dispositivo, é de livre decisão do casal o planejamento família, cabendo ao Estado prover os meios necessários para o exercício de tal direito. Veja-se:

Art. 226

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Direito fundamental, devido a sua íntima ligação com a dignidade da pessoa humana, o direito à autonomia reprodutiva deverá ser exercido tanto para o prosseguimento gestacional do feto anencefálico, como para a interrupção dessa gravidez. Explica-se, tanto a decisão de manter a gravidez, quanto a de abortamento geram sofrimento na gestante. Entretanto, caso a mulher tenha tolhido esse seu direito de escolha, a saúde psíquica dessa pessoa restará abalada, haja vista que o sofrimento será bem maior.

Caso a gestante opte pelo prosseguimento da gestação, mesmo sabendo que o nascituro não sobreviverá após o parto, tal escolha lhe traz um considerável conforto. Por outro lado, se a mulher optar pela prática do abortamento, considerando-se o risco a própria saúde, bem como a inviabilidade da vida do anencéfalo, tal decisão também lhe conforta.

Ora, sofrimento físico, psíquico e social maior não do que o da gestante que, recebendo o diagnóstico de feto anencefálico, lhe é negada a autonomia reprodutiva, seja na decisão de prosseguir, seja na de interromper a gestação.

4.4 Estudo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54

Cumpre, nesse momento, antes de uma análise mais acurada acerca da ADPF nº 54, fazer algumas elucidações sobre a ação constitucional denominada de Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais.

O fundamento constitucional da ADPF encontra-se no artigo 102, parágrafo primeiro, da Constituição Federal. Segundo o referido dispositivo, essas ações serão apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. No plano infraconstitucional, todas as regras disciplinadoras da ADPF encontram-se na Lei nº 9882/1999.

Ademais, as hipóteses de cabimento previstas no ordenamento jurídico são: a) lei municipal que viole diretamente preceito fundamental da Constituição Federal; b) lei distrital de natureza municipal que viole diretamente preceito fundamental da Constituição Federal; c) normas pré-constitucionais; d) atos normativos secundários (portarias, autos de infração, decretos meramente regulamentares, entre outros). Registre-se que, a despeito de possuir caráter residual, o mencionado rol não é taxativo, haja vista que a ADPF ainda encontra-se em fase de transição e amadurecimento.

Isto posto, passemos ao objeto da ADPF nº 54, bem como as suas principais decorrências.

4.4.1 A petição inicial da ADPF nº 54 e os argumentos da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS)

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), em 17 de junho de 2004, ajuizou a ADPF nº 54, com fulcro nos artigos 102, parágrafo 1º, e 103, I, que lhe garante a legitimidade ativa, ambos os dispositivos da Constituição Federal, além dos artigos 1º e seguintes da Lei nº 9882/99, que disciplina a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Na ocasião, a entidade de terceiro grau em tela pleiteou, perante o Supremo Tribunal Federal, a declaração de inconstitucionalidade do impedimento da antecipação terapêutica do parto em casos de gestação com anencefalia. Requereu, ainda, em sede de cautelar, que fosse

concedido provimento liminar suspendendo o trâmite de processos que versassem sobre o tema.

Na peça vestibular, a CNTS indicou como preceitos fundamentais violados o artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana), o artigo 5º, II (legalidade, sob o aspecto da autonomia reprodutiva) e os artigos 6º, *caput*, e 196 (que conferem o direito à saúde), todos da Carta Magna. Ademais, indicou como atos normativos do poder público causadores da lesão, os artigos 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal brasileiro.

A fim de fundamentar a pretensão da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), o então advogado Luís Roberto Barroso, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, valeu-se, em síntese, dos seguintes argumentos: I – a anencefalia é uma má formação congênita incompatível com a vida extrauterina. Em muitos dos casos, os fetos anencefálicos morrem no período gestacional, já aqueles que nascem com vida, morrem algumas horas após o parto; II – Diagnosticada a anencefalia, não há nada que a Ciência Médica possa fazer com o escopo de viabilizar a vida extrauterina do feto. Este terá uma morte certa e inevitável; III – a gravidez de feto anencefálico causa sérios riscos à saúde da gestante, em verdade, bem superiores aos decorrentes de uma gravidez normal; IV – rigorosamente, no caso de gravidez de feto anencefálico, a interrupção gestacional não constitui, sequer, crime de aborto, haja vista que o nascituro apresenta uma má formação no encéfalo que inviabiliza sua vida extrauterina. O aborto, considerado ilícito penal, inclusive tipificado pelo Código Penal brasileiro, pressupõe a potencialidade da vida do nascituro após o parto, o que não ocorre nos casos de anencefalia; V – impor à mulher o prosseguimento gestacional, por nove meses, de um feto que sabidamente, não sobreviverá após o parto, além do sofrimento físico, abala a sua saúde psíquica, ao causar frustração e angústia. Tal conduta estatal revela grande ofensa à dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito; VI – O Código Penal brasileiro (Decreto-lei nº 2.848/40), como se pode inferir, é datado da década de 1940. À época, não havia tecnologia necessária para o diagnóstico da anencefalia, daí o porquê de a interrupção gestacional no caso dos fetos anencefálicos não figurar entre as hipóteses de excludente de ilicitude no crime de aborto.

4.4.2 A decisão do Ministro Marco Aurélio Mello e o deferimento da medida liminar

A demanda proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde (CNTS) revelou-se polêmica desde o seu início. Nos autos, em 1º de julho de 2004, o Ministro Marco Aurélio, monocraticamente, deferiu o pleito liminar autorizando interrupção da gravidez em casos de gestação de anencefálicos. Entendeu o ministro que os requisitos autorizadores da concessão da medida, a saber, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, restavam-se configurados. Veja-se, a seguir, importante trecho da referida decisão:

A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados mercedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável. [...]

Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é ínsito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em 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 anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie. (STF, ADPF 54 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJ 02.08.2004).

Cumpra esclarecer que o referido *decisum* foi submetido ao Pleno do Supremo Tribunal Federal, o que culminou na revogação da medida, no tocante à autorização da interrupção gestacional nos casos de anencefalia, permanecendo mantida a suspensão dos processos e das decisões não transitadas em julgado relativas à matéria.

4.4.3 O parecer da Procuradoria Geral da República

A procuradoria Geral da República, por meio do ex-Procurador Geral da República, à época Cláudio Lemos Fonteles, requereu o indeferimento do pleito da Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde (CNTS). Em seu parecer, ele frisou que o Código Penal adota a regra da estrita legalidade, não sendo possíveis interpretações analógicas. Tal fato obstaría o aborto nos casos de anencefalia.

Para o representante do *parquet*, há, apenas, duas situações extintivas de punibilidade em relação ao aborto, e estas estão dispostas de forma precisa no artigo 128 do Código Penal pátrio, de modo que a anencefalia não se encaixa em nenhuma delas, senão vejamos:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Segue aduzindo, em seu parecer, que a Carta Magna garante a inviolabilidade do direito à vida. Este deverá ser resguardado ao máximo, posto que tal direito seria um pressuposto para a garantia dos demais direitos fundamentais. Acerca do direito à vida, ainda, completou asseverando que, além da Carta Magna, muitos diplomas internacionais zelam por tal direito desde a sua concepção.

Por fim, cumpre destacar as palavras do ex-Procurador em relação ao Princípio da Proporcionalidade entre o direito à vida dos anencefálicos *versus* os direitos da gestante: “o sofrer uma dor, mesmo que intensa, não ultrapassa o por cobro a uma vida, que existe, intrauterina, e que, seja sempre reiterado, goza de toda a proteção normativa, tanto sob a ótica do direito interno, quanto internacional”.

4.4.4 A ADPF nº 54 e os argumentos da CNBB

A Confederação Nacional dos Bispos Brasileiros (CNBB) requereu o ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, apresentando memoriais, o que foi, prontamente, negado pelo Ministro Relator do Processo. Naquela ocasião, postulou, ainda, a revogação da medida cautelar deferida liminarmente.

De acordo com a CNBB, uma decisão monocrática e precária não poderia ter o condão de positivar uma nova hipótese de exclusão de punibilidade, nos casos de aborto, haja vista que é vedado ao Poder Judiciário atuar com legislador positivo, em decorrência do Princípio da Separação dos Poderes. Para a entidade em tela, a matéria é de grande relevância, e merece ser debatida em maior amplitude.

Em seus memorias, a CNBB optou pela defesa do direito à vida, de forma incondicional, de modo que, o feto anencefálico, conquanto seja inviável a sua vida extrauterina, é ser vivo merecedor de proteção jurídica. Entre a o patente mal-estar da gestante e a idoneidade do feto, a CNBB opta pela defesa deste.

Asseverou, ainda, que os avanços da medicina não habilitam a inobservância às concepções éticas e morais da sociedade, e que o dever dos médicos é, de forma irrestrita, resguardar o direito à vida, e não eliminá-la.

4.4.5 O julgamento da ADPF nº 54

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 foi baseado na análise da colisão de direitos fundamentais existentes no caso de aborto de feto anencefálico. Conforme analisado anteriormente, o direito à vida do nascituro estava em colisão com os direitos da gestante, notadamente os direitos à saúde e à autonomia reprodutiva.

Em sessões realizadas nos dias 11 e 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal, por oito votos a dois, houve por bem julgar procedente a ADPF nº 54, entendendo que não é crime interromper a gravidez em caso de fetos anencefálicos. Nesse contexto, as gestantes que decidem pela interrupção da gravidez, bem como os médicos que fazem a cirurgia, não cometem crime de aborto. Restou-se, declarada, portanto, a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126, *caput*, 128, I e II, do Código Penal.

Registre-se que o Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido de participar do julgamento da ADPF em apreço, posto que havia participado do processo como Advogado Geral da União anteriormente, e, naquela ocasião manifestara-se favorável à procedência do pleito.

Os ministros Ayres Brito, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio Mello (relator do processo) e Rosa Weber votaram pela procedência da ADPF nº 54. Por outro lado, os ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski manifestaram-se pela improcedência da demanda. A seguir serão expostos, de forma sintética, os principais argumentos utilizados pelos eminentes ministros no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

O Ministro Marco Aurélio Mello entendeu que a interrupção gestacional nos casos de feto anencefálico é conduta atípica. O ministro descreveu que o anencéfalo não teria vida em potencial, de sorte que não se poderia cogitar a configuração de aborto eugênico, o qual pressuporia a vida extrauterina de seres que discrepassem de padrões moralmente eleitos. Ademais, entendeu que o tema envolveria a dignidade da pessoa humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, notadamente os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Ainda de acordo com o Ministro relator da ADPF nº 54, a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencefálico não se coadunaria com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. De acordo com Marco Aurélio Mello, o feto anencefálico, mesmo que biologicamente vivo, já que formado por células e tecidos vivos, seria juridicamente morto, de maneira que não deteria proteção jurídica, principalmente a jurídico-penal.

A Ministra Rosa Weber, seguindo o relator, manifestou pela atipicidade da conduta consistente na interrupção gestacional de fetos anencefálicos. Segundo a ministra, o exercício de direitos do nascituro estaria condicionado a seu nascimento com vida, quando adquiriria personalidade civil. Ainda de acordo com Rosa Weber, não se trataria de interpretação do artigo 128 do Código Penal (que definiria as excludentes de ilicitude), mas dos artigos 124 e 126, no tocante ao fato de a anencefalia estar ou não incluída no conteúdo do tipo aborto. Desse modo, a discussão fundar-se-ia a respeito do conteúdo do tipo, e não sobre eventual existência de excludente.

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux entendeu haver ali caso de excludente de ilicitude. De acordo com o magistrado, o bem jurídico em eminência seria exatamente a saúde física e mental da gestante, confrontada em face da desproporcionalidade da criminalização do aborto.

Tal ponderação de preceitos denominar-se-ia “estado de necessidade justificante”, conseqüentemente o artigo 128 do Código Penal deveria receber releitura moral.

A Ministra Cármen Lúcia entendeu, da mesma forma, que nos casos em apreço, a interrupção da gravidez não seria criminalizável.

De acordo com o Ministro Ayres Brito, inexistiria crime de aborto, haja vista que o seu objeto seria natimorto cerebral, ser padecente de inviabilidade vital. Assim, o “aborto” de feto anencefálico seria espécie de coloquialismo, e não uso correto da linguagem jurídica, considerada a atipicidade da conduta.

Em sequência, segundo o Ministro Gilmar Mendes, o aborto de anencéfalo transitaria entre o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta. O magistrado aduziu que praticamente metade dos países membros da ONU reconheciam a possibilidade de interrupção da gravidez no caso de anencefalia do feto. Destacou que, nessa listagem, encontrar-se-iam os Estado com população de forte apelo religioso.

Para o Ministro Gilmar Mendes, o aborto seria típico, haja vista que o fato anencefálico poderia nascer com vida, ainda que precária. Com efeito, entendeu inadequado tratar o fato como atípico, porquanto parte da sociedade defenderia a vida e a dignidade desses fatos. Além disso, a gestação de feto anencefálico representaria maior risco para a saúde da mãe do que uma gravidez comum, do ponto de vista físico, embora não atingida a gravidade requerida no artigo 128, I, do Código Penal.

Em arremate, Gilmar Ferreira Mendes assevera que o aborto de anencéfalo estaria compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal, mas seria inimaginável para o legislador pátrio de 1940, pelas limitações tecnológicas à época existentes, incluir a hipótese no texto legal.

O Ministro Celso de Mello reputou atípica a conduta de interrupção gestacional nos casos de feto anencefálico, visto que, se nascessem, seriam natimortos cerebrais, ou seja, não haveria vida a ser tutelada pela norma penal.

O então Ministro Joaquim Barbosa exarou entendimento no sentido de que, em se tratando de feto com vida extrauterina inviável, como no caso dos fetos portadores de anencefalia, não há alguma possibilidade de que o nascituro venha a sobreviver fora do útero materno. Desse modo, a interrupção gestacional, em nome da saúde física e psíquica da

mulher não se contrapõe ao princípio da dignidade da pessoa.

Ademais, ao fazer a ponderação entre os valores tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da gestante, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer, pois, o direito de liberdade desta de optar por aquilo que melhor representa seus interesses, bem como seus sentimentos pessoais.

De modo diverso, o Ministro Ricardo Lewandowski considerou crime a interrupção da gravidez em caso de nascituro portador de anencefalia. Para o magistrado, o Código Penal isenta de pena duas hipóteses taxativamente definidas: no chamado “aborto necessário” e no denominado “aborto sentimental” (artigo 128, I e II, do Código Penal). Dessa forma, seria penalmente imputável o abortamento induzido de feto mal formado. Ademais, a isenção de pena relacionada ao aborto nos casos em tela seria discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que a deficiência poderia apresentar. Conclui o eminente Ministro que, por outro lado, abriria as portas para a interrupção da gestação em inúmeros outros casos.

O Ministro Cezar Peluso, da mesma forma, considerou crime a conduta de interromper a gravidez nos casos de feto portador de anencefalia. . De acordo com o Ministro, a morte encefálica seria distinta da anencefalia, a qual integaria, ainda que brevemente, processo contínuo e progressivo da vida. Ademais, a morte encefálica seria situação de prognóstico, de irreversibilidade em que não haveria sequer respiração espontânea, o que não seria a situação do anencéfalo. Nesse sentido, conclui que, não se pode invocar os direitos da gestante para, egoisticamente, eliminar a vida de outrem.

CONCLUSÃO

Considerando-se que os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana, e indispensáveis ao funcionamento de determinado Estado Democrático de Direito, tais direitos legitimam todo o ordenamento jurídico.

Com o advento da Constituição Federal, que conferiu uma proteção considerável aos direitos fundamentais, é bastante comum a ocorrência de conflitos entre eles. Ademais, devido à natureza principiológica de muitos dos dispositivos que resguardam direitos fundamentais, em face de uma colisão de normas estruturadas em princípios, deverá o intérprete proceder à ponderação axiológica entre eles no caso concreto, valendo-se do princípio da proporcionalidade. Conforme analisado, tal conflito configura-se no campo do valor, diferentemente dos conflitos envolvendo as regras, que se configuram no campo da validade.

Problematizando o tema, estudou-se a possibilidade de, em um determinado caso concreto, se excluir por completo determinado direito fundamental colidente. Frise-se que tal questão possui natureza complexa, considerando-se a igual hierarquia normativa desses direitos.

A discussão sobre interrupção gestacional de fetos anencefálicos, a despeito do julgamento da ADPF nº 54, não se deu por encerrada. Embora o julgamento do Supremo Tribunal Federal tenha sido favorável à Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), é de se ver que a população encontra-se dividida, demandando, assim, uma discussão mais ampla acerca do caso, para que, ao final, seja proclamada, pelo Poder Legislativo, norma representativa dos anseios da população.

Ora, os direitos em conflitos no contexto da ADPF nº 54, a saber, o direito à vida do nascituro anencefálico, e o direito à saúde e à autonomia reprodutiva da mulher, representam um delicado conflito, haja vista que acarretará inevitavelmente enorme sofrimento, seja na decisão pelo abortamento, seja na decisão de prosseguimento gestacional. Nesse caso, um dos direitos terá que ceder em prol do outro. Por isso, a sociedade civil, por meio de seus representantes eleitos, deverá promover um intenso debate, a fim de que se edite lei específica

sobre o assunto, conferindo ao caso a segurança jurídica necessária.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília: Letras Livres, 2004. Disponível em: <http://www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade_final.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2014.

BASTOS, Cleverson Leite; KELLER, Vicente. **Aprendendo a aprender**: introdução à metodologia científica. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 abri. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

Decisão liminar proferida pelo ministro Marco Aurélio Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14798750/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df-stf>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FONTELES, Cláudio. **Parecer do ex-Procurador Geral da República na Arguição de**

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Disponível em <<http://www.domluizbergonzini.com.br/2012/01/anencefalia-adpf-54-parecer-do.html>>.

Acesso em 16 de ago. 2014.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição.** 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional.** 4.ed. São Paulo: Método, 2014.

PENAL, Código. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 abri. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

.