

UMA ANÁLISE DA ADPF N. 54/DF E A INÉRCIA DO LEGISLATIVO PERANTE O TEMA ABORTO

AN ANALYSIS OF ADPF N. 54/DF AND THE LEGISLATIVE INACTION IN THE ABORTION THEME

Bruna de Freitas do Amaral¹

SUMÁRIO: Introdução. 1 A questão do aborto no Brasil. 2 ADPF nº54/DF. 2.1 Técnicas de resolução de conflitos. 2.2 Argumentação científica *versus* argumentação religiosa. 3 No olho do furacão: o que as mulheres têm a dizer sobre o aborto? 4 Conflitos legislativo x judiciário. Considerações Finais. Referências

RESUMO: O aborto é tema controverso no Brasil. Apesar das intensas discussões sobre a temática, o Poder Legislativo demonstra grande dificuldade em dar uma resposta à sociedade sobre a questão, evidenciando-se, ao longo dos últimos anos, infrutíferas proposições de diversos projetos de lei antagônicos. Nesse contexto, o Judiciário é convocado para decidir sobre questão incidental que envolve a temática: o aborto em caso de feto anencéfalo. Em sua decisão, altamente politizada, o Supremo cria uma nova regra: o feto anencéfalo não é vida, por isso, a interrupção da gravidez é permitida. Nota-se, ainda, que o STF furta-se da ponderação entre a autonomia da mulher sobre seu corpo e o direito a vida do feto, ressaltando-se que, ao fazê-lo, o Supremo evita brechas para novas hipóteses permissivas para o aborto e sufoca a discussão de gênero que a temática envolve. O questionamento levantado por esse artigo é se a criação dessa nova regra não caracterizaria a extrapolação das atribuições do Poder Judiciário, que, ao inovar normativamente, estaria invadindo a competência do Poder Legislativo. Em meio à crise das instituições, a questão do aborto permanece intocável, enquanto o debate presente na sociedade civil está em efervescência.

PALAVRAS-CHAVE: ADPF n. 54/DF; Conflito Legislativo e Judiciário; Aborto; Questão de gênero.

ABSTRACT: Abortion is a controversial issue in Brazil. Despite intensive discussions about the subject, the Legislative Power demonstrates great difficulty in giving an answer to society about the theme, showing up over the past few years several unsuccessful propositions of antagonistic bills. In this context, the judiciary is held to decide on a matter that involves incidental point on the subject: abortion in case of anencephalic fetus. In his decision, highly politicized, the Supreme creates a new rule: the anencephalic fetus is not life, so termination of pregnancy is allowed. We notice also that the STF avoids the balance between women's autonomy over their bodies and the fetus's right to life. In doing so, the Supreme avoids gaps for new permissive hypotheses for abortion and stifles the discussion of gender that the thematic involves. The question raised by this article is whether the creation of this rule does not characterize the extrapolation of the powers of the judiciary, which, in innovating normatively, is invading the jurisdiction of the legislative. Amid the crisis of institutions, the issue of abortion remains untouched, while the debate in the society is in turmoil.

KEYWORDS: ADPF n. 54/DF; Conflict Legislative and Judiciary; Abortion; Gender problems.

Introdução

No Brasil, o aborto é criminalizado por meio dos artigos 124 a 126 do Código Penal, admitindo-se a sua ocorrência apenas nos casos em que a gravidez seja resultante de estupro ou existência de risco de vida para a gestante. Há, contudo, um questionamento, que provém especialmente de núcleos feministas, quanto à permanência da criminalização dessa conduta.

Os dados médicos relacionados ao aborto apontam que o tema não é pacífico entre as mulheres, merecendo essa questão uma minuciosa reanálise. A curetagem pós-aborto já se apresenta como o segundo procedimento obstétrico mais realizado nos

¹ Graduada em direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP. Mestranda em “Direito, Estado e Constituição” pela Universidade de Brasília – UnB. Aluna visitante do “Centre for Socio-Legal Studies” de janeiro a julho de 2014 da University of Oxford, Cidade de Oxford, Reino Unido. A presente pesquisa é financiada pela CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

hospitais públicos do país (VILLELA; BARBOSA, 2011, p. 37), o que deixa transparecer que muitas gestantes são adeptas à prática abortiva.

Segundo pesquisa realizada pela Universidade de Brasília, uma em cada cinco mulheres no Brasil com quarenta anos de idade já realizou ao menos um aborto (VILLELA; BARBOSA, 2011, p. 62). Trata-se de um expressivo número de casos, o que demonstra a relevância e interferência do tema diretamente na vida de milhares de mulheres todos os anos.

Nesse contexto, a importância da decisão proferida pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF resta evidenciada. Tal ação, apesar de não tratar diretamente da questão do aborto, trabalha, de forma implícita, com essa temática, pois lida com a questão da interrupção da gravidez. Inclusive, o ponto central enfrentado pela ADPF que julgou o caso dos anencéfalos foi a busca pela comprovação de que a interrupção da gravidez, naquele caso, não representava uma conduta abortiva, elucidando a dificuldade de dissociação de ambas as práticas.

O ponto a ser levantado a respeito de tal decisão é a forma como ela se furta à argumentação ponderativa, recurso tão comumente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal (NEVES, 2013, p. 201), promovendo a criação de uma regra: não há vida no anencéfalo, portanto, a interrupção da gravidez é legal. Ressalta-se que, ao evitar o recurso da ponderação entre os dois bens jurídicos envolvidos na questão: a autodeterminação da mulher sobre o seu corpo e o direito a vida do feto, a questão de gênero envolvida no caso é abafada, pois se deixa de discutir o direito da mulher sobre seu corpo e os limites da intervenção estatal sobre o mesmo.

Na referida decisão havia o combate entre duas linhas de argumentação: a científica e a religiosa. A argumentação de cunho científico demonstrava que não existia vida no feto anencéfalo, pois se tratava de um ser desprovido de racionalidade e, adotando-se a tradição kantiana de que o ser humano é um ser racional, não havia vida humana no feto com esse tipo de deficiência, sendo admitida a interrupção da gravidez. Quanto à argumentação de cunho religioso², esta centrou-se na afirmação de que o feto anencéfalo é vida, a qual, por ser sagrada, torna o procedimento da interrupção da gravidez inaceitável.

Não é o objetivo desse artigo investigar se a assunção, por parte desses magistrados, de que não há vida no feto anencéfalo foi melhor ou não. Pretende-se aqui mapear as argumentações levantadas, tanto por parte daqueles que defendem um posicionamento científico quanto daqueles que defende uma argumentação religiosa, ao verificar em quais pontos esses discursos se identificam e se distanciam, alertando sobre a extrema politização da decisão, que não se ateu à investigação dos preceitos jurídicos envolvidos no caso, construindo a decisão em meio a um debate político-moral.

O artigo procura chamar a atenção para a preocupante tendência à inovação normativa por parte do STF, situação evidenciada na decisão do caso dos anencéfalos, no qual houve a elaboração de uma regra legal inexistente: o anencéfalo não é vida. Além disso, busca-se desvelar o abandono, pelo Supremo, de seu principal método de interpretação: a via ponderativa, e as implicações trazidas ao evitá-la.

A temática do aborto levanta a discussão do conflito entre Poder Legislativo e Judiciário, verificando a ocupação, pelo Supremo, de atividade tipicamente relegada ao Legislativo: a criação normativa³ (VIEIRA, 2008, p. 452). Diante da pluralidade de opiniões que envolvem a questão do aborto, observa-se a inércia do Legislativo e a

²Tal argumentação foi levantada em audiências públicas realizadas durante o processo, em que membros de diversas religiões afirmavam que a vida é sagrada e não cabe ao homem ceifá-la.

³ “[...] o judiciário sabe que a ele não foi conferido um poder de inovar na ordem jurídica” (VIEIRA, 2008, p. 452)

assunção de suas funções pelo STF, o qual passa a inovar nessa matéria, que apresenta cunho político ideológico extremamente relevante.

1 A questão do aborto no Brasil

O aborto no Brasil é um tema que permeou todas as esferas de Poder: o Legislativo, o Executivo e, de forma incidental (feto anencefálico), o Judiciário por meio da ADPF n. 54/DF.

No âmbito executivo, a questão do aborto foi muito questionada no momento da candidatura da atual presidente Dilma Rousseff, em que setores mais conservadores da sociedade acreditavam que, após eleita, ela se dedicaria em descriminalizar o aborto. Investigações jornalísticas mostram que Dilma apenas conquistou o apoio da Igreja Católica após pactuar com essa instituição que ela não defenderia o aborto se eleita. (VITAL; LOPES, 2012, p. 79)

Durante as eleições de 2010, discutia-se o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3, Decreto-Lei n. 7037 de 2009, em que diversos temas polêmicos, incluindo o casamento gay e a descriminalização do aborto, eram objeto de discussão. Objetivava-se por meio de tal plano criar políticas públicas na área de Direitos Humanos. No entanto, o governo Lula recuou, retirando de pauta os temas mais polêmicos, inclusive o aborto, pelo receio de que a aprovação desse projeto refletisse de forma prejudicial na imagem da candidata do PT à presidência, em especial, pelas fortes críticas que o programa sofreu por parte dos militares, ruralistas, católicos e a grande mídia. (VITAL; LOPES, 2012, p. 79)

Além do PNDH-3, o qual foi lançado pelo governo em 21 de dezembro de 2009, houve outras tentativas de debate sobre a temática do aborto. Em 2005, um Projeto de Lei, substitutivo ao PL 1135/91, criado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres pretendia retirar do Código Penal a tipificação de crime a conduta abortiva provocada pela própria gestante ou com o seu consentimento (VITAL; LOPES, 2012, p. 66). A proposta, contudo, foi recusada pela Câmara dos Deputados nas três vezes em que foi colocada em pauta, culminando em seu arquivamento.

Recentemente, tramita o Projeto de Lei n. 478/2007, denominado Estatuto do Nascituro, que garante ao embrião todos os direitos da personalidade que são atribuídos a uma pessoa. Trata-se de uma resposta dos setores religiosos às tentativas de legalização da prática do aborto. O projeto conta com tópicos polêmicos, como a proibição do aborto em qualquer situação e a atribuição de um auxílio financeiro para a mãe cuja gravidez seja resultante de estupro, uma espécie de contribuição governamental para as despesas da criança.

O referido projeto de lei foi rechaçado por estudiosos da saúde e da temática de gênero (MOURA; BRAGA, p. 2010), que o acusaram de suprimir direitos reprodutivos da mulher já defendidos na legislação vigente – como o aborto em caso de estupro ou risco de vida para a gestante. Defensores da proposta afirmam que a vida da mãe não pode ser sobrevalorizada à vida do feto.

O projeto, segundo vertente defendida por feministas, estaria de acordo com o processo de “recrudescimento de posturas fundamentalistas, tanto políticas quanto religiosas, no sentido de fazer retroceder direitos já conquistados pelas mulheres em termos sexuais e reprodutivos”(VITAL; LOPES, 2012, p. 53). A proposta, ainda que polêmica, conta com o apoio de grande parcela da sociedade civil, chegando a reunir

cerca de quinze mil pessoas em uma marcha a favor da aprovação do Estatuto do Nascituro em São Paulo- SP. (CNBB, 2011)

A argumentação utilizada, veiculada principalmente por setores religiosos, postula que a campanha contra o aborto representa, na verdade, uma campanha a favor da vida⁴(BRASIL, 2012, p. 24). Essa afirmação é combatida por aqueles que alegam que uma argumentação pró-vida é incongruente com os dados estatísticos da taxa de óbito de mulheres que passaram pelo procedimento do aborto de forma ilegal. Na verdade, segundo afirmam, a única vida que é defendida é a vida do feto, como se esse fosse independente do corpo materno, enquanto a taxa de óbito de milhares de gestantes, que se submetem a abortos irregulares, é ignorada.⁵ (VILLELA; BARBOSA, 2011, p. 58)

Apesar do Estatuto do Nascituro dispor de uma postura mais rígida perante a atitude abortiva, o Legislativo demonstra que o movimento de recrudescimento na punição desse crime não é pacífica entre os parlamentares. O projeto de Reforma do Código Penal (PLS 236/2012) prevê a ampliação das hipóteses de exclusão da punibilidade desse delito, postulando a possibilidade de aborto para, além das situações legais já permitidas, em casos de: emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; anencefalia comprovada, assim como outras deficiências que inviabilizem vida extra-uterina do feto e, por fim, em caso de constatação, por médico ou psicólogo, de ausência de condições psicológicas da grávida em arcar com a maternidade, desde que haja seu consentimento e a prática abortiva for praticada até a décima segunda semana de gestação.

A Reforma do Código Penal prevê, ainda, penas mais brandas do que as vigentes para a gestante que pratica esse crime, reduzindo-a de um a três anos para seis meses a dois anos. O novo projeto, portanto, flexibiliza o aborto, mas não o exclui enquanto tipo penal.

Cabe, nesse ponto, a ressalva de que tal ordenamento configura apenas uma proposta de modificação, dependendo a sua implementação da anuência dos parlamentares ao projeto. No entanto, o mais relevante na discussão da Reforma do Código Penal em face do Estatuto do Nascituro é a contraposição, que pode ser facilmente verificada, entre os dois projetos. As propostas legislativas adotam posturas antagônicas, o que obstaculiza a tomada de uma posição contundente por parte dessa esfera de Poder. As diversidades de opiniões, que são características dentro de uma discussão democrática, dificultam o consenso, o qual é altamente penoso no processo legislativo de um Estado de Direito.

Enquanto o Legislativo não se define por uma postura mais rigorosa (Estatuto do Nascituro) ou flexível (Reforma do Código Penal) quanto ao aborto, a análise dos eventos transcritos demonstra que o aborto é um tema em plena efervescência na sociedade brasileira. A temática, que tem sido levantada perante diversos casos,

⁴ Essa argumentação também foi levantada na apreciação da ADPF 54, em que a professora Lenise Aparecida Martins Garcia, titular do Departamento de Biologia Molecular da Universidade de Brasília, representando o Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem aborto, em sede de audiência pública, afirmou que: “o respeito à vida do feto portador de anencefalia deve ser defendido não só por correntes religiosas ou humanísticas, mas também pela comunidade científica, por prudência, ante a falta de profundidade nos estudos sobre essa matéria até o momento”. (BRASIL, 2012, p. 24)

⁵ Na obra “Aborto, saúde e cidadania”, as autoras: Wilza Vieira Villela e Regina Maria Barbosa trabalham com essa questão. Segundo elas: “A relação entre criminalização do aborto e o óbito materno comprova que aqueles que defendem a criminalização do aborto tomando como argumento a defesa da vida estão equivocados. A criminalização do aborto não protege a vida, e sim provoca a morte, pois não inibe a prática e tira a vida de muitas mulheres”.(VILLELA; BARBOSA, 2011, p. 58)

demonstra os divergentes posicionamentos ideológicos que permeiam a questão.⁶ (VITAL; LOPES, 2012, p. 68)

No âmbito do judiciário, a última grande batalha envolvendo questão incidental sobre a temática, pois a demanda restringiu-se ao caso dos fetos anencéfalos, foi a ADPF n. 54/DF, a qual será analisada a seguir.

2 ADPF nº 54/DF

A ADPF que julgou a possibilidade de interrupção de gestação de feto anencéfalo foi decidida por oito votos pela procedência do pedido contra dois votos dissidentes. A ADPF nº 54/DF foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS e pretendia dar uma interpretação conforme a Constituição para os artigos 124 e 126 do Código Penal, pleiteando pela descriminalização do crime de aborto no caso de comprovado diagnóstico de anencefalia, o que, de fato, foi concedido.

A principal argumentação seguida pela maioria dos Ministros é de que não havia vida no feto anencéfalo e, por isso, o crime de aborto não estaria tipificado.

O voto do relator, Ministro Marco Aurélio, inicia com a afirmação de que “o tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres”. (BRASIL, 2012, p. 49)

Durante sustentação de seu voto, o ministro argumenta ostensivamente que não há vida no feto anencéfalo, constatação que ele faz a todo o momento, baseando-se para isso em dois fatores: o feto anencéfalo não tem vida porque ele não tem cérebro e, o feto anencéfalo não tem vida porque não há expectativa de vida extrauterina⁷ (BRASIL, 2012, p. 49). Ambos argumentos são aplicados de forma a se sustentar mutuamente, fazendo com que uma constatação seja amparada pela outra.

O debate principal do voto se pauta na discussão da não existência de vida do feto anencéfalo, colocando os demais pontos acima referidos pelo relator como complementos para aquilo que foi concluído em sua primeira argumentação.

Cabe ressaltar, também, que logo nos primeiros parágrafos de seu voto o ministro já explicita a sua estratégia argumentativa: “No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente”(BRASIL, 2012, p. 33). Isto posto, o relator já declara que não há bens jurídicos a serem ponderados, já que eles não estão em colisão. Neste ponto, vislumbra-se que o STF rompe com a sua usual prática de ponderação entre princípios.

2.1 Técnicas de resolução de conflitos

A ponderação é uma técnica de resolução de conflitos, cuja utilização é corriqueira na prática do Supremo Tribunal Federal.

Robert Alexy, estudioso alemão, é comumente utilizado como referência na utilização desse modelo nas decisões do STF. Segundo o autor, a melhor decisão é

⁶ “A controvérsia a respeito do aborto, como podemos notar, tornou-se uma forte arma de articulação entre atores religiosos/conservadores e feministas, a partir da qual, ao reconhecerem-se uns aos outros como adversários, disputam espaços de influência e possibilidades de intervenção direta na legislação e na garantia de direitos”. (VITAL; LOPES, 2012, 68)

⁷ A segunda afirmação pode ser constatada na seguinte passagem: “O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. [...] De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não.”(BRASIL, 2012, 49)

aquela que considera todas as variáveis que estão envolvidas na questão sob julgamento para a construção da melhor decisão, que será aquela tomada baseando-se em três critérios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁸ (ALEXY, 2008, p. 590-593)

O referido estudioso defende que, presente um conflito entre princípios, ele deverá ser resolvido da maneira que cause menor ofensa possível ao princípio vencido, sendo essa a melhor solução para o caso. Tal critério para solucionar conflito, atualmente, é amplamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal. (NEVES, 2013, p. 201)

No entanto, não é apenas no Brasil que essa técnica é utilizada. Alexander Aleinikoff, na sua publicação *“The Constitutional Law in The Age of Balancing”*, demonstra que o balanceamento é uma técnica de interpretação muito utilizada nos Estados Unidos. A metáfora do balanceamento refere-se a teorias de interpretação constitucional que são baseadas na identificação, valoração e comparação de interesses concorrentes. Uma opinião que é elaborada por meio de balanceamento seria, portanto, aquela que analisa a questão judicial por meio da identificação dos interesses envolvidos no caso e alcança uma decisão, ou constrói uma regra constitucional, por meio da assimilação de valores para os interesses identificados. (ALEINIKOFF, 1987, p. 943-1005)

O método do balanceamento apresenta-se tão enraizado na jurisdição constitucional que pensar em outra forma de interpretação constitucional pode ser uma tarefa difícil. No entanto, Aleinikoff afirma que antigamente a metodologia utilizada era diversa. Antes, a corte até reconhecia os embates de interesse, mas solucionava as disputas de modo categórico. Não havia distinção do peso relativo dos interesses públicos e privados. (ALEINIKOFF, 1987, p. 943-1005)

O autor afirma, ainda, que apesar do balanceamento ter como principal foco a avaliação e comparação dos interesses em jogo, tal método não apresenta critérios objetivos para tanto.

Por meio da lógica do balanceamento não é possível estabelecer, de acordo com Aleinikoff, uma escala em que o valor de cada interesse em questão possa ser objetivamente comparável, sem que se recaia nas preferências pessoais dos juízes. Para ele, há pouca discussão sobre os padrões de valoração, deixando obscuros os critérios valorativos sopesados. (ALEINIKOFF, 1987, p. 943-1005)

Marcelo Neves faz uma crítica semelhante, criticando a ponderação desmedida ao afirmar que “com a ponderação sem limites ou a compulsão ponderadora, a racionalidade política torna-se inteiramente irracional para o sistema jurídico do Estado de direito e a racionalidade jurídica torna-se irracional para o sistema político do Estado democrático” (NEVES, 2013, p. 196).

Para o autor, a utilização extrema de princípios, denominado por ele como “compulsão ponderadora”(NEVES, 2013, p. 196), fragiliza a consistência da decisão, com o risco da técnica “servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição.”(NEVES, 2013, p. 196). Na análise da

⁸ Alexy, no pós-fácio da sua obra: “Teoria dos direitos fundamentais” define esses três critérios. Segundo ele, a adequação “tem, na verdade, a natureza de um critério negativo. Ela elimina meios não adequados”(p. 590). Quanto à necessidade, “ela exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso.” (p. 590). Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, “expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. Ela é idêntica a lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro.”(p. 593).(ALEXY, 2008, p. 590-593)

ADPF n. 54/DF, Marcelo Neves evidencia esse abuso de princípios na argumentação trazida pelo Procurador-Geral da República que, postulando pela defesa do princípio da solidariedade, defende a manutenção da gravidez para a viabilidade da doação dos órgãos da criança após o seu nascimento. O abuso se constitui no fato da voluntariedade ser o principal requisito dessa ação, o que, em face da obscuridade da vontade do morto, a decisão é tomada pelos seus familiares, sendo incongruente obrigar a mãe aguardar pelo nascimento de um filho se a doação de seus órgãos não é de sua vontade. (NEVES, 2013, p. 220)

Na ADPF n.54/ DF, a técnica ponderativa foi utilizada na fundamentação da Ministra Rosa Weber. Em sua argumentação a ministra sopesou entre o direito à vida do feto, que para ela não se tratava de caso de inexistência de vida humana, e a autonomia da mulher sobre seu corpo. Segundo o voto da ministra, não se sabia ao certo qual direito estava em discussão quando se tratava da defesa do feto anencéfalo, e, diante da falta de expectativa de vida extrauterina e ausência de pronunciamento do legislativo sobre a matéria, o direito da mulher, que se apresentava em clarividência, deveria ser protegido. (BRASIL, 2012, p. 124-433)

Ressalta-se que a argumentação assim estruturada atribui força para o discurso do empoderamento da mulher sobre o seu corpo, o que atinge diretamente a questão do aborto. Admitir a existência de vida no feto anencéfalo e ponderar esse direito com a autonomia da mulher, faz reacender o debate sobre o aborto. A utilização da ponderação para o caso dos anencéfalos, portanto, tocara diretamente na temática do aborto, o que faria dessa decisão uma abertura normativa para o questionamento de novas hipóteses permissivas.

Apesar do voto da Ministra estar em consenso com a decisão final (procedência do pedido), sua linha argumentativa não foi seguida pelos demais Ministros que, não recorrendo ao sopesamento, optaram pela criação de uma nova regra normativa: o feto anencéfalo não tem vida.

A ressalva que o artigo faz, à luz da análise dessa decisão, é que, assim como a abuso na utilização dos princípios, a criação de regras pelo STF causa, igualmente, inconsistência das suas decisões.

A determinação de inexistência de vida no feto anencéfalo é uma inovação normativa de cunho ideológico-político. Da mesma forma em que o abuso na utilização de princípios e a ponderação extremada “atuam como um estímulo de um ‘casuísmo’ descomprometido com a força normativa da constituição e da autoconsistência constitucional do sistema jurídico”(NEVES, 2013, p. 201), a criação de novas regras que não estavam presentes no jogo contribui para a criação de decisões inesperadas, reduzindo as expectativas sobre o resultado, o qual passa a ser imprevisível.

A promoção de audiências públicas em sede de decisões judiciais, conforme ocorreu na decisão da ADPF n. 54/DF, contribui para a politização exagerada do judiciário. Conforme ressalta Oscar Vilhena Vieira, “as audiências públicas impõem ao Supremo debruçar-se sobre argumentos que não são de natureza estritamente jurídicas” (VIEIRA, 2008, p. 453).

Para a formação de uma decisão judicial é preciso adequar a lei à realidade social⁹ (NEVES, 2013, p. 224), contudo, a crítica é que a referência a fatores externos ao direito não deve centralizar a problemática, politizando, em exagero, o Judiciário.

A análise dos argumentos levantados no caso dos anencéfalos mostra que a discussão política protagonizou o debate, promovendo um conflito, basicamente, de dois pólos: o científico (representado especialmente pela classe médica) e o religioso

⁹ Para Marcelo Neves, essa adequação é chamada de heterorreferência. (NEVES, 2013, p. 224)

(defendido pelas entidades religiosas). A construção da discussão dessa forma favoreceu a politização do discurso, proporcionando uma autuação do Supremo para além de legislador negativo. Diante desse cenário, o resultado foi a inovação normativa: a criação de uma regra antes inexistente: o feto anencéfalo não é vida, portanto, a interrupção da gravidez é permitida.

2.2 Argumentação científica versus argumentação religiosa

Adotando-se exclusivamente o critério da racionalidade¹⁰ (LUNA, 2009) como indicador determinante de vida humana, seguindo clara influência kantiana, declara-se a não existência de vida humana no feto na decisão da ADPF n. 54/DF. Trata-se de uma escolha que se aproxima da argumentação científica levantada por médicos em audiências públicas realizadas durante o processo. Segundo essa linha argumentativa, a atividade cerebral é o critério médico para determinar se há vida em uma pessoa ou se ela está morta. Assim, representando a morte cerebral o fim da vida, a inexistência de cérebro e, como consequência, ausência de atividade cerebral, faz do feto anencéfalo um natimorto.

A decisão faz a opção clara pelo argumento científico em detrimento do argumento religioso, defendido por diversas entidades religiosas também em sede de audiências públicas. No entanto, ambos os posicionamentos se aproximam quanto a um elemento: a vida é imponderável face ao direito de autodeterminação da mulher sobre o seu próprio corpo.

Há, portanto, duas linhas de argumentação que são defendidas: aquela que afirma que não existe vida no feto anencéfalo e, portanto, o ato não pode ser caracterizado como aborto, sendo simplesmente um fato atípico (científica); e aquela que defende que há vida no feto anencéfalo e, conseqüentemente, há ocorrência da conduta típica de aborto com a interrupção da gravidez (religiosa).

Nota-se que, entre as duas linhas defendidas resta um vazio argumentativo, o que torna incogitável a hipótese de ponderação entre uma suposta vida do feto anencéfalo e a autonomia do corpo pela mulher. Sem o objetivo de levantar o questionamento se a interpretação dada pelo STF, que inadmitiu a existência de vida humana no feto anencéfalo, foi adequada ou não, o importante é ressaltar que tal escolha inviabiliza a discussão sobre a prática do aborto.

Durante seu voto, Cezar Peluso atenta-se para essa questão. O seu voto, posicionado pela improcedência do pedido, aponta, explicitamente, para a sua preocupação de que, caso a demanda fosse julgada procedente, isso significaria a abertura para novas ações questionando a permissibilidade do aborto para as mais diversas situações.¹¹(BRASIL, 2012, p. 396)

O Ministro indica que existem outras debilidades que, assim como na anencefalia, não há expectativa de vida extrauterina para o feto, as quais poderiam ser objeto de novas demandas para a prática do aborto perante o Poder Judiciário.

¹⁰ “O feto anencéfalo define-se pela ausência do que seria a propriedade essencial da espécie humana: a racionalidade.” (LUNA, 2009)

¹¹ “É possível imaginar o ponderável risco de que, julgada procedente esta ADPF, mulheres entrem a pleitear igual tratamento jurídico a hipóteses de outras anomalias não menos graves, ou porque a gravidez seja indesejada em si mesma, ou porque, à conta de fatores econômicos, sociais, familiares etc..., seria insuportável ou insustentável ter um filho”. (BRASIL, 2012, 396)

Entre as doenças que são incompatíveis com a vida extrauterina, a múltipla má formação congênita e anomalias no sistema urinário são os pleitos mais frequentes para a realização do aborto perante o judiciário.¹² (COSTA et al., 2005, p. 139-146)

Apesar da inexistência de expectativa de sobrevivência para o feto nesses casos, uma ação que visasse à permissibilidade da prática do aborto para além dos casos de anencefalia comprovada, correria mais risco de insatisfação de sua pretendida procedência. Uma demanda que visasse à interrupção da gravidez para todos os casos em que não há existência de chance de sobrevivência para o feto, poderia reforçar o argumento, que foi levantado pelos setores religiosos na ADPF n. 54/DF, de que se trataria da legitimação do aborto eugênico.

O contra argumento, que prevaleceu, é que no caso do anencéfalo não se tratava de aborto eugênico, pois não era caso de vida humana, diante da comprovada ausência de cérebro. Quanto às demais referidas anomalias graves, estas terão de continuar a serem decididas caso a caso pelos juízes até que o STF decida a respeito da questão ou o Legislativo se posicione.

Cabe ressaltar que assiste certa razão os pontos levantados pelo Ministro Cezar Peluso. Ao evitar a ponderação, entre a vida do feto – que para ele, diferentemente do que prevaleceu na decisão, tratava-se de vida humana – e a autonomia da vontade da mulher, continua a ser intocável a questão do aborto, evitando-se uma interpretação que trouxesse uma resignificação mais flexível a essa prática.

Segundo ele, a ponderação seria impossível, por se tratar de “bens tão manifestamente desproporcionais”¹³ (BRASIL, 2012, p. 407). Admitir a ponderação no presente caso seria colocar como possível a ponderação da autonomia da vontade da mulher em detrimento da vida do feto, atribuindo mais credibilidade aos discursos pró-aborto, que colocam como ponto central a necessidade da prevalência livre escolha da gestante.

Apesar de pontuar como imponderável o sofrimento da gestante face ao direito a vida do feto, há no nosso ordenamento jurídico permissibilidade, ainda de forma restrita, à supressão da vida humana.

Segundo decisão proferida pela ADI n. 3510, o embrião humano produzido artificialmente pode ser descartado. A título de exemplificação, cita-se, ainda, a possibilidade de condenação à pena de morte em caso de guerra e as duas causas de exclusão da punibilidade do aborto: a gravidez decorrente de estupro e a existência de risco de vida para a gestante.

Infere-se, portanto, que a vida não é um bem jurídico absoluto dentro do ordenamento pátrio. Nesse ponto, destaca-se a crítica feminista, que sustenta a existência de uma contradição dentro do ordenamento jurídico, afirmando que a problemática reside no não reconhecimento dos direitos reprodutivos da mulher, ao suscitar incongruência em se admitir a eliminação de um embrião que é gerado *in vitro*,

¹² “The most common abnormalities incompatible with life for which women request court authorisation to terminate a pregnancy are neural tube defects, including anencephaly, multiple congenital malformations and abnormality of the urinary system. In these cases there are only two options open to the woman, termination of the pregnancy or allowing the baby to be born, after which it will die within a short space of time”. (COSTA et al., 2005, p. 139-146)

¹³ “Não há, nesse esquema de ponderação de bens tão manifestamente desproporcionais, critério algum capaz de equilibrar ou compensar valores jurídicos díspares, nem de justificar, isto é, tornar justo o sacrifício desnecessário da vida em nome da tutela de sentimento cujo objeto é apenas livrar-se de uma dor sem culpa, que não é justa nem injusta, mas apenas humana” (BRASIL, 2012, p. 407)

mas não permitir a eliminação do mesmo quando ele se encontra inserido dentro do corpo da mulher.¹⁴ (VILLELA; BARBOSA, 2011, p. 31)

Na ADPF n. 54/DF, o objeto do pleito restringia-se ao caso do feto anencéfalo, mas a observação dos argumentos trazidos é relevante para a compreensão da forma com que essa questão é entendida perante o STF. A discussão sobre o aborto envolve muitas questões turbulentas, cujo debate iria além do pleito em litígio.

Contudo, frisa-se que a decisão apresenta a temática de forma pouco aprofundada, recorrendo retoricamente à argumentação da dignidade da mulher, colocando a questão, mas não a articulando com o objeto da causa.¹⁵ (LEAL, 2008, p. 529-547). O que foi decidido é que o feto não é vida, não é nada, e por isso, pouco importa a destinação que é dada a ele. Trata-se de uma estratégia de dar o direito de escolha a mulher de manutenção ou não da gravidez, que foi o resultado substancial da decisão, sem representar um avanço no direito da mulher de se autodeterminar. A questão do aborto, pano de fundo da discussão da ADPF n. 54/DF, permanece inalterada.

3 No olho do furacão: o que as mulheres têm a dizer sobre o aborto?

Apesar da questão de gênero não constituir a discussão central desse artigo, é importante destacar que a temática do aborto ventila temas polêmicos, entre os quais: o empoderamento da mulher sobre seu corpo, o debate sobre a temática de gênero e a discussão sobre os limites da intervenção estatal sobre os seus corpos.

Judith Butler, estudiosa da questão de gênero, argumenta que o corpo é condicionado por convenções históricas e o gênero é construído por meio de comportamentos repetitivos que terminam por incorporar um acordo coletivo de performance, produção e sustentação. (BUTLER, 1988, p. 519-531) Seguindo a linha de raciocínio da pensadora Simone de Beauvoir, Butler defende que gênero não é um fato natural e imutável, ele é fator construído historicamente.

Em uma cultura em que o universal faz referência direta ao masculino, o engajamento de discussões sobre matérias que dizem diretamente respeito às mulheres, ainda é um grande desafio.

A eclosão do movimento feminista acendeu uma onda de reivindicação pela igualdade material entre homens e mulheres, contra a evidenciada condição de sujeição. Apesar dos avanços, há um longo percurso para ser percorrido.

No Brasil, a participação política das mulheres ainda está muito abaixo do satisfatório. A Lei n. 9504 de 2007 determina em seu art. 10, §3º que cada partido ou coligação deve reservar ao menos trinta por cento de suas vagas legais para cada sexo. Apesar dessa imposição clara da lei, na prática, a reserva de vagas femininas não é cumprida. Na composição política do Congresso Nacional, a participação de mulheres não alcança os dez por cento, contando com quarenta e cinco deputadas federais e cento

¹⁴ “Essas argumentações contrárias ao direito ao aborto, que partem da ampliação do conceito de pessoa para definir o embrião e restringem o sentido ético e jurídico do direito à vida a seus aspectos biológicos, são bastante incongruentes com outros aspectos da realidade atual. Por exemplo, a mulher pode ser punida por se desfazer de um embrião que cresce em seu corpo, mas as clínicas de reprodução assistida estocam ou descartam embriões não utilizados.”(VILLELA; BARBOSA, 2011, p. 31)

¹⁵ “Pode-se perceber, neste sentido, uma ausência de diálogo dos fatos com o direito, pois a questão acabou por ser resolvida, notadamente, com base em conceitos e em uma apreciação de cunho essencialmente político, onde a discussão ficou adstrita a conveniência ou não de uma decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.”(LEAL, 2008, 529-547)

e trinta e quatro deputadas estaduais eleitas nas eleições de 2010 e 2012, respectivamente (SOARES, 2014).

A sub-representação da classe feminina torna-se mais evidente quando se verifica que as mulheres compõem a maioria do eleitorado brasileiro, atingindo a cifra de 51,95% (cinquenta e um e noventa e cinco por cento) do total. (SOARES, 2014)

Esse déficit representativo acarreta situação extremamente danosa para as mulheres. Diante da ausência de políticos que defendam seus interesses – resguardadas as devidas proporções e exceções – as eleitoras são obrigadas a tolerar que homens decidam sobre temas de maior interesse para o público feminino, como o aborto.

Diante desse cenário, os programas políticos voltados à transformação da condição das mulheres devem, primeiramente, considerar a situação de opressão inerente a esse gênero:

“one ought to consider the futility of a political program which seeks radically to transform the social situation of women without first determining whether the category of woman is socially constructed in such a way that to be woman is, by definition, to be in an oppressed situation.” (BUTLER, 1988, p. 522)

Essa reflexão é essencial, especialmente porque os congressistas, que irão votar os projetos, são majoritariamente homens e nunca experimentaram os tipos de sujeições sofridos pela classe feminina.

Quando se trata da questão do aborto, nota-se que, mesmo entre as mulheres, ele é um tema controverso. Devido à criminalização da prática, os dados que envolvem essa atividade são obscuros e difíceis de serem mapeados.

Segundo pesquisa realizada por Debora Diniz e Marcelo Medeiros, abrangendo mulheres entre 18 e 39 anos em todo o Brasil urbano, constatou-se que 15% (quinze por cento) de todas as mulheres entrevistadas afirmaram ter realizado ao menos um aborto. (DINIZ; MEDEIROS, 2010, p. 963). É um contingente expressivo e sua ocorrência varia de acordo com o grau de instrução da mulher – aquelas de menor instrução realizam mais abortos – e, também, conforme as suas convicções religiosas, sendo que as católicas praticam mais abortos do que as evangélicas e protestantes.

Ainda que o aborto configure um tema nada pacífico entre as mulheres, essa classe tem o direito a uma real representação parlamentar com possibilidade de debater sobre a temática em paridade com a classe masculina, seja para contestar a prática abortiva ou para defendê-la. Dentro de um Estado Democrático de Direito, o Legislativo é a esfera de poder com maior possibilidade e instrumentário para proporcionar tal feito.

Ana Maria D'Ávila Lopes enfatiza que: “As mulheres, tradicionalmente excluídas da participação política, precisam do estabelecimento de ações afirmativas que visem a reverter essa situação de desigualdade e exclusão”. (D'ÁVILA, 2006, p. 59). A implementação de tais ações evitaria que as mulheres continuassem a ser subrepresentadas e seus direitos decididos pelo sexo masculino, sem a possibilidade de participação, efetiva, no debate.

4 Conflito Legislativo x Judiciário

Na decisão da ADPF n. 54/DF foi levantada a questão de que caberia ao Legislativo decidir quanto à possibilidade ou não da interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo, sob pena de que, nesse caso, o Judiciário ultrapassaria a alçada de sua competência, criando mais uma hipótese de exclusão da punibilidade para o crime de aborto.

Cezar Peluso levanta essa questão em seu voto, e afirma que a decisão pela procedência da demanda causaria invasão na competência do Congresso Nacional, pois corresponderia a uma inovação normativa, o que é incompatível com a prerrogativa de legislador negativo que dispõe este órgão.¹⁶ (BRASIL, 2012, p. 413)

Além de Cezar Peluso, a fundamentação de que a decisão pela procedência do pedido extrapolaria a competência do STF foi a argumentação central do voto de Ricardo Lewandowski. (BRASIL, 2012, p. 245)

Conforme discussão levantada no item 1 deste artigo, o aborto é uma temática que já percorreu esferas dos três poderes, o que demonstra que há uma parcela significativa da população que discorda com a legislação em vigor de que o aborto deve ser criminalizado. No entanto, apesar das tentativas de modificação da legislação vigente, como exemplo a proposta do PL 1135/91 (a favor do aborto) ou o Estado do Nascituro (contra o aborto), nenhuma delas, até o presente momento, obteve êxito em promover qualquer modificação nessa questão no Brasil.

Isto ressalta a importância da ADPF n. 54/DF para a questão. Apesar da ADPF afastar a argumentação de que a decisão pela procedência do pedido consiste na permissão da prática do aborto para os casos de anencefalia, ela, contraditoriamente, promoveu uma alteração fática na temática do aborto. Antes dessa decisão, a interrupção da gravidez, ainda que o feto fosse anencéfalo, era considerada uma prática abortiva. Sob esse ponto de vista, a decisão trouxe uma inovação, ainda que negando que a fazia, na regulamentação do aborto no Brasil.

A decisão, portanto, cria uma nova regra, conforme já salientado, afirmando que por não haver vida no anencéfalo, a interrupção da gravidez é permitida. Tal afirmação compactua com o entendimento de que o STF “vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de ‘criação de regras’; logo, o Supremo estaria acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer intérprete constitucional, com exercício de poder”¹⁷ (VIEIRA, 2008, p. 446).¹⁸

A situação colocada levanta a discussão sobre o conflito de competência entre Judiciário e Legislativo. Segundo é defendido por uma linha de estudiosos, a expansão do Judiciário poderia ser resultado de uma crise do sistema representativo dentro da democracia brasileira (VIEIRA, 2008, p. 457), ocupando um espaço que, tradicionalmente, pertencia ao Poder Legislativo.

O órgão máximo do Poder Judiciário no Brasil é provocado com cada vez mais frequência para decidir sobre temas de grande relevância.¹⁹ (VIEIRA, 2008, p. 451) O deslocamento das grandes decisões do Poder Legislativo para o Poder Judiciário acarretou ganho de poder para o Supremo. Com isso, houve uma politização das

¹⁶ “Não temos, de veras, legitimidade para criar, judicialmente, essa hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em remédio absoluto que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional, responsabilizando-se por *inovação normativa* que a arguente e os adeptos de sua tese sabem muito bem que, na própria produção de lei, talvez não fosse adotada pelo Congresso Nacional, como intérprete autorizado dos interesses e das aspirações da maioria silenciosa do povo, que representa!” (BRASIL, 2012, p. 413)

¹⁷ Nessa passagem o autor defende, ainda, que esse poder que o STF goza hoje deveria ser restrito aos órgãos representativos, o que compactuaria com o sistema democrático: “Essa última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ser reservada a órgãos representativos, pois quem exerce o poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática”. (VIEIRA, 2008, p. 446)

¹⁸ Para ver mais sobre o assunto: TUSHNET, Mark. Taking the constitution away from the Courts. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

¹⁹ “Muitos poderiam ser os exemplos da expansão da autoridade do Supremo nestes últimos vinte anos. Afinal, é difícil pensar em um tema relevante da vida política contemporânea que não tenha reclamado ou venha a exigir a intervenção do Supremo Tribunal Federal”. (VIEIRA, 2008, p. 451)

decisões, cujo discurso aproxima-se cada vez mais de fatores politicamente relevantes do que debates quanto às problemáticas jurídicas que o caso sob análise invoca. (VIEIRA, 2008, p. 453)

Essa discussão é relevante quando se trata da questão do aborto. Enquanto a temática é debatida de forma controversa por diferentes setores da sociedade, verifica-se que o Legislativo, diante dos divergentes projetos de lei propostos, sem êxito em sua aprovação, mostra-se pouco eficiente em dar uma resposta à questão.

A manutenção da legislação da forma em que se encontra, em negligência às pressões sociais emergentes, rompe com o caráter democrático de que o Poder Legislativo se reveste. Atentando-se às tensões advindas da esfera pública, Marcelo Neves afirma que “é imprescindível que os procedimentos políticos estejam de tal maneira estruturados para absorver o dissenso da esfera pública, sem eliminá-lo, antes possibilitando-lhe e promovendo-lhe a emergência”. (NEVES, 2009, p. 72)

Nesse sentido, o autor afirma, ainda, que o povo desempenha grande influência seletiva dos interesses que serão representados, mas “os procedimentos políticos-constitucionais só encontram sua heterolegitimação se permanecem abertos ao dissenso presente na esfera pública”. (NEVES, 2009, p. 72)

Seguindo esse raciocínio, a política deve atender aos chamados dos grupos que divergem da ordem estabelecida. Ao tratar do aborto, temática que abarca preceitos morais, religiosos e científicos, o legislativo não pode se furtar a análise detalhada da questão, simplesmente ausentando-se. A pluralidade deve ser respeitada, o que implica que grupos dissidentes não sejam oprimidos, mas incluídos no debate democrático.

Quando se trata da questão política, o modelo constitucional deve suportar “o pluralismo em relação a partidos, a grupos de pressão, à opinião pública, etc”. (NEVES, 2009, p. 65) Dessa forma, ainda que se comprove que a maioria seja contra a prática do aborto, a minoria discordante deve ter direito a representação e voz, evitando-se, assim, a ocorrência de uma ditadura pela maioria.

Faz-se oportuno esclarecer que não é o objetivo desse artigo promover a defesa ou o combate à prática do aborto. O objetivo é levantar o debate sobre o aborto, face aos divergentes posicionamentos existentes e recentes enfrentamentos da questão em espaços públicos.

Diante da omissão do Legislativo, o STF foi provocado para dar uma resposta a uma questão pontual que envolve a problemática do aborto: anencefalia. Trata-se da ADPF n. 54/DF, cujo discurso empregado apresentou caráter eminentemente político. (VIEIRA, 2008, p. 461)

Compactuando com o mesmo entendimento, Oscar Vilhena Vieira alerta sobre a crescente politização do STF, afirmando que “os casos das células-tronco e dos anencéfalos são uma demonstração do potencial politizador desse mecanismo [controle de constitucionalidade].” (VIEIRA, 2008, p. 448)

A problemática que se coloca, nesse ponto, é que a invasão e conflito entre direito e política é prejudicial à estrutura democrática. Marcelo Neves esclarece que “o efeito destrutivo da política sobre o direito afeta não apenas a racionalidade jurídica, mas também produz consequências autodestrutivas para a própria racionalidade política democrática.” (NEVES, 2009, p. 81)

Nesse contexto, cabe o debate sobre a competência institucional desses dois órgãos. Neil Komesar ao tratar sobre a questão discute a respeito da necessidade de uma análise que privilegie uma visão bilateral entre os dois poderes. (KOMESAR, 1994, 212) O autor argumenta que o papel do Judiciário enquanto revisor constitucional deve ser atentamente estudado e delimitado. De acordo com o estudioso, as decisões judiciais de revisão legislativa, promovidas em sede de verificação da constitucionalidade, devem

abarcando o estudo de impacto da política pública que seja consequente à decisão tomada, além de prestar a devida justificativa que fundamente a alteração engendrada: *“The courts must take tough institutional choices. But, when the courts decide to decide and offer serious judicial review, the courts must do substance. If they decide that they are better decision-makers, they must then decide the underlying public policy”* (KOMESAR, 1994, p. 213).

Partindo dessa premissa, no caso da ADPF n. 54/DF, segundo o posicionamento defendido por Komesar, o STF deveria ter promovido um estudo de impacto das implicações, concernentes às políticas públicas, da decisão a ser tomada. O STF, dessa forma, estaria incumbido de verificar, por exemplo, qual o impacto para o Sistema Único de Saúde da permissibilidade do aborto em caso de feto anencéfalo. A oitiva das entidades da sociedade civil, em sede de audiências públicas, serve, de alguma forma, como instrumento para avaliação desse impacto. No entanto, analisando o caso brasileiro, verifica-se que esse procedimento induz a politização em excesso da prática judicial, perturbando a imparcialidade dos votos.

Ressalta-se, ainda, que a demanda por celeridade processual e o instrumentário do judiciário, que não conta com uma equipe multidisciplinar para análise mais aprofundada das questões envolvidas nos casos, são alguns dos fatores que demonstram que essa instituição não é satisfatoriamente preparada para realizar estudos de impactos, para as políticas públicas das decisões elaboradas. Comparativamente, o Legislativo dispõe de lapso temporal e recursos, de material humano e tecnológico, muito mais adequados para a prática dessas avaliações. Diante de tais evidências, Komesar chama atenção para as deficiências da própria Suprema Corte, que ao tentar corrigir um mal funcionamento do processo político pode substituí-lo por uma decisão também inadequada: *“They [constitutional adjudication courts] must also choose between the malfunctioning political process and an adjudicative process that often suffers from ignorance, systemic bias, and limited resources”* (KOMESAR, 1994, p. 212)

Acompanhando o posicionamento de Komesar, Jeremy Waldron também se debruça sobre as fragilidades do poder de *“judicial review”* exercido pela Suprema Corte, alegando que esse instrumentário não favorece o debate democrático, desviando o foco da matéria sob apreciação, e favorece um determinado grupo político: o corpo de juízes. Segundo ele:

“Ele [*judicial review*] não fornece, como frequentemente se alega, uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente enfocar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos; pelo contrário, ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E ele é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos” (WALDRON, 2010, p. 98)

À luz das explicações de Komesar e Waldron, concluir-se que a tomada de decisão pela alteração do predisposto pelo legislador deve ser extremamente cautelosa. O Supremo deve evitar incorrer no risco de imposição de medidas de cunho político-ideológico, conforme ocorreu no caso da ADPF n. 54/DF, pois, por meio dessas ações, ele compromete o equilíbrio democrático pela extrapolação de suas funções. O Poder Legislativo apresenta melhores instrumentos para filtros das tensões políticas que envolvem as matérias sob sua apreciação. Oscar Vilhena Vieira alerta para os riscos que essa tomada de postura pela Suprema Corte pode acarretar, frisando que, em virtude da

invasão do campo político, o Supremo terá o encargo de responder por essas decisões, no entanto, a instrumentalidade da cobrança é inexistente. (VIEIRA, 2008, p. 453)

A legislação vigente que criminaliza o aborto data de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848 de 07 dezembro de 1940). Desde então, houve alterações significativas na sociedade brasileira. Duas das mais significativas é entrada em vigor da Constituição de 1988, que trouxe importantes inovações normativas (e ideológicas) e as conquistas de direitos pelas mulheres. O lapso temporal de 72 anos associado aos questionamentos em âmbito público, quanto à legitimidade da manutenção do ordenamento pátrio sobre o aborto na forma como ele está estabelecido, são indicadores que o tema deve, seriamente, ser colocado em discussão pelas autoridades democráticas. O debate, contudo, deve ser promovido respeitando a competência atribuída democraticamente a cada uma dessas instituições.

Considerações Finais

O aborto é tema controvertido dentro da pluralidade de posições que são defendidas hoje no Brasil. Diante dos diversos questionamentos sobre a matéria, a questão demonstra suscitar fôlego para mais longos debates.

Trata-se de assunto que envolve diversos grupos ideológicos da sociedade: entidades religiosas, feministas, classe médica e afeta a população como um todo. As divergências de opinião dificultam a formulação de um posicionamento consistente perante a temática.

É certo que o confronto de ideias enriquece o debate democrático. No entanto, em vista das infrutíferas tentativas do Legislativo pronunciar-se sobre a matéria, o STF é acionado para decidir sobre questão que diz respeito à temática.

Invocando argumentação de cunho filosófico, religioso e científico, o Supremo anuncia uma decisão de vertente política, extrapolando a análise jurídica do caso. A influência política e propensão para a inovação normativa apresentou-se de forma evidente que, em sede de decisão liminar, o Ministro Carlos Britto chegou a afirmar: “Se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta” (BRASIL, 2004, p. 90). Tal excerto mostra que a argumentação levantada na decisão não se atentou de forma preponderante para as problemáticas jurídicas que permeavam a questão, recorrendo a fatores externos, como seus posicionamentos pessoais e a análise da questão enquanto um problema social, desviando-se do jurídico.

Ressaltando que o objeto do artigo não é a defesa nem o combate ao aborto, o risco elucidado é a expressiva contaminação política na decisão da ADPF n. 54/DF, deixando o direito em segundo plano e inovando normativamente com a criação de uma nova regra: o anencéfalo não é humano e, portanto, a interrupção da gravidez é possível. Neste contexto, com essa criação, o método ponderativo não foi suscitado por não ter sido verificado conflito entre princípios, o que provocaria o sopesamento entre o direito da mulher de autodeterminação sobre o seu corpo e o direito à vida do feto. O que se ressalta é que a argumentação estruturada da forma como foi, não adotando a via ponderativa, mantém a temática do aborto intocada.

Enquanto a discussão sobre o aborto se prolonga perante três esferas de poder, na legislação brasileira o tema continua inalterado, fazendo com que o Poder Judiciário seja provocado para decidir sobre tema de repercussão político-ideológica, o que contribui para sua maior politização.

A ausência de atuação do Legislativo e a sub-representação feminina promovem o desequilíbrio democrático, propiciando que a inovação normativa, que contextualiza a legislação com as modificações sociais, provenha do poder judiciário.

A controvérsia quanto à temática está declinada, e é latente. As esferas de poder têm responsabilização de atuação perante o tema. A inflação do judiciário, com a consequente retração do legislativo, não garante que a decisão será tomada de forma que tanto o posicionamento majoritário quanto os posicionamentos minoritários sejam representados. O judiciário não desfruta de instrumentos de estudo dos impactos que a criação normativa acarreta na sociedade, mecanismos que estão presentes no legislativo.

O alerta que se faz é que a ocupação política do Poder Judiciário, matéria própria do Poder Legislativo, é atividade democraticamente arriscada, especialmente quando se trata de assunto complexo, envolvendo posicionamentos dos mais plurais, como envolve a questão do aborto.

Em meio à crise das instituições, estima-se que há no Brasil cerca de 5,3 milhões de mulheres que já praticaram ao menos um aborto ilegal (MOURA; BRAGA, 2010). Diante desse número expressivo de mulheres, o debate democrático deve ser convocado, o Legislativo não deve faltar com as suas atribuições, deixando espaço para a politização crescente do Judiciário.

Referências:

ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. **The Yale Law Journal**. Vol. 96, n. 5, p. 943-1005, abril 1987.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2004): Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. n.54/ Distrito Federal. (Relator Ministro Marco Aurélio, julgada em 20 de out. 2004).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2012): Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/ Distrito Federal. (Relator Ministro Marco Aurélio, julgada em 12 de abril de 2012).

BUTLER, Judith. Performative acts and gender constitution: an essay in phenomenology and feminist theory. **Theatre Journal**, v.40, n. 4, p. 519-531, dez 1988.

CNBB – Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. Manifestação em Brasília pede a aprovação do estatuto do nascituro.2011.Disponível em:
<<http://www.santuarioeucaristico.com.br/noticias.php?id=560>>. Acesso em: 01 de julho de 2013.

COSTA, Lucia de Lourdes Ferreira da; HARDY, Ellen; OSIS, Maria José Duarte; FAUNDES, Anibal. Termination of Pregnancy for Fetal Abnormality Incompatible with Life: Women's Experiences in Brazil. **Reproductive Health Matters**, Vol. 13, No. 26, p. 139-146, nov. de 2005.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15(Supl. 1), p. 959-966, 2010.

KOMESAR, Neil K. **Imperfect alternatives**: choosing institutions in Law, Economics, and Public Policy. Chicago&Londres: The University of Chicago Press, 1994.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Considerações acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre a interrupção da gravidez em casos de anencefalia (ADPF 54). **Estudios Constitucionales**. Santiago, v. 6, n. 2, p. 529 – 547, 2008.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Multiculturalismo, minorias e ações afirmativas: promovendo a participação política das mulheres. **Pensar**. Fortaleza, v. 11, p. 54-59, fev. 2006.

LUNA, Naara. Fetos anencéfalos e embriões para pesquisa: sujeitos de direitos?. **Rev. Estud. Fem. Florianópolis**. Vol. 17, n. 2, maio-agosto 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

MOURA, Ana Lúcia; BRAGA, Juliana. **Pesquisa reacende debate sobre descriminalização do aborto**. 2010. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=3404>>. Acesso em: 25 de jul. de 2013.

SOARES, Danyle. **Participação das mulheres na política ainda é desafio**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-03/participacao-das-mulheres-na-politica-ainda-e-desafio>>. Acesso em: 07 de jul de 2014.

TUSHNET, Mark. Taking the constitution away from the Courts. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v.4, n.2, p. 441-462, jul-dez 2008.

VILLELA, Wilza Vieira; BARBOSA, Regina Maria. **Aborto, saúde e cidadania**. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

VITAL, Christina; LOPES, Paulo Victor Leite. **Religião e Política: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Trad: Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. Rev: Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.