



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O VALOR DA DIGNIDADE HUMANA E A AUTORIA DE DIREITO APLICADOS NO
CONFLITO SOBRE A VIDA NA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Bárbara Garcia Cardezo Ferreiro

Rio de Janeiro
2020

BÁRBARA GARCIA CARDEZO FERREIRO

O VALOR DA DIGNIDADE HUMANA E A AUTORIA DE DIREITO APLICADOS NO
CONFLITO SOBRE A VIDA NA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Orientador:

Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes

Coorientadora:

Prof^ª Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2020

BÁRBARA GARCIA CARDEZO FERREIRO

O VALOR DA DIGNIDADE HUMANA E A AUTORIA DE DIREITO APLICADOS NO
CONFLITO SOBRE A VIDA NA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Monografia apresentada como exigência de conclusão de
Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2020. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro-EMERJ

Convidado: Prof. Marcelo Pereira de Almeida – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro-EMERJ

Orientador: Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes – Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro-EMERJ

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

Às mulheres, de outrora, agora e sempre.

AGRADECIMENTOS

À mulher, Valeria.

Amor verdadeiro não nos é imposto pela dependência a outrem e tampouco pelo vínculo sanguíneo, mas traduz-se naquele que escolhemos e apesar das inconstâncias permanecemos escolhendo, livre e conscientemente.

Amor é para os que ficam e a eles agradeço a conclusão desta etapa.

À minha mãe, Valeria.

"As boas freiras, que tão bem haviam adivinhado a vocação religiosa de Emma, perceberam, muito surpresas, que a senhorita Rouault parecia ter fugido de seus cuidados. De fato elas tinham tanto lhe pregado as obrigações, os retiros, as novenas e os sermões, tanto exaltado o respeito que se deve aos santos e aos mártires, dado tantos bons conselhos sobre o pudor do corpo e a salvação da alma, que ela agiu como os cavalos puxados pelas rédeas: empacou e o cabresto saiu-lhe dos dentes."

SÍNTESE

O presente trabalho visa a discutir a moralidade jurídica, o valor da Dignidade Humana e suas afetações no ordenamento jurídico brasileiro quando na discussão dos conflitos sobre a Vida incidentes sobre os Direitos da mulher e do nascituro, contextualizando com o paradigma brasileiro. Ato contínuo, busca-se analisar o dispositivo do art. 2º do Código Civil e a intercompatibilidade das normas nele inseridas, bem como sua aplicabilidade para a interpretação do ordenamento jurídico. Discute-se ainda a atuação e a função do judiciário para a resolução do conflito, analisando a legitimidade do ativismo judicial em âmbito democrático. Tal pesquisa assume especial relevância no paradigma nacional e internacional, em razão do debate que se instaura acerca da colisão de Direitos Fundamentais para a legalização da prática do aborto.

Palavras-chave – Direitos Fundamentais; Direito à Vida; Direito da Mulher; Direito do Nascituro; Dignidade Humana; Personalidade Civil; Moralidade Jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CONTEXTUALIZAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER NO BRASIL	12
1.1 A fundamentalidade da contextualização do Direito	12
1.2 A contextualização e as problemáticas que cerceiam o lugar feminino	18
1.3 O paradigma atual: moralidade, laicidade e sociedade	23
2. VIDA E O DIREITO À VIDA	30
2.1 Dignidade Humana	30
2.2 Direito à Vida	35
2.3 Personalidade Civil	37
2.4 A intercompatibilidade das normas do art. 2º do Código Civil de 2002	39
3. REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DO NASCITURO E AUTORIA DE DIREITOS.....	43
3.1 O conflito dos Direitos fundamentais	43
3.2 A criminalização do aborto: Tutela da vida ou herança histórica?	46
3.3 Limitação dos Direitos Fundamentais e a autoria dos direitos.....	55
3.3.1 A inoponibilidade de regra fechada infraconstitucional às normas principiológicas.....	62
3.3.2 A autoria de direitos na expectativa sobre a vida	63
4. EFICÁCIA CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO	67
4.1 Judicialização e Ativismo Jurídico	67
4.2 O Estado Constitucional e os Diálogos Constitucionais	72
CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS	82

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art. – Artigo
CC/2002 – Código Civil de 2002
CP/1940 – Código Penal de 1940
CRF – Conselho Federal de Medicina
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRM – Conselho Regional de Medicina
DIAP – Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar
Ed. – Edição
EMERJ. – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
HC – Habeas Corpus
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MC – Medida Cautelar
N. – Número
ONG – Organização Não Governamental
Orgs. – Organizadores
P. – Página
PEC – Proposta de Emenda à Constituição
PL – Proposta Legislativa
STF – Supremo Tribunal Federal
V. – Volume

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a discutir a Dignidade Humana e sua alocação dentro do ordenamento jurídico como valor constitucional, além da sua relevância quando da discussão da autoria dos direitos nos conflitos entre normas principiológicas. Dentro do tema, a pesquisa se desenvolve nas divergências que permeiam o Direito à Vida, sobretudo no que atine à criminalização do aborto.

Nesse sentido, a sociedade moderna - aqui considerada apenas em âmbito nacional brasileiro - encontra-se polarizada: em um lado aqueles que, aliados à norma supra e ao direito fundamental à vida, respaldam a criminalização do aborto; enquanto no sentido oposto, tem-se a prevalência dos Direitos da Mulher e a interpretação diversa sobre o conceito inculcado no art.5º, *caput*, da CRFB/88, advindo no direito feminista de a mulher ter interrompida a gestação.

Assim, no primeiro capítulo, no contorno do Constitucionalismo Democrático desenvolvido no seio das sociedades modernas, o trabalho se inicia na contextualização histórica do paradigma da mulher no cenário social. A proposta busca perceber se a discussão feminista se mostra relevante na atualidade brasileira, e ainda, se o Direito mantém herança patriarcal que possa ser considerada de fato para efeitos discriminatórios de gênero.

Ato contínuo, no segundo capítulo, será abordada a interpretação do Direito à Vida no atual paradigma plúrimo e complexo que permeia a sociedade, relacionando-a com a análise crítica do art. 2º do CC/2002. Questiona-se a coerência do referido dispositivo no diálogo das fontes e em âmbito interno da própria redação e a possibilidade de convivência das normas nele inseridas.

Findas as ponderações estruturais, o terceiro capítulo elucidará reflexões acerca do Direito do Nascituro e da Mulher, correlacionando-o com o valor da Dignidade Humana. Se propõe a contraposição dos Direitos Fundamentais conflitantes, bem como em face da norma criminalizadora da interrupção voluntária da gravidez, atrelando-se à contextualização feminista exposta no capítulo inicial desse estudo.

Por fim, o quarto capítulo, tratará brevemente sobre a legitimidade judicial incidente para julgar o caso proposto. Para tanto, serão observadas as discussões acerca da Judicialização e do Ativismo Jurídico e suas limitações, de forma a se verificar o papel do Judiciário na concretização dos Direitos Fundamentais contrapostos e a legitimidade desse para justapor a esfera legislativa e eventualmente até de maioria popular.

A fim de se realizar um estudo científico sobre a temática, faz-se necessário um recorte epistemológico, através da aplicação do método hipotético-dedutivo, uma vez que se pretende

evidenciar um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, tendo em vista que o pesquisador pretende embasar o presente estudo na bibliografia pertinente à temática em foco.

Pelo exposto, o enfoque do trabalho se deflagra na colisão dos direitos da mulher e do nascituro, sobretudo na concepção de Autoria. O estudo aqui desenvolvido tem por escopo contribuir para a discussão atual no cenário global acerca da descriminalização do aborto, acredita-se que tal embate assume relevância para efetivação dos Direitos Fundamentais na percepção moderna dos Estados em aproximar-se da aplicação da teoria realista do direito.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER NO BRASIL

Neste capítulo serão apresentados conteúdos tangenciais ao tema, essenciais para o desenvolvimento da tese deste trabalho, tendo em vista que a formação, bem como a interpretação do Direito, encontram-se intrinsecamente ligadas à interdisciplinaridade, sobretudo ao estudo histórico e paradigmático da sociedade na qual é aplicado.

1.1 A fundamentalidade da contextualização do Direito

Antes de adentrar na contextualização necessária para nortear o estudo que aqui se desenvolve, faz-se mister esclarecer questão pretérita: a fundamentalidade da contextualização¹ e do estudo histórico para a Teoria do Direito e a busca da efetivação da norma legal e das garantias constitucionais².

A Teoria do Direito é a nomenclatura genérica para o estudo que visa a desenvolver e perceber os conceitos fundamentais e universais do Direito em seus diversos sistemas jurídicos, mediante a compreensão sobre sua origem, natureza e limites. Tais estudos não se limitam à mera apuração objetiva e alheia de seus componentes, mas dependem de complexa e mutável relação interdisciplinar sobre as mais diversas áreas sociais³.

Rabenhorst⁴, em concordância com Paul Kahn, acentua o equívoco da Teoria do Direito quando essa, no reconhecimento das limitações de eficácia do Direito, afasta a teoria da

¹ “porque os estudos no direito são concebidos basicamente como o exame descontextualizado de um material dito doutrinário e também jurisprudencial que tem por foco principal a lei. Isso não constitui prima facie nenhum problema, pois o direito foi entendido durante séculos como uma das artes liberais, isto é, como um saber essencialmente prático. Entretanto, também faz-se mister lembrar que o direito foi igualmente concebido, a partir do final do século XIX, como uma ciência social. Ora, prossegue Anne Bottomley, essa dupla herança, além de ensejar um problema de identidade (o que é a teoria do direito?), produz também uma mensagem confusa sobre o significado desta (o que pretende uma teoria do direito?).” (RABENHORST, Eduardo Ramalho. *As Teorias Feministas do Direito e a Violência de Gênero. Revista EMERJ*, Rio de Janeiro. V. 15, n. 57, mar. 2012, p 23)

² Nas definições de Rui Barbosa, direitos e garantias diferenciam-se na medida em que “Direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.” (BARBOSA apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 540).

³ Sobre as áreas sociais, atualmente, conforme defendido por Maria Helena Diniz, fala-se na necessidade da aproximação do direito com matérias de cunho biológico, sobretudo para o desenvolvimento do biodireito. “Faz-se necessária uma “biologização” ou “medicalização” da lei, pois não há como desvincular as “ciências da vida” do direito. Assim a bioética e o biodireito caminham *pari passu* na difícil tarefa, de separar o joio do trigo, na colheita dos frutos plantados pela engenharia genética, pela embriologia e pela biologia molecular, e de determinar, com prudência objetiva, até onde as “ciências da vida” poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana, pois é preciso evitar que o mundo deságue numa crescente e temível “confusão diabólica”, em que os problemas da humanidade, sejam “solucionados” pelo progresso tecnológico.” (DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva. 9. ed., 2014, p.10)

⁴ RABENHORST, opus citatum, p 24/25.

prática, com azo a garantir a razão e a vontade das normas independente da realidade fática. Ressaltam que o Direito é a aplicação das ditas normas pelo Judiciário e não a aquela teórica imaginada pela doutrina, não podendo a prática ser inobservada para fins de eficácia. Rabenhorst destaca a adequação dos movimentos feministas, quando em verdade, ao invés de oferecerem novo direito, dispõem de novo pensamento para evidenciar situações desiguais ocultas sob o lastro da norma igualitária:

O direito é falho, sustentam os teóricos, e por isso necessita ser reformado, seja porque suas leis e procedimentos são irracionais e estão errados, seja porque não é fruto do consentimento popular. Logo, é preciso corrigir o direito, conciliando razão e vontade. De resto, numa perspectiva iluminista, a própria vontade, quando irracional, também precisa ser chamada à razão, ou seja, requer controlar suas paixões irracionais (pensemos na facilidade com que por vezes, numa democracia, nos deixamos seduzir por ideias autoritárias), e para tanto, dois instrumentos são importantes: a educação e as leis. (...). No entender de Kahn, o que se perde aqui de vista é que juízes e legisladores ocupam espaços bem diferentes daqueles ocupados pelos acadêmicos. Juízes não decidirão sobre um caso real apenas com base em uma literatura científica, até porque esta é tão variada que eles precisam escolher entre posições teóricas às vezes radicalmente antitéticas. Por outro lado, como disse Hobbes em seu famoso adágio, *auctoritas, non veritas facit legem* (“é a autoridade, não a verdade, que faz a lei”), algo que vale tanto para os legisladores quanto para os juízes. Para concluir, o jurista norte-americano sugere que não podemos estudar o direito se estamos indissociavelmente comprometidos com ele: “Não podemos assumir o direito como um objeto de estudo se as ferramentas conceituais que empregamos na investigação não são mais que a auto-reprodução da prática”.

Ora, se tudo isso procede, então, o que restaria à teoria do direito e mais especificamente a uma teoria feminista do direito? Uma alternativa consiste em entender o papel de ambas na criação de conceitos. Tomo aqui a expressão criação numa não muito fiel alusão ao que diziam Deleuze e Guattari sobre o próprio movimento do pensar como ato criador de conceitos: a criação não é necessariamente invenção, mas pode ser subversão. Subverter, verter noutro sentido, de baixo para cima, de um lugar para outro, inverter por completo.

Em atenção à realidade fática e à efetivação das normas, a Teoria do Direito, deve se desenvolver de maneira a combinar a prática com a teoria, de modo que se torna essencial a contextualização e formulação da história do direito para fins de edição e aplicação do ordenamento jurídico.

Pode-se sintetizar a fundamentalidade da contextualização do direito na máxima “as normas editadas pelo poder público existem para afetar a vida das pessoas”⁵. Nesse sentido, se feitas com esse escopo finalístico, há de se observar a essencialidade de legitimação da referida interferência nas liberdades individuais, a qual se verifica, em suma, quando entendidos o porquê determinada norma é editada; qual resultado se pretende quando da vigência legislativa; qual a relação de causa e efeito leva a crer que a edição de tal norma contribuirá para aquilo

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa: Devido Procedimento na Elaboração Normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 96.

que pretende combater; e ainda, conforme a atual preocupação sobre o princípio da efetividade e a Teoria Realista do Direito⁶, as propostas normativas se revelam eficazes?

Dessas questões, Ana Paula de Barcellos⁷, extrai o que nomeou de “Direito à Justificativa” e elucida:

[...] receber justificativas relativamente aos atos que nos afetam é um dos conteúdos essenciais do respeito a que cada indivíduo faz jus em decorrência da sua dignidade essencial como ser humano. (...) De acordo com a conhecida pirâmide de Maslow das necessidades humanas, receber o respeito dos outros integra as necessidades psicológicas básicas, que só são menos importantes que as necessidades fisiológicas e de segurança.

Assim, o Estado brasileiro, como Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, *caput*, da CRFB/88⁸, não mais atua em uma relação absolutista que enxerga o cidadão como súdito e tampouco a imagem do rei-filósofo que tudo sabe e determina sobre a vida social. Ademais, nessa secular dicotomia entre as esferas público e privada, o interesse público foi relativizado, de modo que se busca coibir a instrumentalização do indivíduo, em observância à teoria do valor intrínseco derivada da tese Kantiana⁹ e dos direitos como trunfos de Ronald Dworkin¹⁰, seja na perspectiva organicista¹¹ ou utilitarista¹².

O Direito à Justificativa, portanto, torna-se meio para a efetivação democrática e das garantias constitucionais quando da percepção da inversão da ótica administrativa. O cidadão

⁶ BOBBIO apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 287.

⁷ BARCELLOS, opus citatum, p. 91,92.

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2019.

⁹ Nas palavras de Kant: “o ser racional, sendo por sua natureza um, fim, e portanto um fim em si mesmo, deve constituir para toda máxima uma condição, que sirva de limitar todo fim puramente relativo e arbitrário.” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf> Acesso em: 01 nov. 2019)

¹⁰ “Para Dworkin, os direitos, que têm fundamento na ideia moral de que todas as pessoas devem ser tratadas com o mesmo respeito e consideração, não se submetem a cálculos de utilidade social e se sobrepõem às metas coletivas, estabelecidas visando à promoção do bem-estar da sociedade como um todo.” (DWORKIN, apud. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 131)

¹¹ “O organicismo é uma teoria que se baseia em um paralelo entre a comunidade política e um ser vivo, concebendo cada indivíduo como uma espécie de órgão desta entidade maior. Para o organicismo, as comunidades políticas – identificadas muitas vezes com o Estado – possuem fins próprios que transcendem aqueles das pessoas que as integram.” (DWORKIN, apud, ibidem, p. 117,118)

¹² “Preconiza, em síntese, que a solução mais correta para os problemas humanos é a que maximiza a felicidade ou os interesses do maior número de pessoas. (...) diferentemente do organicismo, o utilitarismo não supõe a existência de algum ente coletivo superior às partes que o compõem. A teoria utilitarista baseia-se nos interesses ou preferências de indivíduos, que tenta maximizar de forma racional. (...) o utilitarismo adota uma moralidade consequencialista. Em outras palavras, ele julga o valor de uma ação ou regra pelas consequências que produz sobre a vida das pessoas, e não pela sua adequação a princípios morais universais, ou pela sua correspondência a algum modelo de comportamento tido como virtuoso.” (DWORKIN, apud, ibidem, p. 126,127)

não mais é um meio de alcance para as vontades do Estado ou da maioria e passa a ser considerado em sua individualidade em coabitação com outros indivíduos a ele equiparados.

Sobre essa nova ótica e encargos da Administração Pública, há o dever da responsabilidade dessa sobre as normas editadas para aqueles aos quais se subordinam. A referida intervenção, legitimada pela tutela dos interesses individuais e sociais, deve ser assim fundamentada e justificada, sendo qualquer intervenção arbitrária violadora das liberdades inerentes ao indivíduo.

Decerto que as inovações legislativas são limitadas quanto à sua previsibilidade, e estão sempre acompanhadas de algum risco de não se revelarem eficazes ou apresentarem novas problemáticas à realidade. Mas tal característica não legitima o Estado a proceder a intervenção de maneira negligente ou desqualificada de quaisquer estudos necessários sobre a afetação de suas atividades no campo prático.

A essencialidade da contextualização dos direitos exsurge dessa nova forma de legitimação do poder estatal, quando somente por meio dessa pode-se fundamentar determinada intervenção sobre as liberdades individuais, seja pela edição de normas, seja ainda na atividade julgadora do Judiciário.

Sobre esse último, o Judiciário, no exercício de suas capacidades de controle de constitucionalidade e de garantidor do Estado de Direito, não se exclui do dever de aprofundamento da contextualização normativa. Em que pese o fato do direito ser sempre retardatário às demandas sociais, sua aplicação depende da atividade conjunta das habilidades de leitura e interpretação das normas pelos magistrados, de forma a dar unicidade ao ordenamento jurídico e efetividade aos Direitos Fundamentais. Entretanto, certo que tal interpretação não pode ocorrer tendo por base convicções e morais pessoais¹³ do julgador, motivo pelo qual a justificativa, mediante a contextualização das normas, se revela a medida mais aproximada para a melhor aplicação da justiça.

Contextualizar tem por definição a inter-relação de circunstâncias que acompanham um fato ou uma situação, sejam essas passadas ou presentes. Sobre as circunstâncias do

¹³ Sobre o tema, cumpre ressaltar que, não obstante a teoria do realismo jurídico, - a qual não se confunde com a Teoria Realista - a conduta de parcialidade do julgador deve ser sempre afastada ao máximo, de forma que ainda que haja parcialidade intrínseca derivada do fator humano do juiz, essa deverá ser fundamentada com base em argumentos racionais, de modo a diminuir tal característica. Sobre a Teoria do Realismo jurídico, consultar: BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Direito & Práxis*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>. Acesso em: 10 ago. 2019, p. 24.

presente, há de se considerar a Teoria Realista¹⁴ e a tripartição do princípio da legalidade¹⁵; enquanto nas circunstâncias do passado faz-se mister o estudo histórico sociológico.

Acerca do estudo do passado, Lynch e Mendonça¹⁶ atentam para o fato de que o “neoconstitucionalismo parece haver redimensionado, ao menos na Europa, a própria função da História do direito.” A história não mais serviria para embasar e legitimar o direito vigente, teoricamente superior àquele anterior, mas para questionar o direito contemporâneo e pensá-lo de modo menos naturalizado. Assim, “a missão da história do direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo”¹⁷.

[...] o estudo da história do direito colocaria o jurista “em contato com outros mundos, com outras experiências”, impedindo “o cronocentrismo, a ilusão de que toda a realidade coincida com o nosso presente”. A história constitucional, em particular, permitiria ao jurista constitucional, “recuperar a historicidade da democracia”.

Entretanto, o que se demonstra no paradigma brasileiro é que o neoconstitucionalismo foi desenvolvido contra a história constitucional deliberadamente. Tal conduta é fundamentada na ideia de que o Estado Brasileiro, sob a ótica da doutrina da efetividade, nunca teve um constitucionalismo de fato, ao que Paes de Andrade e Bonavides nomearam de “Constitucionalismo de ficção”¹⁸.

O Constitucionalismo brasileiro, portanto, nas concepções de Barroso¹⁹, em razão da sua natureza elitista e fictícia e da sua “frustração constitucional”, se torna um caso de o que

¹⁴ Sustentada por Bobbio, a Teoria Realista do Direito “volta a sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas, colocando o acento, mais do que sobre a autossuficiência do sistema jurídico, sobre a inter-relação entre sistema jurídico e sistema econômico, entre sistema jurídico e sistema político, entre sistema jurídico e sistema social em seu conjunto (...), procurando o seu objeto, em última instância não tanto nas regras do sistema dado, mas sim na análise das relações e dos valores sociais dos quais se extraem as regras dos sistemas (...). A ciência jurídica não é mais uma ilha, mas uma região entre outras de um vasto continente”. (BOBBIO apud ARAGÃO, opus citatum, p. 286)

¹⁵ Mario Spasiano sustenta uma nova feição do princípio da legalidade, ao que intitula de legalidade trilateral e “que não se limita à relação abstrata e formal de conformidade norma-ato administrativo, contendo a indispensável presença da efetiva e concreta tutela dos interesses dos cidadãos e da comunidade (inclusive do Erário) visados pela norma, comportamento cuja eficiência só pode ser aferida diante das situações concretas sobre as quais a Administração estiver atuando a discricionariedade conferida pelos termos largos da Lei. Isso demonstra que a Administração Pública não é, à luz do princípio da eficiência, neutra sob o ponto de vista finalístico, mas se estrutura em função dos resultados que, por força da Lei, deve alcançar”. (ibidem, p. 276)

¹⁶ LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, V. 8, n. 2, p. 978.

¹⁷ HESPANHA, apud, ibidem, p. 978.

¹⁸ ANDRADE; BONAVIDES, apud, ibidem, p. 981.

¹⁹ BARROSO, apud, ibidem, p. 983.

não fazer, sendo necessário o total rompimento deste com o novo²⁰ constitucionalismo que se pretende.

Tais ponderações, e sobretudo, o reconhecimento sobre as constituições fictícias pretéritas à Carta de 1988 se revelam de suma importância para a construção do efetivo Estado de Direito, além de evidenciar o comprometimento pela busca da concretização dos preceitos constitucionais. Entretanto, a contextualização e o dito reconhecimento não podem se limitar em reconhecer as falhas e simplesmente esquecê-las ou apagá-las e editar nova Constituição, com novos valores ou ideologias à época na moda.

Decerto que o Direito é dinâmico, ou melhor dizendo, a percepção sobre o Direito é altamente mutável, de modo que às normas é impossível o acompanhamento em tempo real exigido na sociedade globalizada atual. Em prol da defesa da segurança jurídica, ainda que se faça essencial a constante inovação e evolução do Direito, essas não podem ocorrer de modo a aderir a modismos (alguns efêmeros, outros não) da academia.

Em que pese o entendimento de Barroso, é necessário que o reconhecimento e o estudo prossigam de modo a se perguntar não apenas o porquê o Constitucionalismo brasileiro não pode ser assim considerado, mas porque ele não conseguiu atingir os objetivos pretendidos, e para a resposta dessa pergunta, faz-se necessário considerar que há uma história constitucional brasileira, ainda que de total fracasso.

O estudo sobre a história Constitucional, em todos os seus aspectos, não pode ser descartado, sob o risco de reduzir a Constituição a um constante rascunho e não a uma fundação que se busca fortificar com o tempo, críticas e ponderações, erros e acertos da história.

Sobre o tema, Lynch e Mendonça, sob a ótica de Faoro, evidenciam as consequências da desconsideração da história Constitucional brasileira, as quais, em decorrência da modernização autoritária, onde essa ocorreu de maneira não natural, importada de outras nações (sobretudo europeias) para um país inapto a consumi-las. “Ela se parte, na ideologia, entre o país real, necessitado de modernização, e o país oficial, mera cópia de modelos alheios. Essa dicotomia, mal definida, difusa, será responsável pela sua esclerose interna, numa perplexidade que a falta de missão própria converterá em decadência”²¹.

Faoro elucidada, portanto, as divergências entre a Modernidade e a Modernização:

²⁰ Em que pese o uso do termo “novo”, esse não poderia ser empregado no sentido de renovação, na medida em que a doutrina considera que não houve um constitucionalismo anterior a ser considerado. O rompimento com a história constitucional pretende a instauração do “verdadeiro constitucionalismo” e se refere à história constitucional brasileira como “pré-história” constitucional. (ibidem, p. 984)

²¹ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 492.

[...] a *modernidade* compromete, no seu processo, toda a sociedade, ampliando o raio de expansão de todas as classes, revitalizando e removendo seus papéis sociais, enquanto que a *modernização*, pelo seu toque voluntário, se não voluntarista, chega à sociedade por meio de um grupo condutor, que, privilegiando-se, privilegia os setores dominantes. Na modernização não se segue o trilho da “lei natural”, mas se procura moldar, sobre o país, pela ideologia ou pela coação, uma certa política de mudança. Traduz um esquema político para uma ação, fundamentalmente política, mas economicamente orientada, para usar a língua de Weber. A ação social, que dela decorre, não parte da economia, como expressão da sociedade civil. Na *modernidade*, a elite, o estamento, as classes dizemos, para simplificar, as classes dirigentes coordenam e organizam um movimento. Não o dirigem, conduzem ou promovem, como na *modernização*. A *modernização*, quer se chame ocidentalização, europeização, industrialização, revolução passiva, via prussiana, revolução do alto, revolução de dentro ela é uma só, com um vulto histórico, com muitas máscaras, tantas quantas as das diferentes situações históricas.²²

E ainda, acerca da própria evolução do Direito:

[...] Essas coisas recorrentes, essas viagens redondas, esse mundo cíclico só existe na Ibero-América. Eu creio que o tempo lá (na Europa) é dialético; quero dizer, parece-me que foi muito importante, nessa transformação, a herança liberal de cada país (...). Nunca se volta quando o tempo é dialético, nunca se volta à iniquidade anterior.²³

Assim, carente de seu desenvolvimento particular e natural, - aqui empregado não no sentido a não permitir o intercâmbio de ideias ou influências, mas de lhe haver sido imposto - o Estado brasileiro padece de pensamento político próprio. Os autores sintetizam: “se um liberalismo orgânico, visceralmente democrático, era-nos ausente, não menos ausente seria o seu constitucionalismo. Ele também seria um simulacro, um amontoado de ideias fora do lugar”²⁴.

Diante dessas ponderações, fundamenta-se a necessidade da contextualização para edição e aplicação das normas e do Direito. Essa torna-se a base para a legitimação e efetivação das intervenções estatais nas liberdades individuais nos conformes das garantias constitucionais.

1.2 A contextualização e as problemáticas que cerceiam o lugar feminino

Atualmente, muito se tem discutido em âmbito social as ideologias feministas. Movimentos locais de gênero, e até mesmo globais, têm desencadeado manifestações de

²² Idem. *A Questão Nacional: a Modernização*. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000100002&lng=pt&tlng=pt. > Acesso em: 04 mar. 2020.

²³ Idem. *A democracia traída: entrevistas / Raymundo Faoro; organização e notas Maurício Dias; prefácio Mino Carta*. – São Paulo: Globo, 2008, p. 90.

²⁴ LYNCH; MENDONÇA, opus citatum, p. 988.

grandes proporções e com ampla participação social que ultrapassam fronteiras, participação esta que não se confunde com apoio. Nesse sentido, inúmeras são as críticas aos diversos movimentos feministas atuais, sobretudo naqueles com representatividade nas ditas radicais.

O feminismo, entretanto, é aplicado como um termo genérico para a ideologia de igualdade de gênero. O fim para todas as feministas pode ser comum a elas, mas os caminhos certamente divergem. Com isso, não se pode falar na unicidade ou até mesmo de uma representatividade feminista hierarquicamente superior, basilar ou norteadora do movimento.²⁵

A ausência de uniformidade tampouco significa a falta de estudos ou de organização sobre o tema, mas mero reflexo da própria complexidade deste. Assim como qualquer discussão sobre o que seria igualdade e como atingi-la, a sociedade assume as mais variadas posições, o que resulta em um conceito fim amplamente buscado, mas pouquíssimo definido.

Os movimentos feministas, portanto, antes de discutirem como alcançar a finalidade comum, têm o desafio de tentar definir o que consubstancia a igualdade de gênero e como ela se manifesta²⁶. Diz-se tentar, uma vez que além das diferenças biológicas substanciais entre os corpos feminino e masculino, o conceito de igualdade é mutável no tempo, bem como interpretativo de acordo com a pluralidade de culturas²⁷ e a própria singularidade de cada mulher, as quais possuem valores próprios e individuais que devem ser preservados.

²⁵ Paula Viturro tece relevantes críticas acerca da nomenclatura “perspectivas de gênero”, as quais merecem breve destaque: “la consecuencia de establecer como base de un reclamo legal un concepto de género que no cuestiona la distinción naturaleza/cultura, es la legitimación de la jerarquización, la discriminación y la violencia que sufren todas aquellas personas cuyos cuerpos no son inteligibles bajo ese esquema. Los cuerpos no son el último reducto de la naturaleza, sino “pantallas en las que vemos proyectados los acuerdos momentáneos que emergen, tras luchas incesantes en torno a creencias y prácticas dentro de las comunidades académicas”.

No se trata por lo tanto de sostener el mito de una historia lineal que en su desarrollo iría sumando progresivamente subalternos a la lucha por la ciudadanía, como por ejemplo, parece irreflexivamente afirmar cierta dogmática de los derechos humanos mientras se desentiende del costo humano efectivo causado por la selectividad temporal entre diferentes planes de vida, que dicha progresividad esconde.

Como sostiene J. Butler, no contamos con una historia acerca de cómo se pasa de la teoría feminista a la queer y de allí a lo trans. De hecho sería un error creer que se trata de un gran relato en el que los diferentes marcos teóricos se suceden temporalmente de forma complementaria. Por el contrario, estos relatos están sucediendo de manera simultánea, superpuesta y contradictoria en un complejo entramado político en permanente disputa. (VITURRO, Paula. *Constancias. VII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales*, Universidade de Buenos Aires, Buenos aires, 2007, p. 03)

²⁶ “O que poderia ser uma teoria feminista do direito? O que Bottomley sugere é que sejamos capazes de pensar, primeiro a teoria do direito, em seguida, a própria teoria feminista do direito (em toda a sua diversidade, pois o feminismo é antes de tudo plural), não como elementos exógenos, isto é, não como algo que se “aplica” de fora para dentro - como se trouxéssemos a teoria ao direito ou o contrário - mas que concebêssemos as duas, isto é, a teoria do direito e a teoria feminista do direito, como processos. Para tanto, deveríamos inicialmente repensar a própria divisão entre trabalho teórico no direito e trabalho teórico sobre o direito, o que não é fácil, pelas razões aqui já expostas no que concerne ao lugar da teoria no direito, e no caso específico da teoria feminista, sobretudo porque esta também se configura como uma prática política.” (RABENHORST, opus citatum, p 23)

²⁷ O termo cultura aqui empregado necessita de duas observações acerca da sua aplicação democrática. Primeiramente na importância de rejeitar sua conceituação elitista, para o que ressaltamos a explicação de João Batista Storck e Maria Teresa Cauduro: “Por ter sido associada ao conceito de civilização, a cultura muitas vezes

Consideradas as problemáticas, as críticas sociais mais abrangentes opostas aos movimentos feministas atuais versam sobre a própria necessidade, ou melhor, desnecessidade do movimento em si. Fala-se na igualdade já alcançada e na inversão da cultura para a supremacia do gênero feminino, mediante políticas públicas que têm onerado desproporcionalmente os homens, como o advento da Lei Maria da Penha que prevê tutelas limitadas ao gênero feminino, a inclusão do feminicídio no Código Penal, as políticas de cotas para mulheres, a criação da delegacia da mulher, entre outras.

Sobre as ponderações da (des)necessidade dos movimentos feministas atuais, faz-se mister a contextualização do lugar feminino na sociedade; para tal, Carole Pateman tece interessantes observações acerca da dicotomia entre os direitos públicos e privados quando aplicados aos direitos da mulher.

Inicialmente a autora destaca a proximidade entre o feminismo e o liberalismo, afirmando serem filhos da mesma mãe: a Revolução Liberal Francesa. O feminismo seria, portanto, a extensão da ideologia liberal:

A relação entre feminismo e liberalismo é extremamente íntima, mas também muitíssimo complexa. As raízes de ambas as doutrinas residem no surgimento do individualismo como teoria geral da vida social; nem o liberalismo nem o feminismo são concebíveis sem alguma concepção dos indivíduos como seres livres e iguais, emancipados dos títulos hierárquicos e atribuídos da sociedade tradicional.²⁸

Nessa percepção, evidencia-se a primeira inconsistência: sob o argumento liberal da igualdade despida dos títulos hierárquicos, o mesmo se aplicaria às mulheres, contrariando o

se confunde com noções de desenvolvimento, educação, bons costumes, etiqueta e comportamentos de elite. Essa confusão entre cultura e civilização foi comum, sobretudo, na França e na Inglaterra nos séculos XVIII e XIX, onde a cultura se referia a um ideal de elite. Ela possibilitou o surgimento da dicotomia e, eventualmente, hierarquização, entre cultura erudita e cultura popular, muito presente no imaginário das sociedades ocidentais. Há uma ideia de Cultura – com C maiúsculo – e a cultura – com c minúsculo. Essa, na verdade é uma maneira linear e englobante de falar de cultura. Nessa concepção, a Cultura – com C maiúsculo – canibaliza outras culturas fechando espaços para manifestações singulares, quase sempre tidas como atrasadas, ingênuas, primitivas e usualmente desinformadas, elementares e subdesenvolvidas (DAMATTA, 1999).

O conceito de cultura, antes compreendido num sentido de distinção, hierarquia e elitismos segregacionistas, adquiriu a partir dos meados do século XX outros significados, abrindo-se para uma ampla gama de sentidos, versáteis e mutáveis. A cultura deixou de ser domínio exclusivo da erudição, da tradição literária e artística, de padrões estéticos elitizados e passou, a contemplar também, o gosto das multidões.” (STORCK, João Batista; CAUDURO, Maria Teresa. *A manifestação das obscenidades infanto-juvenis e a cultura escolar – uma perspectiva cultural*. Disponível em <<http://www.unicap.br/ojs/index.php/historia/article/view/670>>. Acesso em: 15 out. 2019). Em segundo, em analogia com as ponderações do sociólogo Boaventura de Sousa Santos, tais culturas não podem ser somente consideradas em seus modelos ocidentais: “todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Nº 48. Junho/1997, p. 19)

²⁸ PATEMAN, Carole. Críticas feministas à dicotomia público/privado. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia (Orgs.). *Teoria Política Feminista: textos centrais*. Vinhedo: Horizonte, 2013, p. 55.

entendimento de uma sociedade patriarcal. Em suma, o patriarcalismo seria incompatível com o liberalismo:

Em teoria, liberalismo e patriarcalismo são irrevogavelmente opostos. O primeiro é uma doutrina individualista, igualitária e convencionalista; o segundo afirma que, das características naturais de homens e mulheres, necessariamente decorrem relações hierárquicas de subordinação.²⁹

O feminismo então questiona a quem o liberalismo se refere quando afirma a igualdade entre os indivíduos. O equívoco liberal estaria consubstanciado na prerrogativa de um suposto universalismo quando da interferência nas esferas público e privada na vida dos indivíduos, onde essa ocorreria de maneira igualitária. Os “indivíduos” considerados genérica e amplamente na ideologia liberal abrangeriam tão somente a primeira camada de igualdade³⁰, desconsiderando quaisquer desigualdades pretéritas instituídas pela sociedade patriarcal.

Outrossim, Pateman destaca que ainda dentro da acepção lockeana sobre as duas categorias da vida, quais sejam, pública (sociedade civil) e privada (doméstica), a teoria liberal cinge-se a discutir a igualdade em âmbito da sociedade civil, abstraindo, para tanto, a esfera privada doméstica, a qual é definida pelos supostos “fundamentos da natureza” e perigam o lema “separados, mas iguais”.

Em tempo, a autora ressalta as divergências acerca não somente da relação da vida público privada, mas também da existência dessas duas categorias. Diferentemente do modelo de Locke, o liberalismo ainda “conceitua sociedade civil de forma abstrata em relação à vida definida como doméstica”,³¹ sendo essa “esquecida” na teoria. “Portanto, a separação entre público e privado é restabelecida como uma divisão dentro da própria sociedade civil, dentro do mundo dos homens”³². “O que o famoso bordão, segundo o qual “o pessoal é político” se propõe mostrar, é tanto o caráter cultural daquilo que parece natural, quanto o fato de que a vida pessoal ou privada é determinada pelo que passa na vida pública.”³³

²⁹ Ibidem, p. 57.

³⁰ A primeira camada de igualdade abrange somente indivíduos adultos, livres e iguais, assim considerados nos moldes de cada sociedade em particular. No segundo tratado, Locke defendeu o controle dos maridos sobre suas mulheres e filhos, tal poder não decorreria do poder político, mas de um “fundamento da Natureza”: “Mas um subordinado natural não pode ser, ao mesmo tempo, livre e igual. Assim as mulheres (esposas) são excluídas da condição de “indivíduos” e, portanto, de participar do mundo público da igualdade, do consentimento e das convenções”. (ibidem, p. 58)

³¹ Ibidem, p. 59.

³² Ibidem.

³³ RABENHORST, opus citatum, p 27.

O universalismo equivocado sobre “quem” constitui o indivíduo, somado aos “fundamentos da natureza”³⁴ e a constante abstração da vida privada doméstica para as considerações de igualdade na sociedade civil, perpetuam o patriarcalismo regente da vida social e, por conseguinte, do Direito.

A perpetuação dos ditames patriarcais é evidenciada quando analisadas determinadas normas dentro do contexto histórico. Na hipótese da licença paternidade legal ainda se limitar a cinco dias corridos³⁵, atrela-se unilateralmente à mãe a obrigação comum parental. Tal imagem da vida privada enseja demais formas de discriminação de gênero na vida pública, percebidas no momento em que a mulher é preterida para contratação, ou ainda, no fenômeno “teto de vidro”³⁶, além dos efeitos difusos, como o abandono escolar³⁷, a dependência da mulher ao cônjuge para subsistência, etc.

Ainda que se questione a eficácia ou acerto de algumas legislações e medidas públicas adotadas para promoção da igualdade de gênero, essas não indicam a inversão da hierarquização de gênero. Ao contrário, o discurso feminista permanece de suma relevância nos dias atuais e tampouco de maneira supérflua ou preciosista.

Tem-se que na evolução dos direitos fundamentais, ocorreu a evolução da filosofia do direito em todas as vertentes daquele, como consequência do pluralismo inerente, fortalecido

³⁴ Neste ponto, cabe ressaltar que os “fundamentos da natureza” já foram atualizados aos moldes do liberalismo capitalista, no qual as mulheres ocupam empregos de menor remuneração, sobretudo em decorrência de fatores como gravidez e vida doméstica, perpetuando sua dependência para subsistência ao *pater famílias*. Sobre o tema, ainda se correlaciona o efeito do “teto de vidro”.

³⁵ Art. 7º, XIX da CRFB/88 (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2019) e art. 10, § 1º, do ADCT (BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 14 nov. 2019)

³⁶ “O fenômeno do teto de vidro, analisado por Steil (1997), é um exemplo de generificação velada nas organizações que impossibilita a ascensão das mulheres a níveis mais altos da hierarquia. Para ultrapassar o teto de vidro, as mulheres têm que criar uma nova identidade que se adapte às exigências organizacionais específicas, bem como ao ambiente (mais ou menos favorável ao seu desempenho) que as próprias organizações lhes propiciam (BELLE, 1993).” (CAPPELLE, M. C. A.; MELO, M. C.; BRITO, M. J. M.; BRITO, M. J. Uma análise da dinâmica do poder e das relações de gênero no espaço organizacional. *RAE-eletrônica*, V. 3, n. 2, art. 22, 2004)

³⁷ Os dados oficiais do IBGE em 2018 apontam para a diminuição do abandono escolar feminino nas últimas décadas, revelando que as mulheres têm atingido em média um nível de instrução superior aos homens, sobretudo quanto à formação de ensino superior. (IBGE. *Estatísticas de Gênero*. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf>. Verificado em 18 de janeiro de 2018). Entretanto, o que aqui se questiona é o fato do abandono escolar pelo gênero feminino ainda decorrer da atribuição de afazeres domésticos, sendo essa a segunda maior causa com índices de 26,1%, aproximando-se os índices por abandono em relação à complementação de renda familiar indicados em 30,5%. Os índices para o gênero masculino demonstram 0,8% de abandono em razão dos afazeres domésticos e 50,5% para complementação de renda familiar. (IBGE. *PNAD Contínua 2016*: 51% da população com 25 anos ou mais do Brasil possuíam apenas o ensino fundamental completo. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/18992-pnad-continua-2016-51-da-populacao-com-25-anos-ou-mais-do-brasil-possuiam- apenas-o-ensino-fundamental-completo>. Acesso em: 18 jan. 2019).

pelo avanço das sociedades democráticas. A atual valorização do constitucionalismo não significa a concordância ou sequer um caminhar na mesma direção; como dito anteriormente, apesar da finalidade comum, os diversos meios ou definições de que o que consubstancia qualquer conceito subjetivo, eventualmente levará a rotas não apenas conflitantes, mas opostas.

Em suma, o interesse comum genericamente considerado não é igual ao interesse individual e à sua manifestação, sendo suas aplicações práticas infinitas. Elucida-se: todos têm interesse na promoção do direito à liberdade e o seu fortalecimento, mas como tal liberdade se pronuncia e como proceder se a liberdade de um indivíduo afeta a liberdade de um terceiro, ou ainda, se algo antes lhe era conferido como sua “liberdade”³⁸, como agora retirar-lhe o domínio?

Nesse contexto, o feminismo não apenas se mantém relevante atualmente, como vivencia seu escopo, questionando o sexismo regente das organizações sociais aqui consideradas na cultura ocidental, cujo liberalismo ignora o *status quo* para efeitos práticos de aplicação de sua teoria.

1.3 O paradigma atual: moralidade, laicidade e sociedade

A “zona do não ser”³⁹ feminino, além de intensificada pela máscara liberal de igualdade que oculta o patriarcalismo ainda fundador das formas de organização social, é agravada quando se percebe a influência religiosa no Estado.

Nesse sentido, nos últimos dez anos tem-se assistido o crescimento da bancada evangélica no Congresso Nacional Brasileiro, tendo essa alcançado seu maior número de representatividade em 2019, com 91⁴⁰ congressistas de um total de 567⁴¹.

Tais números indicam que, não obstante a laicidade do Estado, a moral que permeia a cultura brasileira encontra-se fortemente ligada à moral religiosa. De maneira que a prerrogativa laica que justifica e incentiva a representatividade religiosa plútime, com azo a garantir a

³⁸ O termo é aqui colocado entre aspas em decorrência do que é compreendido ou atualmente exercido como liberdade do *pater família*, ainda que se trate de hipótese de manifestação de liberalidade de outrem.

³⁹ Termo originalmente utilizado por Frantz Fanon para referir-se ao racismo, sendo empregado no trabalho de forma análoga para descrever a situação feminina no espaço social, cuja teoria liberal diferencia, ou melhor, não diferencia, ao não determinar quem são os indivíduos. “Que quer o homem? Que quer o homem negro? Mesmo expondo-me ao ressentimento de meus irmãos de cor, direi que o negro não é um homem. Há uma zona de não-ser, uma região extraordinariamente estéril e árida.” (FANON, Frantz. *Pele negra máscaras brancas*. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 26).

⁴⁰ DIAP. *Eleições 2018*: Bancada evangélica cresce na Câmara e no Senado. Disponível em: <<http://www.diap.org.br/index.php/noticias/noticias/28532-eleicoes-2018-bancada-evangelica-cresce-na-camara-e-no-senado>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

⁴¹ DIAP. *Novo Congresso Nacional em números*. Disponível em: <<http://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/finish/100-novo-congresso-nacional-em-numeros-2019-2023/3912-novo-congresso-nacional-em-numeros-2019-2023>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

inclusão e fortalecimento de minorias, inclusive religiosas, traduz-se no sopesamento dessas e verdadeiro canibalismo da laicidade pela moral cristã.

Acerca da moral que permeia o Direito, aqui evocada independente de eventual teor religioso e de quaisquer limites fronteiriços do Direito Brasileiro, ressalta-se que apesar de os esforços seculares para determinar como ocorre tal influência, é notória a percepção que a total heteronomia não somente é impossível como carece de interesse para a concretização do Direito.

Radbruch então afirma que “o Direito, distinto da Moral, está, pois, a ela duplamente vinculado por seu conteúdo: ela é o fundamento de sua validade, porque um dos fins do Direito é possibilitar a moral”⁴². Transcreve-se:

Finalmente, não é correto opor a exterioridade das fontes de validade do Direito, sua heteronomia, à autonomia da Moral. Uma obrigação heterônoma é uma contradição em si mesma, pois não é a norma externa, enquanto tal, que obriga, e sim sua aceitação pela consciência. Heteronomia do Direito significa apenas que a consciência acolhe como próprio um complexo externo de normas, da mesma forma como a veracidade a orienta para a verdade segundo as leis da lógica. A obrigatoriedade, no entanto, bem como a validade de tal complexo de normas, só podem fundamentar-se em sua aceitação pela consciência. Enquanto deveres autônomos são qualificados como morais, deve-se reconhecer que a obrigatoriedade do Direito, sua validade, fundamenta-se, em última instância, no dever moral do indivíduo (Cf. Laun, *Recht und Sittlichkeit – Direito e Moralidade* _ Hamburgo, Oração do Reitor, 1924). Ordens jurídicas só podem ser elevadas a deveres de consciência porque servem a fins morais, a objetivos morais. A validade do Direito fundamenta-se na Moral porque os fins do Direito estão voltados para fins morais. (...), se o direito não pode realizar incondicionalmente a Moral, porque esta é necessariamente obra da liberdade, ele a torna possível; Direito é o que possibilita a Moral e, naturalmente, ao mesmo tempo, o que possibilita a imoralidade, dela se distinguindo, portanto, seu conteúdo. Por isso, pode *lhering* sustentar a tese segundo a qual a luta pelo Direito é luta pela afirmação da moral da própria pessoa, pela liberdade interior, à liberdade moral; por isso a luta pelo Direito é, em si mesma, um dever moral.⁴³

Verifica-se, portanto, que não se obsta a moral como fonte de direito, mas atenta-se ao fato de que para a preservação das sociedades modernas democráticas, a origem do Direito ocorre para a manutenção da moralidade íntima, preservando a liberdade do indivíduo, limitando-o na medida da proteção aos demais direitos individuais.

Assim, à moralidade fundadora de determinada norma, é defeso basear-se na moralidade individual. A redação do dispositivo deverá ater-se à criação de determinada tutela

⁴² RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Filosofia do Direito*. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. Disponível em: < https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/32393033/Introducao_a_Filosofia_do_Direito_-_Gustav_Radbruch.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1550159675&Signature=p9KbUeTKeyjTU1XsA1OXleoNWC0%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DGustav_RADBRUCH_INTRODUCAO_A_FILOSOFIA_D.pdf > Acesso em 14 fev. 2019.

⁴³ *Ibidem*.

subjetiva que garanta, na aplicação concreta da norma, a preservação dos direitos individuais, devidamente contextualizado e em consonância com os valores constitucionais.

Faz-se mister breve explanação: Pretende-se tutelar o direito à vida, e este encontra-se ligado à Dignidade⁴⁴, ambos de conteúdo moral e abstrato e sem teor axiológico. O primeiro paciente sofre um acidente gravíssimo e antes de entrar em coma relata sua vontade de ter o suicídio assistido na hipótese de impossibilidade de reversão do quadro. De outro ângulo, imagine-se um segundo paciente, nas mesmas condições, mas que em sua manifestação de vontade, em virtude de determinada crença religiosa, afirme sua vontade de permanecer ligado às máquinas.

Na hipótese supra, a moral fundadora e legitimadora da norma possui caráter abstrato, cujo teor axiológico somente será possível definir quando assimilados à moral individual no julgamento do caso prático, possibilitando resultados opostos em efeito, mas lineares em tutela e liberdade.

Em tempo, a individualização da moral quando da aplicação da norma abstrata deverá ocorrer nos conformes da individualidade de a quem se aplica e não do aplicador ou da sociedade, enquanto compatíveis com a moralidade constitucional e nas limitações dos demais direitos individuais e coletivos.

Entretanto, além de enfrentar desafios quanto à diferenciação entre a norma moral e a norma moralizante, há a agravante de que os primeiros ainda sofrem grandes influências da moralidade religiosa, sobretudo cristã, seja por eventuais valores em comum que são deturpados quando em sua aplicação individual, seja em decorrência da imposição da maioria⁴⁵ quando na edição de determinada norma moralizante.

Em que pese as escolas jurídicas alterarem seus entendimentos sobre a influência da moral no Direito, fato é que, em decorrência da impossibilidade de sua heterogeneidade, a moral sempre influenciou a edição de normas ou sua aplicação, sendo que essa moral, ora

⁴⁴ Acerca da Dignidade Humana, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma não se tratar de um Direito Fundamental, ao passo que uma vez equiparada a este estaria subordinada ao balanceamento com os demais Direitos Fundamentais e à aplicação do princípio da proporcionalidade. Entretanto, não há hipótese, quando corretamente ponderados, em que a Dignidade Humana de qualquer indivíduo possa ser sopesada legitimamente, razão pela qual esta não configura um Direito Fundamental, mas o fundamento material dos Direitos Humanos em si. (BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p., 67, 68)

⁴⁵ “O fato de um comportamento individual ofender valores compartilhados, por mais enraizados que sejam, não é razão suficiente para que seja restringido, quando não violar direitos de terceiros ou colidir com interesses coletivos”. (SARMENTO, opus citatum, p. 178)

assumidamente religiosa (jusnaturalistas), ora imiscuída nas redações jurídicas (positivista), nunca na história brasileira se desvinculou da moral religiosa da norma moralizante.

No contexto do pós-guerra do fortalecimento da discussão dos Direitos Humanos, desenvolveu-se a Escola Pós-positivista⁴⁶, a qual possui o “entendimento do sistema jurídico como um conjunto de regras e princípios, no qual estes últimos operam como portas de conexão entre o Direito e a Moral”⁴⁷, atribuindo poder normativo aos princípios⁴⁸. A este fenômeno Humberto Ávila⁴⁹ denominou de “Estado Principiológico”, e ocasionou o positivismo de princípios⁵⁰, tendo como marco no Direito Brasileiro a promulgação da Constituinte de 1988.

Aqui cabe destacar brevemente a diferenciação doutrinária entre regra e princípio. Na definição de Robert Alexy, tal distinção pode ser forte ou fraca, onde a definição fraca, adotada por Norberto Bobbio, orienta-se no sentido quantitativo ao definir princípios como as “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”⁵¹.

A distinção forte assume caráter qualitativo, sendo essa de natureza lógica e não meramente considerada em sua abstração genérica. É defendido por Ronald Dworkin ao afirmar que regras e princípios são standards, nos quais os princípios devem ser observados não para favorecer “uma situação econômica política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma dimensão da moralidade”⁵². Contrariamente, a

⁴⁶ Alguns autores defendem a “incompatibilidade entre constitucionalismo e positivismo. Nessa ordem de idéias, passou-se a falar em Estado Constitucional como modelo superior do Estado de Direito, e na substituição do princípio da Legalidade pelo Princípio da Constitucionalidade.” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos Direitos Fundamentais na perspectiva da Teoria dos Princípios*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 96)

⁴⁷ *Ibidem*, p. 95.

⁴⁸ Princípio, na definição de Canotilho caracteriza-se por: “a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do Juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa; c) Caráter de fundamentalidade no sistema de fontes do direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d) “Proximidade” da idéia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “idéia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) Natureza Normogenética; os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.” (CANOTILHO, apud, *ibidem*, p.91/92)

⁴⁹ ÁVILA apud, *ibidem*, p. 90.

⁵⁰ “O ataque promovido contra o positivismo não tem seu ponto central na afirmação da normatividade e na força obrigatória dos princípios, mas nos critérios de distinção que se utiliza para estremá-los das regras. Muda-se, assim, o foco da discussão. A discordância decisiva a respeito dos princípios deixa de referir-se à sua força obrigatória – hoje genericamente aceita –, passando a envolver sua morfologia e a função que desempenham no processo hermenêutico”. (*ibidem*, p. 96/97)

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 148.

⁵² DWORKIN, apud. PEREIRA, opus citatum, p. 100, nota 46.

aplicabilidade de determinada regra depende exclusivamente de critérios formais de validade, ao passo que “são aplicáveis à maneira do tudo ou nada”⁵³, e ainda, “os princípios ostentam uma dimensão de peso específico ou importância, que não está presente nas regras”⁵⁴.

No entanto, Robert Alexy⁵⁵, apesar de adotar a distinção forte, assevera que as regras também são passíveis de adequação, não se valendo de critérios meramente formais. A diferenciação ocorreria na medida em que as regras são “comandos definitivos”, enquanto os princípios são “comandos de otimização”⁵⁶:

As regras são normas que, quando se cumpre o suposto de fato, ordenam uma consequência jurídica definitiva, isto é, quando se cumprem determinadas condições, ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam definitivamente fazer algo. Portanto, podem ser chamadas de “comandos definitivos”. Sua forma de aplicação característica é a subsunção. Diversamente, os princípios são comandos de otimização. Enquanto tais, são normas que ordenam que algo se realize na medida do possível segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Isto significa que podem ser realizados em diferente grau e que a medida de sua realização depende não só das possibilidades fáticas, mas também jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio estão determinadas essencialmente, além de pelas regras, pelos princípios opostos. Isto significa que os princípios requerem e dependem de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação do princípio.

A inclusão dos princípios conquanto norma e a reaproximação do Direito e da Moral é essencial para o fortalecimento do Estado plútime pretendido, mas traz consigo novas dificuldades para o enfrentamento da moral religiosa no âmbito da Democracia.

Em decorrência da subjetividade inerente dos princípios e da carente interpretação sobre o direito à expressão e do princípio democrático, seja aquela manifestada pela sociedade, seja pelos representantes eleitos, o Brasil tem vivenciado realidades como o slogan presidencial

⁵³ DWORKIN, apud, ibidem, p. 101.

⁵⁴ Ibidem, p. 101.

⁵⁵ ALEXY, apud, ibidem, p. 103

⁵⁶ Os princípios como comandos de otimização assumem relevância quando do confronto de normas de caráter principiológico, para as quais, contrariamente à análise de Dworkin, a ponderação dos princípios não corresponde à dimensão de peso e a conseqüente hierarquia entre eles (análise classificatória), mas a possibilidade destes serem aplicados em diferentes graus, verificado o caso concreto. Nesse sentido, Humberto Ávila: “Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. (...) Alexy demonstra a relação de tensão no caso de colisão entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as conseqüências normativas de forma direta, ao contrário das regras. (...) Daí a definição de princípios como deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 57,58).

“Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”⁵⁷, precedido do impeachment da Presidente Dilma Rousseff, com os votos de 50⁵⁸ Deputados Federais dedicados à Deus, além das propostas legislativas PL n° 478/2007⁵⁹, PL n° 6583/2013⁶⁰, PEC n° 29/2015⁶¹, PL n° 261/2019⁶² e do Decreto n° 7.107/2010⁶³.

O direito ao livre pensamento, este vinculado ao direito à moral individual, e a sua respectiva liberdade de expressão, é frequentemente confundido com o suposto direito de imposição, tendo por base o argumento democrático da liberdade pessoal às próprias crenças e de que para tal imposição dependeria somente da aprovação da maioria. Em suma, o direito de se afirmar não se confunde com o direito de impor.

É cediço que a Democracia preza pela tutela da liberdade de expressão – aqui também compreendida em seus atos - de qualquer crença, mas esse exercício não pode ser exprimido em face de terceiros com fito de retirar-lhes a própria autonomia, sob o pretexto da mera vontade da maioria⁶⁴ ou de violação de direito próprio quando da ação de condutas não condizentes com a moral individual.

⁵⁷ PSL. *Partido Social Liberal*. Disponível em: <<https://www.pslnacional.org.br/>> Acesso em: 15 de fev. 2019.

⁵⁸ GLOBO. *Deus, filhos... Veja os termos mais citados na votação do impeachment*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/deus-filhos-veja-os-termos-mais-citados-na-votacao-do-impeachment.html>> Acesso em: 15 fev. 2019.

⁵⁹ Dispõe sobre a criação do Estatuto do nascituro que propõe o auxílio financeiro, além de outros benefícios aos filhos concebidos em um ato de violência sexual. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Proposta Legislativa n° 478/2007*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>> Acesso em: 15 fev. 2019)

⁶⁰ Dispõe sobre a criação do Estatuto da Família que pretende definir entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Proposta Legislativa n° 6583/2013*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>> Acesso em: 15 fev. 2019)

⁶¹ Propõe a alteração da Constituição Federal para acrescentar no art. 5º, a explicitação inequívoca “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”. (SENADO FEDERAL. *Proposta de Emenda a Constituição n° 29, de 2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>> Acesso em: 15 fev. 2019)

⁶² Dispõe sobre a proibição da comercialização e uso de métodos contraceptivos considerados abortivos, como DIU e minipílulas. O projeto foi temporariamente retirado para complementação das fundamentações. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Proposta Legislativa n° 261/2019*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190793>> Acesso em: 15 fev. 2019)

⁶³ Dispõe sobre o ensino católico ofertado nas escolas públicas, nos termos do art. 11, “A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa. §1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.” (BRASIL. *Decreto n° 7.107, de 11 de fevereiro de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm> Acesso em: 15 fev. 2019)

⁶⁴ O que acarretaria na chamada Ditadura da maioria.

A Democracia modernamente considerada não se restringe a exprimir a vontade da maioria, mas de considerar e viabilizar a existência digna de todos os cidadãos nos valores por esses considerados, dentro dos limites da expressão de seus direitos individuais.

Isso posto, o capítulo abordou questões fundamentais para a atuação do judiciário, bem como para a edição da norma no âmbito do Estado Democrático de Direito e a essencialidade da contextualização e da interdisciplinaridade para a aplicação correta do Direito. Afirma-se a relevância dos movimentos feministas contemporâneos e a herança e influência da moral religiosa ainda nos dias atuais, cujas pontuações serão melhor relacionadas nos capítulos subsequentes.

2. VIDA E O DIREITO À VIDA

Neste capítulo, será estudado o conceito jurídico de Dignidade Humana e sua correlação com o Direito à Vida. Prosseguir-se-á com a devida contextualização e adequação ao Estado Constitucional vigente, sendo tal discussão relevante quando da produção dos efeitos do direito à Personalidade imbuído no art. 2º do CC/2002⁶⁵.

Ainda na leitura do dispositivo, serão ressaltadas as Teorias principais que versam sobre o momento da aquisição da Personalidade Civil – Natalista, Concepcionista e Condicionada – e a contraposição com a norma positivada. Propõe-se a análise crítica da combinação das normas dispostas no art. 2º do CC/2002⁶⁶, quais sejam, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida” e “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

2.1 Dignidade Humana

Na concepção moderna, o Direito à Vida encontra-se ligado à Dignidade Humana, ao que faz jus pontificar algumas ponderações: Luís Roberto Barroso⁶⁷ afirma que a Dignidade Humana é caracterizado como um princípio jurídico, não podendo ser encarada como um Direito Fundamental, na medida em que, nesse último, a Dignidade Humana subordinar-se-ia ao balanceamento com os demais Direitos Fundamentais e à aplicação do princípio da proporcionalidade:

Uma vez que a dignidade é tida como o alicerce último de todos os direitos verdadeiramente fundamentais e como fonte de parte do seu conteúdo essencial, seria contraditório considerá-la como um direito em si, já que ela é parte de diferentes direitos. Além disso, se a dignidade humana fosse considerada um direito fundamental específico ela necessariamente iria ter que ser ponderada com outros direitos fundamentais, o que a colocaria em uma posição mais fraca do que ela teria caso fosse utilizada como um parâmetro externo para aferir soluções possíveis nos casos de colisões de direitos. Como um princípio constitucional, contudo, a dignidade humana pode precisar ser ponderada com outros princípios ou metas coletivas.

Para o jurista, não há hipótese, quando corretamente ponderados, em que a Dignidade Humana de qualquer indivíduo possa ser sopesada legitimamente, razão pela qual essa não

⁶⁵ Art. 2º do CC/2002: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2019)

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ BARROSO, opus citatum, p., 67/68, nota 44.

configura um Direito Fundamental, mas o próprio fundamento material dos Direitos Humanos em si.

Atrelando-se ao fato de que toda norma visa a afetação na vida do indivíduo e o concorrente direito à liberdade, tem-se que qualquer norma, por mais longínqua do topo da pirâmide de Kelsen, necessita de justificadora legitimada na promoção desse valor máximo último exprimido na Dignidade Humana.

Assim, emanadora de todo o ordenamento jurídico, a Dignidade Humana reside no topo hierárquico, sendo mencionada, inclusive, no art. 1º, III da CRFB/88⁶⁸ e garantida sua positivação e essencialidade como fundamentadora do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil. Devidamente alocada, no entanto, parece equivocada a tese de ser essa um princípio, na medida em que esses também dependem de respaldo desse valor primo.

Valor, como se identifica a Dignidade Humana, pode ser definido como a qualidade pela qual se atribui merecimento intrínseco ou extrínseco de algo ou alguém, ao que corrobora José Afonso da Silva:

Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica, Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.⁶⁹

Em que pese o inegável caráter subjetivo e íntimo, fato é que, uma vez justificadora de toda a ordem jurídica, faz-se mister deflagrar de forma objetiva como a Dignidade Humana incide no Direito, ao passo que um direito que possa ser evocado por ambos os lados se torna juridicamente inútil⁷⁰ [informação verbal].

A Dignidade Humana, portanto, na percepção de condição inerente a todos os indivíduos, identifica três qualidades⁷¹ comuns àqueles que a detém: o Valor Intrínseco a todos os seres humanos, a Autonomia de cada indivíduo e o Valor Comunitário⁷².

⁶⁸ BRASIL, opus citatum, nota 35.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana Como Valor Supremo da Democracia*. Disponível em: <file:///D:/Downloads/47169-94073-1-PB%20(1).pdf> Acesso em: 15 mai. 2019.

⁷⁰ Palestra concedida pelo Ministro Luís Roberto Barroso à UNICEUB em abril de 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=MwaAsLs7kks&t=536s>> Acesso em: 14 nov. 2019.

⁷¹ BARROSO, opus citatum, p., 72, nota 44.

⁷² O termo “valor” é aqui empregado em sentido diverso àquele da dignidade humana como Valor, indicando uma qualidade daquilo que tem legitimidade ou validade.

O Valor Intrínseco decorre do pensamento Kantiano, onde cada indivíduo possui um fim em si mesmo, de forma que a Dignidade Humana é um valor objetivo, não passível de perda ou concessão, mas inerente à qualidade humana. “O valor intrínseco é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser. (...) O valor intrínseco é oposto ao valor atribuído ou instrumental, porque é um valor que é bom em si mesmo e que não tem preço.”⁷³

Por seu turno, a Autonomia encontra-se ligada à autodeterminação, não se limitando à capacidade de suprir necessidades básicas, mas abrangendo o livre arbítrio e a disposição de meios para seu exercício. Ressalta-se que à interpretação sobre tal capacidade é vedada a discriminação da autonomia⁷⁴ de determinado grupo: ao Estado recai o dever de tutelar todas as formas de se viver e de autodeterminação, promovendo a igualdade material, resguardando os indivíduos contra quaisquer preconceitos de raça, deficiência, sexualidade, gênero, hipossuficiência e inúmeros outros:

A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger sua vida.⁷⁵

Já o Valor Comunitário traz consigo os limites à Autonomia, de forma a resguardar a sociedade de eventuais excessos, atribuindo para tanto, um conceito de Dignidade como Heteronomia, fundada em valores comunitários, mediante um “consenso sobreposto”⁷⁶:

A dignidade humana como valor comunitário, também chamada de dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia, representa o elemento social da dignidade. Os contornos da Dignidade humana são moldados pelas relações do indivíduo com os outros, assim como com o mundo ao seu redor. A autonomia protege a pessoa de se tornar apenas mais uma engrenagem do maquinário social. Contudo, como na famosa passagem de John Donne, “nenhum homem é uma ilha, completa em si mesma”. A expressão “valor comunitário”, que é bastante ambígua, é usada aqui por convenção, para identificar duas diferentes forças exógenas que agem sobre o indivíduo: 1. Os compromissos, valores e “crenças compartilhadas” de um grupo social, e 2. As normas impostas pelo Estado. O indivíduo, portanto, vive dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado. Sua autonomia pessoal é restringida por valores,

⁷³ BARROSO, opus citatum, p., 76, nota 44.

⁷⁴ Sobre o tema, a história é recorrente em afirmar a exclusão de determinados grupos sob o fundamento de ausência ou inferior capacidade de Autonomia, dos quais citamos: mulheres, crianças, leprosos, deficientes, homossexuais, negros, indígenas, animais. Atualmente, deficientes obtiveram grande reconhecimento de suas autonomias com o advento da Lei nº 13.146/15. De igual modo, os direitos dos animais têm sido reconhecidos para considerar sua dignidade e ampliar sua esfera de proteção.

⁷⁵ BARROSO, opus citatum, p., 81.

⁷⁶ “A ideia de um consenso sobreposto nos permite entender como um regime constitucional caracterizado pelo fato do pluralismo pode, apesar de suas profundas divisões, alcançar estabilidade e união social através do reconhecimento público de uma concepção razoável de justiça” RAWLS, apud, ibidem, p., 88.

costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva.⁷⁷

Dessa feita, a Dignidade Humana somente pode ser satisfeita quando presentes as três condições supra, onde a primeira – Valor Intrínseco - é impassível de ser retirada ou sopesada por tratar-se de critério objetivo, inerente à qualidade humana e não se submetendo a qualquer análise qualitativa.

No entanto, enquanto o Valor Intrínseco é aplicado sumariamente, a Autonomia e o Valor Comunitário nascem da ponderação do duplo valor humano como indivíduo e ser social. Aproximam-se da forma de atuação da Teoria de freios e contrapesos, na qual a incidência das respectivas qualidades ocorre na medida da limitação que essas se opõem mutuamente. Aqui destaca-se que tal ponderação não recai sobre a valoração da Dignidade, mas da autoria dos Direitos dela derivados eventual e casuisticamente suscitados.

Dessas constatações, afere-se que as três qualidades subsistem isoladamente, mas a incidência da moral sobre elas ocorre em momentos distintos. Se no Valor Intrínseco e no Valor Comunitário a moral democrática é fundadora, na Autonomia a mesma é limitadora do exercício da moral individual e somente quando agrupadas as três qualidades se constitui a Dignidade Humana. E ainda, o Valor Intrínseco é a única qualidade que existe independente da ponderação, sendo ele que fundamenta e contrabalança a Autonomia e o Valor Coletivo. Pode-se dizer que a relação entre as três qualidades não é equiparada, ou seja, não representam cada qual um vértice de um triângulo.

Assume-se, portanto, que o Valor Intrínseco é primário aos demais, de forma que esse tem a forma sólida e imutável frente a todos os seres humanos, aqui considerados individualmente e coletivamente. Em decorrência dessa dupla consideração, as qualidades da Autonomia e do Valor Comunitário, contrariamente à primeira, têm a forma abstrata e atuam como forças opostas incidentes nesta.

Quando do julgamento de determinado caso concreto, pode-se falar – aqui desprovido de sentido estrito dos termos empregados – que todo conflito de Direitos, ainda que ocorrido entre particulares, é resumido à dicotomia⁷⁸ entre a afirmação da autonomia em face da

⁷⁷ Ibidem, p., 87.

⁷⁸ Essa dicotomia decorre justamente da equivalência entre os titulares dos Direitos Fundamentais, bem como da ausência de hierarquia entre os referidos Direitos. Aqui cabe destacar que tal equivalência ocorre somente no campo abstrato dos Direitos Fundamentais, uma vez que os demais Direitos constitucionais, bem como aqueles concedidos em norma infraconstitucional precisam estar de acordo com o Diálogo das fontes e a supremacia constitucional. Assim, qualquer norma mesmo que infraconstitucional é necessariamente amparada pela Constituição e resguarda em algum plano, a correlação com os Direitos Fundamentais. Às normas é comum a

coletividade⁷⁹. Assim, uma decisão, ainda que limitada na sua aplicabilidade e produzindo efeitos somente *inter partes*, atinge e condiciona a sociedade como um todo.

Tal dicotomia não assume formas sobre as partes do processo, de maneira que ambas as partes correspondem às forças da Autonomia e do Valor Comunitário. Explica-se: o autor exerce força de Autonomia ao alegar seu direito individual, enquanto é contestado pelo direito individual do réu que exerce a força na forma do Valor Comunitário, aproximando-se aqui da forma de atuação da Teoria de freios e contrapesos, na qual a incidência das respectivas qualidades ocorre na medida da limitação que essas se opõem mutuamente. Sob a ótica do Réu no processo, o mesmo ocorre. O réu afirma determinado direito individual e a sua Autonomia face ao autor, enquanto esse exerce seu direito individual como Valor Comunitário para restringir as liberdades do réu.

Essa troca de atuação das forças evidencia sua a dinamicidade, de modo que ora pesam, ora restringem, buscando o equilíbrio. Sendo o Valor Comunitário força constitutiva da Dignidade Humana, afirma-se que essa não pode ser traduzida em um Direito, mas designa um valor comum, representado no equilíbrio entre o ser humano individual e socialmente considerado e que outorga e é manifestada no exercício dos Direitos Fundamentais no plano íntimo de cada indivíduo⁸⁰. Assim, a Dignidade Humana não é uma qualidade sólida e limitada, mas um sistema de equilíbrio.

A este fenômeno constante sobre o dinamismo da Dignidade Humana e a sua percepção como uma qualidade objetiva em sua composição, mas móvel sobre a sua atuação, dá-se o nome de Teoria do Movimento da Dignidade Humana.

Nesse sentido, não há como existir conflito entre duas Dignidades, na medida em que essa é um valor uno e macro que traduz a relação dinâmica das três qualidades que a compõem.

origem em determinado preceito fundamental, por mais distantes que estejam na hierarquia da pirâmide de Kelsen. De outra face, a análise da equiparação de direitos *lato sensu* não assume caráter absolutamente verdadeiro, na medida em que são lícitas as concessões de benefícios de Direitos a determinados grupos com vista a tutelar o Direito Fundamental de Igualdade deflagrado na também na efetivação da igualdade material.

⁷⁹ Na medida em que o Direito surge das interrelações humanas, esse versa primordialmente sobre a colocação do indivíduo na sociedade, seja essa ora representada por um particular, ora representada pela coletividade.

⁸⁰ “A expressão dignidade da pessoa humana não pode se traduzir num absoluto (fim) que admita em seu nome todo tipo de exploração, expolição, dominação (meio), para que seja buscada e respeitada. Os absolutos foram táticas da modernidade que se exauriram ao longo das últimas experiências do século XX, que somente trouxeram consigo fome, miséria, prisão, ódio e imperialismo. Tratar-se-ia, neste caso, de uma inaceitável ética de fins. Uma concepção de dignidade cultural da pessoa humana (versão pós-moderna da ideia de dignidade) está em fermentação em pleno bojo dos conflitos mais cruéis (...) para a afirmação lógica da dignidade universal da pessoa humana (versão moderna da ideia de dignidade)”. (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Heremênutica e Constituição: A Dignidade da Pessoa Humana como Legado à Pós-Modernidade*. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Orgs.). *Dignidade da Pessoa Humana: Fundamentos e Critérios Interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 263)

Admitir o conflito entre Dignidades seria afirmar a valoração das manifestações de dignidade, o que violaria o direito individual.

Destarte, a Dignidade Humana é um valor comum, pretérita aos princípios, na medida em que todas as regras e princípios em algum ponto fundam-se na aplicação da Dignidade Humana.

Diante da impossibilidade de valoração e contraposição de duas Dignidades – sendo essa uma – quaisquer conflitos ocorrerão na esfera dos Direitos (esses sim divisíveis e meios pelos quais o indivíduo exerce sua Dignidade) e a ponderação no campo dos Princípios, cabendo ao julgador a análise sobre os direitos incidentes e a decisão sobre a norma aplicável conforme a determinação da autoria do direito.

2.2 Direito à Vida

Não obstante a aparência, o conceito de Vida não pode ser confundido com o conceito jurídico de Vida. Vida *lato sensu* é um Direito Fundamental e como tal, é dotado da subjetividade que lhe é inerente. É, portanto, um conceito que se submete às interpretações múltiplas sobre sua manifestação, de forma que atrelá-lo juridicamente a qualquer dessas caracteriza, por si só, uma violação às liberdades individuais. A essa conceituação de Vida, filósofos, cientistas, religiosos e artistas empregaram esforços milenares, cujas obras se revelam mais aptas a elucidar quaisquer aventuras sobre o tema.

O termo vida é empregado para definir um fato natural e biológico, frequentemente ligado às definições médicas sobre seu marco inicial e final. Apesar de tratar-se de uma conceituação objetiva, não é pacífica a definição desses marcos, remontando a uma das maiores discussões mundiais: afinal, a Vida se inicia com o nascimento, com a concepção ou ainda com a fecundação do óvulo?

O trabalho não se propõe a responder essa *questio*. O bem jurídico Vida, ainda que possa ser traduzido objetivamente na representação da mera oposição ao que está morto – aqui independente de quaisquer interpretações –, assume perspectiva diversa para o Direito, onde esse bem, vez que caracterizada como um Direito Fundamental e meio de manifestação da Dignidade Humana, também se sujeita à subjetividade e ao sistema de equilíbrio que lhes é inerente, derivadas, justamente, da tutela da pluralidade democrática.

Assim, o bem jurídico Vida expresso no Direito à Vida subdivide-se naquele subjetivo e noutra objetivo. No primeiro, o qual será abordado neste tópico, está atrelado à Dignidade

Humana, de modo que esta é manifestada na individualidade, inserida nas liberdades individuais de viver conforme a definição de Vida acima referida.

Nesse sentido, a positivação desse Direito possui duplo espectro em seu caráter subjetivo: a garantia dessa liberdade e sua igual limitação à esfera íntima. Sobre essa última, relembra-se que, em que pese o Direito submeter-se à moral, esta é apenas para garantir o exercício da moral individual, assegurando a pluralidade Democrática no exercício desse Direito.

De fato, Dignidade Humana, valor que expressa direito transindividual, não pode ser contraposta como se individuais fossem. A Dignidade como valor uno e ambivalente – assume feições de caráter individual e social – não é divisível de forma a se distinguir e eventualmente conflitarem, sendo impossível a contraposição de duas Dignidades Humanas e a decisão sobre a prevalência de uma.

Ao Judiciário cabe analisar a legitimidade da autoria dos Direitos – tema que será melhor discutido no capítulo subsequente - e não a valoração das Dignidades. A contraposição e a prevalência, portanto, refere-se apenas aos Direitos Fundamentais, não da Dignidade, porque em suma, a Dignidade Humana⁸¹ é mera fundamentação de ambos os Direitos contrapostos.

Por oportuno, ressalta-se que quando da prevalência de determinado Direito Fundamental, essa não denota qualquer hierarquização, uma vez que tal valoração se traduziria na aplicação da moral individual e a consequente valoração sobre o conceito de Dignidade. Por essa razão, compreende-se que a carga entre os Direitos Fundamentais é dinâmica, sendo a questão de autoria a ser determinada caso a caso.

Toma-se como exemplo o caso da venda de biografias não autorizadas, onde ocorre a contraposição do Direito à liberdade de expressão e o Direito à privacidade. Contrariamente ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal⁸², a liberdade de expressão versa sobre fatos públicos ou da vida pessoal do emissor, ainda que de caráter opinativo. Na hipótese da Biografia de determinada celebridade, não há liberdade de expressão de terceiros para lhe conferir poderes de dispor sobre a história de vida de outrem, ainda que famoso. Tal liberdade somente poderia abranger os fatos tornados públicos (aqui abrange-se os conteúdos de domínio público) ou de

⁸¹ “A laicidade dispõe que Igreja e Estado devem ser separados. (...) A neutralidade, nesse contexto, indica que a dignidade humana não seja entendida como exigindo qualquer visão perfeccionista, ideológica ou política particular. Busca-se um conteúdo mínimo de dignidade humana capaz de ser aceito por conservadores, liberais ou socialistas, assim como por pessoas que professam diferentes concepções razoáveis de bem e de vida boa. A ideia de neutralidade é um ponto central do pensamento liberal contemporâneo, embora esteja longe de atingir aceitação universal.” (BARROSO, opus citatum, p. 73,74, nota 44)

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4815*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>> Acesso em: 20 fev. 2019.

teor opinativo do redator. A vedação à publicação da biografia não autorizada não viola o Direito à liberdade de expressão, vez que não restou comprovada a autoria de Direito da editora. De outra face, subsiste o Direito à Privacidade sobre os fatos íntimos da vida, não abrangidos pelo relevante interesse social, em que pese tratar-se de celebridade.

Situação similar, mas que muito se difere, ocorre quando se pretende escrever texto jornalístico ou biografia não autorizada com teor informativo, ainda que versando sobre fatos aparentemente de cunho pessoal, como na retratação da vida de determinada figura política. Decerto que figura política tampouco perde seu direito à privacidade, mas a dimensão do conteúdo de relevante interesse social é ampliada na hipótese, conferindo maior permeabilidade com os aspectos da vida privada: imagine-se determinado candidato parlamentar que afirme defender durante a campanha a promoção dos direitos raciais, mas seja flagrado cometendo crime de racismo; ou aquele que afirme defender a proteção da família, mas não cumpra com a pensão alimentícia dos filhos menores. O Direito à liberdade de expressão é, portanto, amparado por seu teor público, justificado pelo relevante interesse social, fortalecendo-se ainda pela presença do Direito à informação; razão pela qual a autoria do Direito é invertida, não havendo que se falar em violação da Dignidade Humana, vez que não houve violação do Direito à privacidade.

Isso posto, retoma-se a conceituação jurídica de Vida para encerrar a exposição de seus aspectos subjetivos. No mais, passa-se agora à sua correlação para com o Direito da Personalidade.

2.3 Personalidade Civil

O art. 2º do CC/2002⁸³, *in initio*, dispõe sobre o Direito à Personalidade, no qual determina que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. Nas palavras de Caio Mário, “a ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres. Esta aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano”⁸⁴.

O personalismo é consequência da mudança de paradigma no Direito, onde a preocupação prima desse não mais é centrada na propriedade, modelo da liberdade francesa de

⁸³ BRASIL, opus citatum, nota 65.

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil / Atual*. Maria Celina Bodin de Moraes. 28 ed., V. I, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 181.

1804, mas na construção de uma filosofia sobre o ser humano individual e coletivamente considerado, sem retornar aos modelos organicistas e utilitaristas pretéritos:

O personalismo é tanto uma luta contra o individualismo quanto contra o coletivismo. Ressalta que a finalidade do Estado é a pessoa (rechaça, portanto, o coletivismo), mas, além de trabalhar com a individualidade do ser humano, também reconhece a sua dimensão comunicacional e relacional (residindo aqui a diferença para o individualismo)⁸⁵

O Direito Fundamental à Personalidade, portanto, reflete a qualidade do valor intrínseco dos seres humanos constitutiva da Dignidade Humana, motivo pelo qual, apesar de se tratar de conceito subjetivo, possui critério objetivo de aplicabilidade, estendendo-se a todos os indivíduos nascidos com vida.

Em suma, vale dizer que o Direito à personalidade está inserido no Valor Intrínseco, de forma que não se pode afirmar a equivalência dos dois conceitos. A personalidade, ainda que difusa e não condicionada a quaisquer requisitos psíquicos, exprime a capacidade de não somente adquirir direitos, mas de contrair obrigações.

O Direito à personalidade não se confunde com Vida ou o Direito à Vida. Em que pese a menção à vida no texto do art. 2º do CC/2002⁸⁶, é claro para fazer referência ao marco inicial adotado para a aquisição destes direitos da personalidade. Por sua vez, essa não resulta na aceção lógica de que não há Direitos pretéritos à personalidade, ou tampouco visa a definir em onde se inicia a Vida ou o Direito à vida.

Defende-se, portanto, que o referido marco do Direito à personalidade não se distingue daqueles óbices criados pelo Código Civil ao determinar as definições sobre capacidade civil, onde inclusive o incapaz é detentor de direitos. O fato de limitar os direitos e deveres de determinado grupo não pode ser traduzido na total inexistência desses, mas apenas na sua especificidade, tanto que assim o faz quando da leitura do art. 2, *in fine*, do CC/2002⁸⁷.

Aqui, brevemente, insta salientar as teorias jurídicas existentes sobre quando a personalidade civil é adquirida, quais sejam, Teoria Natalista, Concepcionista e Condicionada

A Teoria Natalista, defendida por Pontes de Miranda⁸⁸, refere-se ao disposto na parte primeira do art. 2º do CC/2002⁸⁹, a qual aduz que o Direito à Personalidade se origina quando

⁸⁵ MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana*. Curitiba: Juriá, 2016, p.40.

⁸⁶ BRASIL, opus citatum, nota 65.

⁸⁷ BRASIL, *Ibidem*.

⁸⁸ MIRANDA apud BERTONCINI, Carla; SANTOS, Felipe. *A personalidade civil dos nascituros e os seus reflexos jurídico-processuais*. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 23. p. 15,32.

⁸⁹ BRASIL, opus citatum, nota 65.

do nascimento com vida, motivo pelo qual o nascituro não é sujeito de Direitos durante a vida intrauterina. Em que pese a parte final, acrescenta que na determinação dos Direitos do Nascituro, a validade da norma estaria vinculada à previsão no CODEX de quais são esses Direitos:

No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pode ter sido sujeito de direito, nunca foi pessoa. Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter tido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.

Contrariamente, a Teoria Concepcionista é fundamentada na parte final do mesmo dispositivo, cuja norma salvaguarda os Direitos do nascituro desde a concepção, ao que compreende a personalidade civil iniciada quando da fecundação do óvulo:

Destarte, assim como a corrente Natalista defende sua tese com base na omissão de quais direitos o ordenamento jurídico confere aos nascituros, a teoria Concepcionista aponta que outra omissão, qual seja, a de um termo restritivo no artigo 2º do Código Civil, fez com que não houvesse restrições em relação aos direitos a eles atribuídos.⁹⁰

Já a Teoria Condicionada, derivada da interpretação conjunta das normas instituídas no art. 2º do CC/2002⁹¹, resulta na combinação das suas teorias anteriores para afirmar o início da personalidade civil quando da concepção, ficando essa em condição suspensiva até o momento posterior do nascimento com vida. “Sem prejuízo desta condição suspensiva, os direitos da personalidade já são reconhecidos aos nascituros desde a concepção, a fim que seja assegurado, substancialmente, o nascimento com vida”.⁹²

Evidenciados os temas que permeiam o Direito à Vida e a não equivalência desse para com a conceituação de Vida, Dignidade humana e Direito à Personalidade, resta verificar onde se inicia cada uma dessas, e a compatibilidade das normas constantes do art. 2º do Código Civil de 2002⁹³.

2.4 A compatibilidade das normas do art. 2º do Código Civil de 2002

Pela extensão de todos os conceitos expostos, é oportuno ratificar sucintamente alguns tópicos: Vida é um conceito abstrato e íntimo, derivado de um fato natural objetivo e que não pode ser confundido com o Direito à Vida. Por seu turno, o Direito à Vida possui, além do

⁹⁰ BERTONCINI; SANTOS, opus citatum, p. 15,32.

⁹¹ BRASIL, opus citatum, nota 65.

⁹² BERTONCINI; SANTOS opus citatum, p. 15,32.

⁹³ BRASIL, opus citatum, nota 65.

aspecto objetivo, aquele de caráter subjetivo, abrangendo o direito de o indivíduo manifestar plenamente a Vida em condições não inferiores ao mínimo existencial e exercer a sua Dignidade Humana individualmente considerada, mediante a tutela dos Direitos Fundamentais dela derivados. Já o Direito à Personalidade, versa sobre mera aquisição de determinados Direitos e deveres, essa vinculada ao nascimento com vida, tendo o legislador optado pela adoção da Teoria Natalista.

O art. 2º do CC/2002⁹⁴ dispõe na íntegra “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Conforme visto, no que tange à primeira norma disposta no artigo supra, os direitos da personalidade traduzem apenas uma parcela dos direitos existentes, de modo que não se pode afirmar que aqueles que não são dotados de personalidade não gozam de nenhuma categoria de direitos, exemplificando para tanto as hipóteses dos nascituros e dos animais⁹⁵.

A segunda norma incutida no referido dispositivo, no entanto, se mostra mais atinente à controvérsia do trabalho, determinando, justamente, o exemplo dado acima, acerca do reconhecimento dos direitos do nascituro, pretéritos à aquisição dos direitos da personalidade. Tal aditivo determina – e comprova – a tese exposta no capítulo anterior, onde o direito à personalidade não precisa o momento em que o sujeito passa a ser detentor da capacidade de adquirir direitos, mas a detenção da capacidade de alguns direitos⁹⁶.

Quais seriam, portanto, esses direitos pretéritos aos direitos da personalidade? A resposta remonta à fundamentação dos direitos, percebida na Dignidade Humana. Assim, ao nascituro, aqui compreendido como o ser humano já concebido, com expectativa legítima de

⁹⁴ Ibidem..

⁹⁵ Aqui cabe destacar breve nota acerca da divergência doutrinária, na qual alguns juristas ambientalistas reconhecem o direito à personalidade e dignidade nos animais: “Nosso ordenamento realmente tem como um de seus principais fundamentos a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III da Constituição Federal), princípio esse que espraia por todo o sistema de modo a orientar a interpretação das demais normas constitucionais. Todavia, o vértice de dignidade humana não é só um caminho de mão única excludente da possibilidade de valoração e consideração de outras realidades que merecem, ainda que em menor extensão, a titularização de determinados direitos subjetivos fundamentais.” (LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1. ed., 2008. p. 484)

⁹⁶ “O que impende deixar assente é que a comparação entre as duas partes do art. 2º coloca o intérprete ante esta alternativa: ou aceita a possibilidade de ser titular de direitos um ente desprovido de personalidade, ou imputa ao Código contradição insolúvel, violação escancarada de um dos primeiros princípios da razão especulativa. *Tertium non datur*. E, por falar em princípios: no plano jurídico, nenhum princípio *a priori*, vale sublinhar, exige que se identifique “personalidade” e “possibilidade de ser titular de direitos”. É questão deixada a critério do legislador, que pode optar pela identificação ou pela separação conceptual. A circunstância de ser mais comumente adotada a primeira solução não obriga o jurista a aderir a ela, salvo quando está expondo ordenamento que a ela o adira. O *ius positum* é que, livremente, decide. Conforme ressalta do confronto entre as duas partes do art. 2º do Código Civil de 2002, o direito brasileiro, à evidência, preferiu não identificar os conceitos.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito do Nascituro à Vida*. *Revista da Academia Brasileira de Ciências Jurídicas*, Rio de Janeiro: Renovar, n° 25, 2006. p. 209)

vida fora do útero materno, é conferida Dignidade Humana e o consequente reconhecimento conquanto sujeito de direitos nos termos do dispositivo.

Nessa percepção, é necessário reconhecer o fato de que há vida antes do momento do nascimento. Se há a possibilidade de que se ocorra o nascimento com vida ou sem vida é porque essa condição é pretérita ao momento parto e, por conseguinte, também a Dignidade Humana. Quando então se origina a vida é a questão que comumente se sobressai.

No entanto, o jurista tem que evitar o vício de buscar responder a essa pergunta. O momento em que se inicia a vida é percepção da moral individual, não cabendo ao judiciário se imiscuir nela. Para o direito importa a titularidade da Dignidade Humana, marco fundante para quaisquer direitos.

Uma vez reconhecida que a vida e a Dignidade Humana iniciam ainda na vida intrauterina, a vida como bem jurídico é o Direito Fundamental que se impõe ao nascituro, devendo essa vincular-se ao Direito apenas para tê-lo assegurado, e não para defini-la. Qualquer tentativa de definir como ou onde se manifesta o que é Vida incorre em violação da Dignidade.

Assim, para o direito à Vida, a pergunta a ser juridicamente respondida não deve ser quando do início da vida, ou tampouco o que é Vida, mas em qual momento ele é adquirido e qual a condição que confere tal direito, reconhecendo o indivíduo conquanto sujeito de direitos.

A noção de vida, aqui independente de qualquer teoria, não é, por si só, capaz de definir Dignidade Humana, de modo que, se assim fosse, a vida humana não se diferenciaria daquela experimentada pela fauna e pela flora e arrancar uma flor seria equiparado ao homicídio. Isso demonstra a inversão da relação causal, onde a diferenciação ocorre na verificação de condição pretérita à vida, consubstanciada na Dignidade Humana, sendo o reconhecimento desta última outorgante do Direito à Vida.

Em tempo, é necessário observar que, não obstante determinado ser – seja porque dotado de vida, seja porque dotado de personalidade⁹⁷ - não possuir, ainda que temporariamente, Dignidade Humana, não se pode afirmar que esse seja inexistente ou irrelevante no âmbito jurídico, ao passo que é perfeitamente possível – e comum - que produza efeitos no plano jurídico. É o que se pode verificar na hipótese de eventual obrigação de prestar alimentos gravídicos ou testamento em favor de nascituro.

⁹⁷ “Tal como adverte Kelsen, que o conceito de “pessoa” pertence à realidade jurídica e não fática ou biológica, podendo ter conteúdo material diverso de acordo com as opções políticas e culturais dos momentos históricos distintos, que conduzam a compreensões também díspares para cada um desses momentos.” (LOURENÇO, opus citatum, p. 495)

As duas realidades que distinguem sujeitos de direito de personalidade jurídica são plenamente compatíveis e complementares, de modo que as duas normas dispostas no art. 2º do CC/2002⁹⁸, não somente são passíveis de conviver harmoniosamente dentro do mesmo dispositivo, como também dentro de um sistema uno.

Encerra-se, portanto, as questões suscitadas para o presente capítulo, as quais objetivavam diferenciar os conceitos que permeiam a caracterização da Vida e dos Direitos. O capítulo que se segue adentrará na temática para cotejar os direitos do nascituro e os direitos da parturiente, evidenciando a tese proposta no trabalho acerca da autoria dos direitos envolvidos na aludida contraposição.

⁹⁸ BRASIL, opus citatum, nota 65.

3. REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DO NASCITURO E A AUTORIA DE DIREITOS

O terceiro capítulo tem o escopo de contrapor os eventuais conflitos entre os Direitos do nascituro e da mulher, debruçando-se sobre a problemática da criminalização do aborto e relacionando-a com as contextualizações e conceitos previamente expostos. Ademais, pretende-se desenvolver a tese proposta acerca da autoria dos direitos e seu liame com a expectativa de vida do nascituro.

3.1 O conflito dos Direitos Fundamentais

O art. 1º da CRFB/88⁹⁹ afirma que o Brasil se pronuncia como Estado Democrático de Direito, ao que serão apresentadas breves notas: o Estado de Direito é um conceito tipicamente liberal, cujas características básicas configuram-se na submissão ao império da Lei, na divisão de poderes, e no enunciado e garantia dos direitos individuais; enquanto o Estado Democrático funda-se no princípio da soberania popular, e na igualdade material, pelo que deverá observar-se o respeito pelas minorias.

No entanto, José Afonso da Silva fundamenta que os dois conceitos não somente são distintos, mas contrapostos, na medida em que, como lembra Paulo Bonavides, “a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito”¹⁰⁰. Transcreve-se:

O Estado de Direito, como lembramos acima, é uma criação do liberalismo, por isso, na doutrina clássica, repousa na concepção do Direito natural, imutável e universal, daí decorre que a lei, que realiza o princípio da legalidade, essência do conceito de Estado de Direito, é concebida como norma jurídica geral e abstrata. A generalidade da lei constituía o fulcro do Estado de Direito. Nela se assentaria o justo conforme a razão. Dela e só dela defluiria a igualdade. “Sendo regra geral, a lei é a regra para todos”.¹⁰¹

Assim, para a formação do Estado Democrático de Direito, também nomeado de Estado Constitucional¹⁰², não basta a mera junção dos dois regimes, sendo necessária a criação de um novo regime. Nas palavras de Alexandre de Moraes, “o Estado Constitucional, portanto, é mais do que o Estado de Direito, é também o Estado Democrático, introduzido no

⁹⁹ BRASIL, opus citatum, nota 35.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 121.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 31 ed. 2015. p. 02.

constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder”¹⁰³. A Constituição Federal de 1988, portanto, afetada pelo contexto do pós-guerra e com o término da Ditadura militar, reinseriu a Democracia no Estado Brasileiro e positivou os Direitos Fundamentais¹⁰⁴, ao que ficou conhecida como a Constituição-Cidadã.

Destarte, a Constituição de 1988 institui os Direitos Fundamentais dos Homens para limitar o poder estatal em decorrência da qualificação do conceito de fundamental, indicando "que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive"¹⁰⁵. São, assim, inerentes a todos os Homens, devendo ser formalmente reconhecidos e concreta e moralmente efetivados, não possuindo o poder público legitimidade para subjugar-los, ainda quando na representatividade da maioria popular¹⁰⁶.

Nesta acepção, José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰⁷:

A função de direitos de defesas dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Na doutrina defendida por Guilherme Peña de Moraes, os Direitos Fundamentais são dotados de três características principais¹⁰⁸: a inalienabilidade, que estipula a vedação à renúncia destes, independente de expressa manifestação do titular; a historicidade, indicando a suscetibilidade dos aludidos direitos às transformações históricas, sendo ao final resumidos em três dimensões¹⁰⁹, quais sejam, liberdade, igualdade e fraternidade¹¹⁰; e a relatividade, que

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ O Direitos Fundamentais são "os direitos subjetivos, assentes no direito objetivo." (MORAES, Guilherme Peña de. *Direitos Fundamentais: Conflitos e Soluções*. São Paulo: Frater et Labor, 2000, p. 11).

¹⁰⁵ SILVA, opus citatum, pag. 182, nota 100.

¹⁰⁶ Nesse sentido, em que pese a consideração do valor comunitário para a formação da Dignidade Humana e o pacto social de Rousseau, é vedada a interpretação sobre o indivíduo de maneira utilitarista ou organicista quando da afetação da comunidade sobre as liberdades individuais.

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Revisada. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.

¹⁰⁸ A doutrina diverge acerca das características dos Direitos Fundamentais, ao que não se pretende imiscuir no tema, restando apenas destacar outras características eventualmente elencadas como universalidade, limitabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e concorrência.

¹⁰⁹ O termo “gerações” anteriormente utilizado foi substituído para “dimensões” pela doutrina, visto que o primeiro transmite a falsa concepção que na história da evolução dos Direitos Humanos uma geração substituiria a outra, quando, na verdade, os referidos direitos têm capacidade cumulativa, jamais podendo ser assumida a premissa de sobreposição entre estes. O vocábulo "dimensão", portanto, concretiza a máxima sobre o cunho progressista, interdependente e cumulativo dos Direitos Fundamentais.

¹¹⁰ Sobre as dimensões dos direitos Fundamentais a doutrina não é uníssona, chegando a afirmar a existência de 6 dimensões, sem obter consenso até mesmo sobre quais direitos seriam representativos de cada uma delas, exemplificando o direito à diversidade, manipulação de direito genético, globalização econômica, direito à tributação justa, direito à cibernética, direito à paz e até mesmo o direito de acesso à água potável.

denuncia a problemática decorrente da colisão entre os Direitos Fundamentais, ante o seu caráter abrangente.

Acerca da relatividade inerente aos Direitos Fundamentais, essa traz consigo uma ironia: a subjetividade dos Direitos Fundamentais visa o não engessamento constitucional e fazer perdurar a Constituição ao longo do tempo, garantindo a estabilidade e a segurança jurídica necessárias. Entretanto, esta referida dinamicidade transmite à prática dois grandes problemas.

O primeiro, a inevitável colisão dos Direitos Fundamentais, e o segundo acerca das alterações no decorrer do tempo, da sociedade e do próprio indivíduo, sobre as delimitações dos direitos conflituosos. Em suma, a solução encontrada para garantir a estabilidade da Constituição traz consigo novos problemas para sua eficácia e segurança jurídica.

No entanto, essas novas dificuldades oriundas desse modelo afeto pelas escolas pós positivistas, neoconstitucional e neoliberal tampouco devem ser interpretadas como a falência do Estado Constitucional. A inovação em qualquer setor depende do período de adaptação e os devidos testes de eficácia com seus respectivos ajustes e aprimoramentos, sempre em constante desenvolvimento, de modo que se torna difícil a redução da identidade de um Estado em apenas uma escola.

Adentrando na característica da relatividade e a conseqüente problemática do conflito entre os Direitos Fundamentais, para o presente trabalho impera a controvérsia existente entre o direito à vida¹¹¹ do feto *versus* o direito da mulher de dispor sobre o próprio corpo. Apesar de admitir-se tal reducionismo, faz-se mister desdobrar algumas ponderações.

Conforme visto, há de se reconhecer o fato de que independente de qualquer acepção ideológica, de caráter religioso ou não, a vida – aqui empregada em seu sentido objetivo – é preexistente ao momento do parto. A legislação, inclusive assim considera, quando da transcrição do art. 2º do CC/2002¹¹², o qual dispõe que a personalidade se dará no nascimento com vida. Ora, se o texto assim discrimina – vida e nascimento – é porque reconhece a independência dos fatos e a preexistência da condição vida, sendo impossível que essa se pronuncie posteriormente ao parto se essa não for verificada em condição anterior.

¹¹¹ Art. 5º da CRFB/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...). (BRASIL, opus citatum, nota 35)

¹¹² BRASIL, opus citatum, nota 65.

Nesse sentido, reconhecida a vida ainda quando na condição intrauterina, bem como os direitos outorgados pelo art. 2º, *in fine*, do CC/2002¹¹³, é próprio que se defenda como direito primo do nascituro o Direito à Vida, sobretudo quanto ao direito de nascer.

Em contrapartida, analisando os Direitos Fundamentais da mulher, relembra-se também o vínculo entre o Direito à Vida e a Dignidade Humana, de maneira que aquele não se limita ao conceito objetivo de ser contrário à morte, mas abrange o exercício pleno – ressaltadas as limitações legais – da Vida individualmente considerada, compreendendo a manifestação da própria autonomia.

Assim, o direito de dispor sobre o próprio corpo não equivale a um mero gerenciamento de determinado bem material, mas a manifestação e o domínio sobre o conceito de Vida própria. Aqui destaca-se, não se fala do direito de interpretar onde se origina a vida, mas como exerce e o que significa a Vida para si própria.

Dessa feita, a controvérsia na hipótese da descriminalização do aborto versa sobre o Direito à vida do nascituro *versus* o Direito à Vida da gestante, cada qual para reivindicar um aspecto do direito individual à Vida imbuído no art. 5º, *caput*¹¹⁴, c/c art. 1º, III¹¹⁵ ambos pertencentes à Constituição Federal de 1988.

Por tal razão fala-se no direito da mulher de dispor sobre o próprio corpo, na medida em que a interpretação, ou melhor, a realidade sobre aquela concepção, é autonomia da mulher, de modo que a veiculação utilitarista – ou organicista - do corpo feminino sob o pretexto de resguardo da vida intrauterina é violação à Vida da mulher.

Diante da problemática suscitada, deve-se prosseguir para sua resolução, evidenciada a relevância do tema em âmbito jurídico e de afetação no campo social, mormente da discussão referente à descriminalização do aborto.

3.2 A criminalização do aborto: tutela da vida ou herança histórica?

Em levantamento realizado pela Gênero e Número, o ano de 2019 bateu recorde de projetos de leis contrários à interrupção voluntária da gravidez. “Desde fevereiro, quando

¹¹³ BRASIL, opus citatum, nota 65.

¹¹⁴ BRASIL, opus citatum, nota 35.

¹¹⁵ Ibidem.

começou o ano legislativo, foram 28 propostas que mencionam a palavra aborto, sendo que 43% buscam restringir os direitos à interrupção voluntária da gravidez”¹¹⁶.

A discussão, cuja polêmica não se restringe ao Brasil, atravessa décadas e mantém-se necessária e atual, atingindo especial notoriedade com a promoção do liberalismo e dos Direitos Humanos. Reconhecido o conflito, a temática merece maior análise, sobretudo quanto às normas criminalizadoras preconizadas nos art. 124 a 128 do Código Penal¹¹⁷ e suas respectivas excludentes:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena - detenção, de um a três anos.

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.

Ressurge-se a relevância da contextualização do direito para sua aplicação e eficácia destacado no primeiro capítulo do presente trabalho. O Código Penal é datado de 1940, período que eclodiu a Segunda Guerra Mundial e o Brasil estava sob o regime populista e utilitarista ditatorial¹¹⁸ de Getúlio Vargas, sendo o voto feminino àquela época recém conquistado no Brasil em 1932.

O sexo feminino, em razão de sua condição particular como único capaz de gestar e conceber a prole, sempre teve para si um resguardo, inicialmente motivado pela própria característica animal inerente ao Homem quanto à preservação das espécies. É natural pensar na divisão de tarefas sob os termos instintivos e primos da origem humana baseada nos sexos, onde mulheres realizavam as tarefas manuais e os homens se encarregavam das atividades de caça.

¹¹⁶ GÊNERO E NÚMERO. *Projetos de Lei contrários ao aborto na Câmara dos Deputados batem recorde em 2019*. Disponível em: <http://www.generonumero.media/projetos-de-lei-contrarios-ao-aborto-na-camara-dos-deputados-batem-recorde-em-2019/?fbclid=IwAR3tZKbu2QDhlziHa_qm40L73ddbmySjt43UsiG6ANFKosghbtMndbhffcg> Acesso em: 15 out. 2019.

¹¹⁷ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2019.

¹¹⁸ “O Estado Novo não reconhece direitos de indivíduos contra a coletividade. Os indivíduos não têm direitos, têm deveres! Os direitos pertencem à coletividade! O Estado, sobrepondo-se à luta de interesses, garante os direitos da coletividade e faz cumprir os deveres para com ela. O Estado não quer, não reconhece luta de classes. As leis trabalhistas são leis de harmonia social.”. (VARGAS, apud BARBOSA, Pedro Paulo Lima. Os sindicatos corporativistas no Brasil entre os anos de 1934 e 1939. In: *Cadernos de História*, Belo Horizonte, v. 15, n. 23, 2º sem., 2014)

Em que pese tal divisão tenha assumida origem no sexo e coincida quanto à atribuição dos trabalhos domésticos às mulheres, não se pode afirmar que a noção patriarcal e a consequente subjugação do sexo feminino tiveram sua origem nas sociedades primitivas e tampouco pelo suposto fator natural-biológico que transcende influências socioculturais.

A concepção do *pater familia* deriva das sociedades ditas civilizadas desenvolvidas sob a ótica do império do Homem. A fixação do povo em um lugar próprio (não nômades) e a determinação de posses e propriedades individuais (inicialmente traduzida na riqueza medida pela quantidade de terras) para a criação e preservação do Homem racional, aliados à doutrina religiosa do Homem à imagem de Deus, à filosofia antropocentrismo e à expansão do cristianismo, serviram como fundamento para a sustentação da supremacia masculina.

O modelo supra fomentou a divisão da classe humana com atribuição de valor e hierarquização, concedendo o alicerce – ora de ordem natural-biológica ora de ordem religiosa - para a legitimação da superioridade de determinada classe. Assim, ainda que a divisão do trabalho baseado nos sexos tenha origem primitiva, o patriarcado é um produto das sociedades modernas que se fundamenta nessa antiga organização social natural para justificar a hierarquização e a subjugação da mulher, atribuindo-lhe valor inferior às características naturais-biológicas que distinguem o sexo feminino e impondo padrões de condutas e deveres, além de limitações de direitos. Afirmativos dessa dita inferiorização da compreensão do feminino:

Embora muitas feministas, Scott inclusive e muito fortemente, tenham horror a qualquer referência às diferenças biológicas entre homens e mulheres, não é possível esquecer que, sob condições primitivas, antes da emergência de instituições da sociedade dita civilizada, a unidade mãe-filho era absolutamente fundamental para a perpetuação do grupo. A criança só contava com o calor do corpo da mãe para se aquecer, assim como com o leite materno para se alimentar. Segundo Lerner, a mãe doadora da vida detinha poder de vida e morte sobre a prole indefesa. Desta sorte, não constitui nenhuma surpresa que homens e mulheres, assistindo a este dramático e misterioso poder da mulher, se devotassem à veneração de Mães-Deusas.

Embora já se haja feito referências a Johnson, cabe ressaltar a relevância que ele atribui ao controle, inclusive do meio ambiente, pelas sociedades que se sedentarizaram. Obviamente, o controle é parte integrante de toda sociedade, mas a agricultura permitiu/exigiu seu incremento. Johnson vale-se de uma hipótese de Fisher (1979) para raciocinar sobre a nova relação estabelecida entre, de um lado, os seres humanos, e, de outro, a vida orgânica e a matéria inorgânica. Para pôr isto na linguagem que expressa os raciocínios básicos deste texto, poder-se-á afirmar que o ser social, à medida que se diferencia e se torna mais complexo, muda sua relação tanto com a esfera ontológica inorgânica quanto com a esfera ontológica orgânica, elevando seu controle sobre ambas, sem, entretanto, delas prescindir. Os seres humanos, que tinham uma relação igual e equilibrada entre si e com os animais, transformaram-na em controle e dominação. O patriarcado é um dos exemplos vivos deste fenômeno. De acordo com Johnson, o patriarcado baseia-se no controle e no medo. Homens controlam mulheres e outros homens, na medida em que cuidam de seu território, a fim de livrá-lo de qualquer invasão ou, uma vez esta existente, de

afastar o(s) invasor(es). Tudo isto gera muito medo não apenas dentre as mulheres, mas sobretudo dentre os homens, uns em relação aos demais.

Quando se passou a criar animais para corte ou tração, sua reprodução mostrou-se de grande valor econômico. Foi fácil, então, perceber que quanto mais filhos um homem tivesse, maior seria o número de braços para cultivar áreas mais extensas de terra, o que permitiria maior acumulação. Passam, então, os seres humanos, a se distanciar da natureza e a vê-la simplesmente como algo a ser controlado e dominado. Isto tudo foi crucial para estabelecer entre os homens e as mulheres relações de dominação-exploração. Além disto, a compreensão do fenômeno reprodutivo humano, observando-se o acasalamento dos animais, minou os poderes femininos. De acordo com Johnson, desacreditado o caráter mágico da reprodução feminina e descoberta a possibilidade de este fenômeno poder ser controlado como qualquer outro, estava desfeito o vínculo especial das mulheres com a força da vida universal, podendo os homens se colocar no centro do universo. Como portadores da semente que espalhavam nos passivos úteros das mulheres, os homens passaram a se considerar a fonte da vida.¹¹⁹

A contradição das sociedades modernas consubstancia-se no fato de essas serem fundadas e organizadas no homem racional, mas valerem-se dos instintos naturais primitivos da condição animal humana para justificar a estruturação dessas sociedades, erigidas sobre as mais diversas discriminações à imagem dos povos primitivos, atribuindo para tanto a definição de “ordem natural”.

Não se nega a incidência do fator natural ou instintivo sobre a espécie humana, é cediço que diante de uma situação de risco iminente a lógica cede aos instintos mais primitivos. Entretanto, no que tange à forma de organização, a falta das capacidades racionais humanas, não há mais espaço para as aludidas condutas, visto que essa não se configura mais uma realidade para atuação de tais instintos. Não se trata de negar instintos naturais, mas de viver sob as regras da maior característica humana: a própria racionalidade. Se inicialmente era necessário proteger a prole – e sua concepção - de predadores para fins de preservação, atualmente se faz ausente o nexos causal justificador da domesticidade do sexo feminino; outrossim, se na idade média era essencial gerar múltiplos filhos – sobretudo homens – para a defesa do território e proteção da família, as alterações nas taxas de mortalidade infantil, bem como das organizações sociais, alteraram tal paradigma.

Assim, para efeito de apuração de fatos para posterior declinação sobre os temas de direito, há de afirmar sem receios de que os sexos são diferentes biologicamente, de forma a ultrapassar mera questão estética sobre ter ou não ter determinado órgão reprodutor e afetando questões práticas reflexas nos fatos jurídicos como se verifica na hipótese do puerpério. Tais particularidades, no entanto, não obstante devam ser reconhecidas e pontualmente traduzidas

¹¹⁹ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Ontogênese e Filogênese do Gênero*. Disponível em: <<http://www.contag.org.br/imagens/f759ontogenesedogeneroHELEIETHSAFFIOTI.pdf>> Acesso em: 07 mai. 2019.

em vulnerabilidades, não podem ser utilizadas de forma a criar uma valoração de sexo ou gênero e a consequente restrição e discriminação na seara dos direitos.

Considere-se a alteração hormonal decorrente do fenômeno biológico reprodutivo que afeta o sexo feminino mensalmente: ainda que as oscilações de humor variem dentro do universo feminino, trata-se de um fato e privativo do sexo, ao que seu reconhecimento e de suas peculiaridades – e eventuais vantagens ou desvantagens - não consubstancia a subjugação do sexo. A discriminação se verifica na negação ou na subversão dessa peculiaridade para um valor essencialmente negativo que diminua a participação ou a autonomia, no caso, da mulher, decorrente da doutrina patriarcal ainda regente que não identifica a mulher como sujeito em par de igualdade.

O reconhecimento das diferenças e particularidades de cada um – que ultrapassam as esferas de categorização e abrangem a individualidade (não apenas sobre gênero, sexualidade, idade, raça, mas também sob aspectos íntimos como depressão, puerpério, dentre outros) – não é trazido como o problema e deve ser preservado para manter a igualdade em seu sentido material. Visa-se combater a falsa premissa de que, diante da isonomia de direitos outorgada pela lei e pela filosofia liberal jurídica moderna, todos dispõem de iguais meios e condições ou até mesmo as mesmas interpretações legislativas para alcance e aplicação desses direitos.

Aqui cabe destacar breve analogia com a metáfora da porta de vidro, utilizada por Edith Piza para ilustrar a discriminação velada – originariamente empregada no contexto racial - que permeia as sociedades modernas desde a concepção das ideologias libertárias:

Talvez uma metáfora possa resumir o que comecei a perceber: bater contra uma porta de vidro aparentemente inexistente é um impacto fortíssimo e, depois do susto e da dor, a surpresa de não ter percebido o contorno do vidro, a fechadura, os gonzos de metal que mantinham a porta de vidro. Isto resume, em parte, descobrir-se racializado, quando tudo o que se fez, leu ou informou (e formou) atitudes e comportamentos diante das experiências sociais, públicas e principalmente privadas, não incluiu explicitamente nem a mínima parcela da própria racialidade, diante da imensa racialidade atribuída ao outro. Tudo parece acessível, mas na realidade, há uma fronteira invisível que se impõe entre o muito que se sabe sobre o outro e o quase nada que se sabe sobre si mesmo.¹²⁰

Nesse paradigma, retoma-se a discussão acerca da criminalização do aborto e as respectivas excludentes de ilicitude do art. 128 do CP/1940¹²¹, cujas hipóteses demonstram aparente tutela e expansão dos interesses e direitos feministas.

¹²⁰ PIZA, Edith. Porta de vidro: uma entrada para branquitude. In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida da Silva (orgs.). *Psicologia Social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 59-90.

¹²¹ BRASIL, opus citatum, nota 117.

Em que pese o resultado comum benéfico, na qual, independente da fundamentação legal utilizada para a elaboração da norma, admite-se a essencialidade das referidas excludentes, há de se verificar o contexto para determinar não somente a constitucionalidade dessas, mas também das omissões, ou, no caso, da própria criminalização da conduta.

Sobre o tema, a ordem justificadora do tipo penal imbuído no art. 124 do CP¹²² é a suposta supremacia do Direito à Vida, considerando esse o direito último e primo a ser tutelado, de forma a fundamentar a subjugação do corpo e da vontade feminina. Por tal motivo, em observância à tese fundadora e a respectiva primazia do bem tutelado, é necessário que a legislação apresente de maneira proporcional e coerente as hipóteses de exclusão do Direito à Vida do nascituro.

Para tanto, a doutrina que atribui a justificadora da tutela da Vida à norma do art. 124 do CP¹²³ não distingue os sujeitos de direitos, igualando, para o exercício do Direito à Vida, a vida intrauterina àquela já nascida. Assim, em prol da lógica normativa constitucional, há de se aplicar a justificativa do Direito à Vida em sua amplitude para abarcar a doutrina kantiana, o princípio da inocência, além da vedação à discriminação.

Debruça-se agora acerca do disposto no art. 128, II do CP¹²⁴, no que tange à desclassificação do crime de aborto em decorrência de gestação proveniente de estupro. Sob a lógica fundadora do tipo penal do art. 124 do CP¹²⁵, a excludente imputa a pena do crime de estupro ao feto concebido pela prática criminosa, punindo pessoa diversa do agente do crime e transferindo a pena para terceiro, sujeito de direitos, com o único – e máximo – bem que este possui: a vida. Resume-se na imputação da pena de morte, a qual não detém previsão no Código Penal, a terceiro indubitavelmente inocente.

Outrossim, a excludente em caso de risco de vida da gestante, incluída no inciso I do art. 128 do CP¹²⁶, também se contradita com a premissa justificadora da criminalização quando na tutela da vida, sob igual fundamentação Kantiana da impossibilidade de valoração da vida do feto face à da gestante.

Diante das antinomias das excludentes face à justificadora do tipo penal, pergunta-se: qual o direito contraposto que, dentro da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade teria o condão de mitigar o Direito à Vida, sob a ótica da doutrina então considerada? A

¹²² Ibidem.

¹²³ Ibidem

¹²⁴ Ibidem

¹²⁵ Ibidem

¹²⁶ Ibidem

criminalização do aborto determina como norma geral a limitação da autonomia feminina frente à tutela da vida de terceiro, se não a autonomia da mulher, quais direitos justificam a edição das excludentes?

Subsume-se que a justificativa em referência não decorre dos direitos feministas – ainda que alguns resultados sejam convenientemente similares -, e tampouco da defesa daqueles concebidos e não nascidos. As hipóteses sobre a fundamentação, portanto, são reflexas à sua contextualização para proteger os interesses ainda ligados às noções de utilidade e posses do *pater família*: mulher e prole. As concepções derivadas do estupro não são menos dignas, mas são menos posse, na medida em que a mulher, bem masculino¹²⁷ – ora pertencente ao pai, ora ao cônjuge – é tomada por terceiro que a engravida e produz bem próprio em posse alheia.

No que atine ao patriarcalismo, ainda incide o utilitarismo e o papel público – aqui relembra-se a dicotomia público privada que permeia o feminino - da mulher de disponibilização da sua sexualidade e capacidade reprodutiva. Desse bem público que é a concepção da prole¹²⁸, é outorgado aos homens a privatização dos meios de produção de modo a proteger suas posses e o seu pleno direito à vida privada.

Eventualmente, se alia à doutrina de Cesare Lombroso¹²⁹ sobre a existência do perfil criminoso, essa há muito ultrapassada na criminologia, mas insistente em retornar sob as mais diversas nuances, para justificar a possibilidade do aborto nos casos de estupro, valorando a dignidade do feto à conduta criminosa que lhe originou.

No art. 128, I do CP¹³⁰ que prevê a exclusão de ilícito em razão do risco à vida da gestante e a impossibilidade de salvá-la por outro meio, é instintiva a medida, vez que a morte da gestante acarretaria na morte do nascituro, e se ocorrida nos estágios mais avançados da gravidez não ensejaria em aborto, mas em parto prematuro, cujas chances de sobrevivência do nascituro se tornaram viáveis com o avanço da medicina.

¹²⁷ Aqui cabe destacar a porta de vidro que permeia o campo feminino e a existência do *pater família*. A Constituição é explícita quando da vedação da discriminação de gênero, mas essa não pode ser traduzida na igual isonomia prática, ao que ainda se mantém múltiplas heranças patriarcais, já destacadas em capítulos anteriores.

¹²⁸ Outros exemplos do utilitarismo e dessa percepção de bem público sobre a capacidade reprodutiva feminino, vê-se reflexo no art. 10 da Lei Nacional nº 9263/96, onde se faz necessária a anuência do cônjuge para a realização da laqueadura, além da existência de ao menos dois filhos vivos ou com idade superior a 25 anos. (BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019). Diante da dificuldade das mulheres que cumprem os requisitos legais, sobretudo solteiras, de obterem a laqueadura, já existe proposta legislativa para alteração de tais requisitos, principalmente no que tange ao poder de veto do cônjuge sobre exercício do direito individual de outrem. (SENADO FEDERAL. *Regras do SUS para laqueadura a vasectomia podem mudar*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/03/regras-do-sus-para-laqueadura-e-vasectomia-podem-mudar>> Acesso em: 15 mai. 2019).

¹²⁹ LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

¹³⁰ BRASIL, opus citatum, nota 117.

Embora todo o dispendido, admite-se eventual atuação de forças protetivas sobre os direitos feministas e a ampliação do reconhecimento da autonomia da mulher na sociedade quando da positivação de hipóteses taxativas de exclusão de ilicitude do crime de aborto. Nessa ótica, ambas as excludentes ilustram situações em que se reconhece a afetação ao psicológico da gestante e a respectiva noção de maternidade, atuando nos limites do reconhecimento da autonomia e da disponibilidade do próprio corpo.

Aqui pode-se acrescentar a terceira possibilidade instituída jurisprudencialmente no julgamento da ADPF nº54¹³¹ que legalizou o aborto na hipótese de feto anencéfalo, cujo teor do voto perpassou por questões do corpo e psicológico feminino¹³². Tal decisão foge do escopo do estudo geral, vez que consolidada em entendimento recente, diverso daquele quando da promulgação do Código Penal em 1940.

Assim sendo considerado, o reconhecimento da possibilidade de afetação psicológica da gestante assume que a percepção sobre questões atinentes à maternidade em si pode ser alterada e, conseqüentemente, mitigar o Direito à Vida. Diante dessa perspectiva, atua a limitação suscitada nos capítulos anteriores, onde é vedado à norma moral tornar-se norma moralizante a fim de determinar como se manifesta a Dignidade no indivíduo.

Da mesma forma que, quando da ofensa à honra, não se valora ou analisa o mérito da ofensa, mas a proporcionalidade frente ao confronto com os demais direitos, também não cabe ao Direito, uma vez reconhecida a manifestação de autonomia – aqui a legitimidade da afetação psicológica da gestante -, definir os méritos pelos quais a mulher pode ser afetada psicologicamente pela maternidade.

De outra face, a não compreensão do domínio do próprio corpo enquanto admitidas as hipóteses de abalo psicológico da gestante – onde a maternidade não é essencialmente uma realização feminina decorrente de suposta “ordem natural”, e eventualmente possa se tornar ofensa ao Direito à Vida e à manifestação da Dignidade Humana da mulher -, traduz-se no fato de que as referidas excludentes têm o escopo de tutelar direitos alheios à emancipação feminina.

Portanto, evidencia-se que as disposições atuais sobre o aborto, sejam elas acerca da criminalização ou das hipóteses de exclusão, não têm o fito de resguardar o nascituro e os

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>> Acesso em: 15 mai. 2019.

¹³² Em breve nota, não obstante a suma importância de tais considerações sobre o psicológico feminino e seu levantamento para a fixação da jurisprudência nacional, a aceitação do aborto em caso de feto anencéfalo não escapa ileso da cultura patriarcal. Nesse sentido, incide sobre o feto a visão utilitarista, na qual não se tem o reconhecimento e a expectativa da autonomia, seja na vida intrauterina ou pós-parto deste.

direitos reprodutivos da mulher, mas a perpetuação da publicização do corpo feminino – aqui como meio de produção – e a consequente submissão ao patriarcalismo.

Acerca da publicização do corpo feminino, a resolução nº 2.232/2019¹³³ do Conselho Federal de Medicina estipulou em seu art. 5º, §2º¹³⁴ que o médico poderá realizar procedimento expressamente recusado pela gestante, mesmo que essa esteja em pleno exercício de suas capacidades, caso entenda que a recusa ponha em risco a vida fetal. Ademais, o art. 11¹³⁵ prossegue, determinando que em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica.

Não obstante tratar-se de medida inconstitucional por violar a autonomia da mulher, e impedir o direito de escolha dessa para que possa adotar o melhor tratamento que entender adequada para si e o feto¹³⁶, há de ser considerada a realidade do contexto brasileiro sobre a violência obstétrica - acrescenta-se que o Conselho Federal de Medicina emitiu expressa negativa ao termo¹³⁷. De acordo com uma pesquisa de 2010 realizada pela Fundação Perseu Abramo e divulgada no site da Organização Não Governamental (ONG) Artemis¹³⁸, 01 a cada 04 mulheres sofreram alguma forma de violência, dentre as quais incluem-se manobras proibidas, privação de água e alimentos e a realização de procedimentos invasivos sem a devida comprovação de necessidade médica¹³⁹.

Nesse sentido, a resolução editada pelo CRM sob a égide da proteção do Direito à Vida do nascituro, permite que terceiro determine a melhor forma de incidir sobre aquilo que adentra a esfera íntima e privada do direito de escolha da mulher, para, inclusive, possibilitar e legitimar

¹³³ BRASIL. *Resolução nº 2.232/2019* do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370>> Acesso em: 14 nov. 2019.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*

¹³⁶ Aqui cabe ressaltar que, não obstante o posicionamento do STF no julgamento do HC 124.306, a interrupção voluntária da gravidez é atualmente vedada pelo Código Penal, de maneira que o profissional médico não é obrigado a realizar procedimentos que injustificadamente acarretem na prática abortiva, mesmo diante da vontade da mulher. Assim, subsume-se que quaisquer procedimentos recusados pela gestante e que se adequem à norma dos art. 5, §2 e art. 11 da resolução nº 2.232/2019 do Conselho Federal de Medicina incidem sobre opções gestacionais ou de parto e não às situações de conflito de interesses entre a gestante e o feto. (*Ibidem*)

¹³⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *CFM apoia MS em decisão sobre o termo violência obstétrica*. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28210:2019-05-09-18-50-35&catid=3> Acesso em: 15 out. 2019.

¹³⁸ FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *Pesquisa de opinião pública: mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado*. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa_.org_.br_sites_d_fault_files_pesquisaintegra.pdf> Acesso em: 15 out. 2019.

¹³⁹ Sobre as diversas formas de violência obstétrica consultar: SENTIDOS DO NASCER. *Violência obstétrica: Você sabe o que é?* Disponível em: <<http://www.sentidosdonascer.org/wordpress/wp-content/themes/sentidos-donascer/assets/pdf/controversias/Violencia-obstetrica.pdf>> Acesso em: 15 out. 2019.

a prática de violência obstétrica. A norma retira a autonomia da gestante frente a opinião médica na defesa de suposto bem maior, para permitir a instrumentalização e a publicização do corpo feminino e a desassistência da mulher durante o período gestacional e de parto.

Assim, as referidas medidas legais, tanto para criminalização quanto para as hipóteses de exclusão, ainda que pontualmente benéficas em resultados para aqueles as quais se dirigem, não encontram respaldo constitucional e revelam a discriminação legislativa de gênero e do próprio feto, visando a tutelar, em suma, o direito de propriedade da sociedade patriarcal sobre a capacidade reprodutiva da mulher.

3.3 Limitação dos Direitos Fundamentais e a autoria dos direitos

Conforme visto, a crescente filosofia jurídica moderna do neoconstitucionalismo, fundada na preservação da força normativa da Constituição e na essencialidade do reconhecimento e da positivação dos princípios e Direitos Fundamentais, ensejou nova problemática jurídica quando da interpretação subjetiva e os consequentes conflitos normativos.

A subjetividade inerente dos Direitos Fundamentais tem origem em sua natureza principiológica, nos quais as normas neles imbuídas somente podem ser traduzidas em direitos definitivos após ponderação entre os direitos opostos em determinado caso concreto.

Assim, diante do inevitável conflito e da omissão constitucional acerca dos limites dos referidos direitos, insurge-se o empenho doutrinário e jurisprudencial para determinação da incidência do princípio da proporcionalidade:

Na Constituição brasileira de 1988, por sua vez, não se prevê expressamente como se deve proceder à restrição de direitos fundamentais. A doutrina, porém, com base em dispositivos constitucionais e na jurisprudência do STF, vem identificando como “limites aos limites”, além da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CF/88), a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade (fundado no princípio do devido processo legal na sua dimensão substantiva, tal como decorre do artigo 5º, inciso LIV, da CF/88) e a proibição de restrições casuístas (fundada no princípio da igualdade).¹⁴⁰

Inspirada nos ideais liberais, a Teoria Externa dos Direitos Fundamentais previa que estes tinham por escopo principal a proteção do ser humano em sua individualidade. Ainda que incontestemente a função dos Direitos Humanos em assegurar o indivíduo frente ao público, aqui seja Estado ou sociedade, a referida doutrina se revela insuficiente para considerar a característica social do ser humano. Tal teoria pressupõe que, em defesa da liberdade individual, ao legislador

¹⁴⁰ DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às Restrições de Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Recife: *Revista Esmafe*, n. 13, p. 77,93, mar. 2007, p. 79.

é necessária a previsão de todas as hipóteses de restrição¹⁴¹ sobre cada Direito Fundamental, de modo que venha a legitimar determinada supressão.

Desse modo, desenvolveu-se a Teoria Interna dos Limites, para afirmar que “a liberdade somente faz sentido no quadro da sociedade juridicamente conformada e ordenada e que o indivíduo não existe isolado da comunidade”¹⁴². Nesse sentido, dá-se origem à ideia de limites na atuação dos Direitos Fundamentais, ou melhor, na compreensão do que se traduz a norma, para tutelar bens jurídicos de igual ou maior valor¹⁴³.

Assim, os impedimentos para os Direitos Fundamentais não são meramente externos fundados em restrições, mas encontram limitação própria, intitulada por Konrad Hesse¹⁴⁴ de Limites Imanentes:

Como as garantias de liberdade jurídico-fundamentais são fundamentadas pela Constituição, assim também podem os limites dessas garantias encontrar sua base somente na Constituição. Por causa do significado dos direitos fundamentais, levar a sério a Constituição escrita; isso tanto mais quanto a Constituição escrita normaliza as possibilidades de limitação respectivas não por uma cláusula geral, senão por reservas individuais, cuidadosamente graduadas. Por isso é exigido cautela especial na aceitação de limitações de direitos fundamentais não escritas. É necessária, nesse ponto a prova que se trata de limitações de Direito Constitucional não escrito. A mera afirmação que a proteção de um “bem comunitário de hierarquia superior” requer limitação não basta para isso.

Cada direito fundamental encontra seu limite lá onde termina seu alcance material. Esse limite é, uma vez, uma questão do seu “âmbito da norma”, isto é, daquela parte da – muitas vezes, juridicamente moldada-, “realidade”, que é o objeto da garantia (...). Em segundo lugar, pode ele ser uma questão da restrição por ordens normativas adicionais eventuais que estão contidas na garantia do direito fundamental da mesma (...). Esses limites imaneses aos direitos fundamentais devem ser determinados por interpretação; eles são muitas vezes, objeto da organização do direito fundamental pelo legislador.

Além disso, direitos fundamentais podem estar limitados por outras normas jurídicas, de modo que o conteúdo da liberdade garantida resulta primeiro da conexão entre norma de direito fundamental e norma de limitação.

¹⁴¹ Conforme definição de Jorge Miranda, “as restrições envolvem a amputação ou compressão das faculdades compreendidas em um determinado direito, decorrentes de previsões específicas. Já os limites dizem respeito ao modo de se exteriorizar a prática de um direito, decorrente de razões ou condições de caráter geral, o qual pode desembocar em condicionamentos, ou seja, no estabelecimento de requisitos para o seu exercício. A regulamentação, por outro lado, compreende o preenchimento ou desenvolvimento legislativo do direito. A concretização, por sua vez, implica o estabelecimento de normas que conferem exequibilidade a dispositivos que dela carecem total ou parcialmente.” (MIRANDA, apud, ibidem).

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ O Princípio da concordância prática, conforme aduz José Gomes Canotilho, “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.” (CANOTILHO, opus citatum, p. 229, nota 107)

¹⁴⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 249,251.

Na teoria supra, eventual previsão de restrições ou reserva de intervenção legislativa tem caráter meramente declaratório para esclarecer determinada limitação dos Direitos Fundamentais. Dessarte, “as leis não constituiriam limites, mas simplesmente concretizariam, interpretariam e revelariam as fronteiras do conteúdo dos direitos”¹⁴⁵.

O prejuízo, portanto, é invertido para a fragilização do indivíduo frente ao poder público, onde esse passa a dispor a forma e a abrangência dos Direitos Fundamentais, ao que a doutrina jurídica internacional passa a discutir acerca do núcleo essencial ¹⁴⁶ dos Direitos Fundamentais. Com azo a garantir a efetividade da tutela do cidadão individualmente e democraticamente considerado, José Gomes Canotilho aduz a essencialidade da aplicação do princípio da proporcionalidade e o método da ponderação para a resolução de conflitos principiológicos, desenvolvido em quatro etapas, quais sejam, identificação dos princípios conflitantes; verificação de reserva; fundamentação racional; e a verificação de supressão, conforme trecho inframencionado:

Em primeiro lugar, a inexistência de regras abstractas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstracto feito pela norma constitucional(...). Excluem-se, por conseguinte, relações de preferência *prima facie*, pois nenhum bem é, *prima facie*, quer excluído porque se afigura com valor “reforçado” ou até absoluto. Isto implica a verificação e ordenação, em cada caso ou grupos de casos específicos, de esquemas de prevalência parciais ou relativos, porque, nuns casos, a prevalência pode pender para um lado e, noutros, para outro a do segundo as ponderações ou balanceamentos efectuados *ad hoc*. Finalmente, é indispensável a justificação e motivação da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça e da segurança jurídica.(...)

As “ponderações” subjacentes ao balanceamento *ad hoc* já estão presentes noutros esquemas hermenêuticos anteriormente referidos. É o caso, por exemplo, da concordância prática e da observância ao princípio da proporcionalidade. Em rigor, porém, deve distinguir-se entre harmonização de princípios e ponderação de princípios. Ponderar princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor os princípios conflitantes. Harmonizar os princípios equivale a uma contemporização ou transação entre princípios em conflito. Por isso, a ponderação reconduz-se no fundo (...) à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes. Hierarquia, porque se trata de estabelecer um “peso” ou “valor” maior ou menor entre princípios. Móvel, porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso. A importância que, ultimamente, é atribuída à ponderação de bens constitucionais radica, como se disse, na natureza

¹⁴⁵ DIAS, opus citatum, p. 80.

¹⁴⁶ O presente trabalho não pretende se imiscuir nas teorias que permeiam a existência do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, para tanto, Mariano Bacigalupo afirma “que a garantia do respeito ao conteúdo ou núcleo essencial perdeu boa parte de sua operatividade prática em favor do princípio da proporcionalidade. Normalmente, se este for respeitado, não há lesão ao núcleo essencial do direito fundamental. O respeito ao núcleo intangível de um direito fundamental tem se transformado em mero “filtro” subsidiário e acessório do princípio da proporcionalidade. Reconhece-lhe, porém, alguma utilidade em situações em que haja um conflito de bens e direitos e um deles tenha um caráter absolutamente preferencial, exemplificando com o direito à intimidade.” (BACIGALUPO, apud, DIAS, *ibidem*)

tendencialmente principal de muitas normas jurídico-constitucionais. O apelo à metódica de ponderação é, afinal uma exigência de solução justa de conflitos entre princípios. Neste sentido se pôde afirmar recentemente que a ponderação ou *balancing ad hoc* é a forma característica de aplicação do direito sempre que estejam em causa normas que revistam a natureza de princípios. A dimensão de ponderabilidade dos princípios justifica a ponderação como método de solução de conflito de princípios.¹⁴⁷

Em que pese a natureza principiológica dos Direitos Fundamentais, esses não se confundem, fazendo-se mister trazer breves conceituações: “os princípios são extraídos de enunciados normativos, com elevado grau de abstração e generalidade, que preveem os valores que influenciam a ordem jurídica”¹⁴⁸, enquanto que os Direitos Fundamentais são “direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade”¹⁴⁹.

Os Direitos Fundamentais, portanto, possuem natureza principiológica mas a aplicabilidade de regras¹⁵⁰, de modo que o método da ponderação de Canotilho incide preteritamente quando da contraposição de determinados Direitos Fundamentais abstratamente considerados. Posteriormente, contrapostas as naturezas principiológicas, a decisão jurisprudencial enseja a aplicação de um direito concreto com caráter de regra, de modo a ocorrer não a supressão dosada e proporcional como na hipótese dos princípios, mas a incidência de determinado direito e o reconhecimento da autoria do direito. Enquanto nos princípios a ponderação os difunde e mescla para coexistirem mesmo nos conflitos (como se verifica no princípio do contraditório e o princípio da duração razoável do processo), a aplicação de determinado Direito Fundamental limita e afasta a aplicação do outro casuisticamente, tratando-se de hipótese de não incidência de determinado direito e o reconhecimento da autoria do direito a uma das partes.

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1240/1241.

¹⁴⁸ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 105

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 571.

¹⁵⁰ Sobre os Direitos Fundamentais, afirma Luigi Ferrajoli: “Estas normas, todavia, possuem uma intrínseca e feliz ambivalência (...). Observadas de baixo, *ex parte populi*, elas são direitos, de todos são titulares enquanto pessoas ou cidadãos. Observadas do alto, *ex parte principis*, elas são regras, isto é proibições ou obrigações dos quais são destinatários os poderes públicos. Por isso chamei de ‘princípios regulativos’. Nas Constituições elas são expressas normalmente não em termos de proibições ou de obrigações, mas, sim, de direitos e, portanto, de expectativas (...). Têm, portanto, a forma de princípios, exatamente por que de tal forma as Constituições proclamam explicitamente as expectativas, isto é, os interesses e as necessidades vitais por elas estipulados como valores e como razão social do pacto de convivência, deixando implícitas as garantias, isto é, as proibições e as obrigações àqueles correspondentes (...). Mas é claro que com relação às violações das proibições e às inobservâncias dos deveres a eles correspondentes, estes princípios são colocados em relevo como regras, no sentido já ilustrado de que são aplicáveis judicialmente às primeiras e atuados legislativamente pelas segundas.” (FERRAJOLI, Luigi. *A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123).

Como Salomão, não sendo possível a repartição do filho, a uma das mães será imposto o não direito à criança. A contrário senso, a aplicação, ainda que pontual, de determinado Direito Fundamental a outro igual concretamente contrastado implicaria necessariamente em sua violação. Assim, os princípios e a natureza principiológica dos Direitos Fundamentais têm a respectiva ponderação atuante no campo abstrato da legitimidade de validação, enquanto a aplicação de determinado direito, seja fundamental ou não, obedece aos critérios de regra após devidamente legitimados.

Esta percepção se mostra relevante quando na resolução de determinado conflito de caráter fundamental, na qual a consideração da ponderação dos Direitos Fundamentais por vezes enseja a concepção equivocada sobre a necessidade de se verificar tais balanceamentos dentro da aplicabilidade, contrastando as duas Dignidades das partes litigantes, ou seja, para repartir a criança e evitar a declaração do direito que pareça ao julgador como mais irreversível ou condenável.

Tal conduta, quando incidente no campo da aplicação, afasta a racionalidade e a apuração do objetivo específico da norma, sujeitando-se à conseqüente valoração da moral individual invocada pelas partes para sustentação de determinado Direito Fundamental. Enseja, conseqüentemente, a atuação moralizadora do judiciário, não correspondente ao dever constitucional de efetividade, imparcialidade e resguardo democrático.

Conforme visto, a Dignidade Humana é um sistema de equilíbrio, fundante de todo o Estado Democrático de Direito e outorgante dos Direitos Fundamentais, sendo estes meios de exercício da moral individual. Apesar de ser eventualmente chamada de Dignidade, a manifestação da moral individual não se confunde com a Dignidade Humana; o exercício da moral individual é representativo da liberdade, igualdade e autonomia inerentes a todos os indivíduos e o objetivo do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 3º da CRFB/88¹⁵¹. Nesse contexto, o que se verifica é que a Dignidade Humana assume a relação de causa, enquanto o efeito é a manifestação da moral individual, ou seja, enquanto a premissa da Dignidade Humana estrutura o Estado Democrático de Direito e outorga os Direitos Fundamentais, esses visam ao objetivo último do pleno exercício da moral individual.

In casu, o equívoco da ponderação na aplicabilidade consiste no fato de que há a inversão da relação causal entre a Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais, onde a Dignidade Humana é posta como finalidade a ser alcançada, tornando-se origem e fim do Direito; significa dizer que ela é qualquer coisa, justificada nela mesma, criando uma relação

¹⁵¹ BRASIL, opus citatum, nota 35.

cíclica, ao que se relembra a citação “um direito que possa ser evocado por ambos os lados se torna juridicamente inútil”¹⁵². Em síntese, equivale a dizer que o indivíduo detém determinado direito porque é a manifestação da sua Dignidade Humana e que ele deve ser resguardado para garantir essa mesma Dignidade.

O que se comprova, portanto, é que, nessa hipótese, qualquer fundamentação judicial que justifique a decisão pela afetação e promoção da Dignidade Humana é argumentativamente inválida, na medida em que todos os direitos são emanados desta.

Assim, a fundamentação judicial deve observar a necessária ponderação abstrata sobre os objetivos específicos e a contextualização dos Direitos Fundamentais opostos no caso concreto, bem como de qual maneira a situação fática afronta o referido direito. A afetação da Dignidade Humana é presumível e consequência da eventual comprovação da violação do direito alegado.

A atribuição da autoria do direito, portanto, vem como método para determinar qual o direito prejudicado que deve ser tutelado mediante a aplicação da norma específica no caso concreto, não estando os Direitos Fundamentais excluídos de tal averiguação de incidência. Em suma, quando no conflito de Direitos Fundamentais, a ponderação atuará no campo abstrato, em razão do escopo garantista de tais normas, derivadas de sua natureza principiológica; enquanto sua aplicação enseja a aferição do direito ofendido – e não a mera afetação – e o eventual direito de resguardo dentro dos limites principiológicos de coexistência entre os Direitos Fundamentais, para então determinar a autoria de direito e a incidência casuística da norma fundamental específica, aqui sob a sua natureza de regra.

Veja-se o caso de paciente plenamente capaz que deseje a eutanásia e o médico que se negue e pretenda a realização obrigatória de determinado procedimento ou medicamento que eventualmente possa curar-lhe a moléstia. Nesse caso tem-se a contraposição do Direito à Vida individualmente considerado e o Direito à vida abstrato para considerar a indisponibilidade dos Direitos Fundamentais. A ponderação atua para discriminar o que é a indisponibilidade dos Direitos Fundamentais frente à manifestação de autonomia exercido mediante o Direito de Liberdade de Escolha do paciente, uma vez que, se lida *ipsis litteris*, a indisponibilidade poderia acarretar na total discricionariedade do poder público para decidir o âmbito de qualquer Direito Fundamental, esvaziando a garantia constitucional.

Assim, a indisponibilidade tem o condão de resguardar o direito individual da coletividade, onde um não pode prejudicar a esfera pessoal de terceiros, como nas hipóteses

¹⁵² BARROSO, opus citatum, nota 70.

que envolvam competitividade e a barganha de direitos. Na ponderação para a legitimidade, importa responder se a eutanásia concretamente pleiteada afeta os direitos de igual categoria de outrem. Na hipótese do médico liberal tem-se a oposição da autonomia pessoal, no direito de manifestar sua moralidade individual no exercício de sua autonomia profissional. Nesse sentido, o médico liberal, atuante conforme sua compreensão ética profissional e moral pessoal, pode rejeitar o pedido de eutanásia, e, de igual modo é impossibilitado o tratamento forçado do paciente que o rejeita. No entanto, quando em face de profissional vinculado a hospital público a atuação da ética profissional se adequa aos parâmetros da Administração, vez que o profissional atua como representante desta e não de si próprio, não sendo sua moral pessoal oponível à autonomia do paciente, cuja expressão não afeta a esfera pública democraticamente considerada.

Verifica-se que na resolução supra, quaisquer das hipóteses narradas afetam pontual e integralmente – aqui independente de teor de reversibilidade - o direito invocado por alguma das partes, acompanhando a autoria do direito, mas que toda a ponderação se procedeu na legitimação dos direitos suscitados, ora para prevalecer o médico liberal, ora o paciente quando se tratando de funcionário público. Não há avaliação valorativa sobre em que consiste a ética médica com fito de obrigar o profissional liberal à adequação interpretativa ou tampouco a edição de norma de conteúdo fechado para determinar taxativamente em qual caso é permitido ao médico a abstenção de proceder a eutanásia.

Destarte, a valoração da moral deve ocorrer nos embates privados para persuasão pessoal do indivíduo, sendo dever público resguardar a manifestação das múltiplas interpretações, conforme sua neutralidade moral¹⁵³, razão pela qual a atividade moral valorativa se revela irrelevante para a fundamentação jurídica.

Acerca da edição de norma infraconstitucional oposta aos Direitos Fundamentais, cabe tecer alguns comentários que serão dispostos no título subsequente. Tratar-se-á da inconstitucionalidade de regra fechada infraconstitucional que tenha por fito inviabilizar a ponderação abstrata entre normas principiológicas e a consequente inoponibilidade de tais dispositivos frente à discussão constitucional trazida, ainda que superveniente.

¹⁵³ A neutralidade aqui mencionada não se traduz na ausência de moral sobre as vertentes públicas, mas na inexistência da prevalência de determinada moral individual e o vínculo ao dever de resguardo de todas as morais conjuntamente consideradas, nos limites de suas compatibilizações com os direitos de terceiros.

3.3.1 A inoponibilidade de regra fechada infraconstitucional às normas principiológicas

A norma criminalizadora instituída no art. 124 do Código Penal¹⁵⁴ tem caráter de regra que incide sobre a vedação – observadas as respectivas excludentes - de determinada liberdade sobre a autonomia da mulher. Se outrora a discussão era desnecessária, seja diante da Lei, estrutural, positivada ou interpretativa à época, seja pelos fatores socioculturais, atualmente a referida vedação não mais comporta a discussão principiológica entre o Direito à vida e o Direito à Vida.

O que ora se questiona é anterior à licitude constitucional de se permitir a prática do aborto, mas o fato de, diante de um conflito principiológico entre Direitos Fundamentais positivamente reconhecidos, prevalecer a imposição de regra de caráter fechado para restringir direitos quando nos conflitos entre normas de natureza principiológica.

Veza reconhecido o conflito principiológico latente sobre a criminalização do aborto em razão da mudança cultural para ampliar os direitos femininos, torna-se inconstitucional a oposição de regra infraconstitucional para impedir determinada ponderação de princípios constitucionais. Não se trata de mera questão sobre a eventual legitimidade da criminalização do aborto, mas da utilização da regra fechada infraconstitucional para fundamentar em sede de sentença e impedir a ponderação principiológica contemporânea elucidada nos capítulos anteriores, devendo-se considerar, para tanto, que o modelo brasileiro adota o controle difuso de constitucionalidade.

Visualize-se o exemplo no conflito entre o Direito à Liberdade de Expressão e o Direito à Dignidade, onde é editada norma que veda a escrita de textos pessoais e opinativos que reclamem de terceiros nas redes sociais, por entender que tal prática viola a Dignidade deste, cujos prejuízos podem ser desmedidos e irremediáveis, de forma que o meio escolhido é incompatível com o que se pretende, podendo ser feito mediante imprensa, denúncia à delegacia ou aos órgãos responsáveis.

A hipótese narrada encontra respaldo jurídico e é devidamente justificada, no entanto, ainda que se reconheça a importância da responsabilização dos atos praticados online, a norma restritiva para impedir de plano a manifestação opinativa resulta em ofensa – mesmo que pontual - ao Direito à liberdade de expressão. A mera redação de texto opinativo que repercute prejuízos à imagem de terceiros, não enseja a automática extrapolação do Direito à liberdade de expressão ou violação à imagem ou dignidade (veja-se aqui a hipótese de

¹⁵⁴ BRASIL, opus citatum, nota 117.

reclamação dos produtos ofertados por determinada empresa). Dessa forma, quando da edição do marco civil da internet, apesar de prever a possibilidade de responsabilização do agente, ou da vedação de discursos de ódio, se limitou à fixação de norma de conteúdo aberto, ainda que para clarificar determinada limitação ao Direito Fundamental.

Assim, é imperativa a inoponibilidade do art. 124 do CP¹⁵⁵ frente às discussões suscitadas no presente trabalho, inclusive em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Somente após realizado o enfrentamento constitucional dos princípios, valores e Direitos Fundamentais adjetos à descriminalização do aborto far-se-á possível a declaração de constitucionalidade do referido dispositivo.

3.3.2 A autoria do direito na expectativa sobre a vida

Verificada a inconstitucionalidade da norma de conteúdo fechado para inobservar as discussões contemporâneas acerca da interpretação do Direito à Vida e o consequente sopesamento do método de ponderação principiológica atinente a Direitos Fundamentais conflituosos no caso ora analisado, passa-se à análise sobre a autoria do direito.

Conforme visto nos capítulos anteriores, o trabalho foi assente ao reconhecer a distinção entre a vida e o momento do parto, de maneira que essa independe deste e é condição pretérita. Logo, o Direito à Vida, sobretudo em seu aspecto objetivo de estar vivo, é medida que se impõe à vida mesmo que intrauterina.

Nessa concepção, as ponderações das teorias natalista, concepcionista e condicionada influem na interpretação do art. 2 do CC¹⁵⁶ e na aquisição da personalidade, sendo claro o dispositivo ao adotar a teoria natalista para essa. No entanto, o mesmo dispositivo salvaguarda categoria de direitos anteriores à personalidade, sendo que a questão jurídica repousa sobre quais são esses direitos e quando eles se iniciam.

Com efeito, considerou-se que o momento em que se inicia a vida é um irrelevante jurídico, e, portanto, não incide quaisquer das teorias supra, vez que não é possível desvinculá-lo da moral individual. Assim, para efeitos jurídicos, importa onde se inicia a Dignidade Humana, cujo reconhecimento exprime três qualidades - Valor intrínseco, Autonomia e Valor Comunitário - fundantes e legitimadoras de qualquer norma.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ BRASIL, opus citatum, nota 65.

No que tange à vida intrauterina *lato sensu*, que por ora diferencia-se o feto do nascituro apenas para efeitos facilitadores, pode-se afirmar, como manifestação sociocultural e da moral democrática que se pretende resguardar, que essa é dotada de Valor Intrínseco e Valor Comunitário desde sua concepção. A autonomia, como expressão da moral individual, necessita ressalvas.

A Autonomia representa, em suma, a manifestação da individualidade, do livre arbítrio humano, esses independentes de quaisquer valorações de capacidade. Tampouco se vincula à ideia de autossustentância, de modo que aquele acometido de doença que necessite de aparelhos ou medicamentos para se manter vivo não é menos detentor de Autonomia ou de Dignidade Humana.

No entanto, a Autonomia juridicamente considerada apesar de não se limitar aos conceitos de capacidade ou autossustentância, assume teor abstrato causal para com a possibilidade real de sobrevivência, onde a Dignidade Humana era presente em condição pretérita¹⁵⁷: torna-se relevante o momento no qual o nascituro passa a deter capacidade de autodeterminação - formação física e cognitiva - em escalas mínimas de sobrevivência para que possa ser individualmente considerado¹⁵⁸ e, em consequência, detentor de Dignidade Humana. O fato é que, até certo momento gestacional, se retirado da condição intrauterina, o feto não possui expectativa de sobrevivência em razão da insuficiência autonômica do próprio organismo para se manter ou inclusive se desenvolver, mesmo com auxílio tecnológico¹⁵⁹, estabelecendo relação de dependência para com o corpo feminino e não podendo ser dele separado.

O feto, na condição de receptor de valores morais derivados do Valor Intrínseco e Comunitário que lhe é conferido, torna-se fato jurídico capaz de produzir efeitos como se verifica na obrigação de prestar alimentos gravídicos ou na possibilidade de ser beneficiário testamentário¹⁶⁰. No entanto, como valor moral, esse perpassa sobre a percepção e manifestação

¹⁵⁷ Diferentemente do feto, o paciente em coma, mesmo assistido pela tecnologia médica e incapaz de auto sustentar, tem suposta – supõem-se pois ainda não é possível aferir indubitavelmente a incapacidade de recuperação - perda da Autonomia derivada da morte cerebral, enquanto o feto, por seu turno, não detinha Autonomia quando óvulo fecundado, até o momento eventual em que passa a ter. Assim, para o reconhecimento da Dignidade Humana, faz-se necessário que a Autonomia seja adquirida preteritamente para então ser sujeito de direitos.

¹⁵⁸ Considerar-se-á aqui o período de até 03 meses de gestação, utilizado amplamente pelas legislações internacionais, além daquela adotada pelo STF no julgamento do Habeas Corpus n. 124.306.

¹⁵⁹ O que se admite a sua instrumentalização vez que o aparato tecnológico não detém nenhuma categoria de Dignidade.

¹⁶⁰ Aqui destaca-se que o feto ainda como fato jurídico não é autor dos direitos derivados dos exemplos dados, onde, para os alimentos gravídicos a autoria de direitos pertence à gestante, em razão do fato de estar gestante, enquanto que como beneficiário testamentário o direito é do testador de exercer livremente seu domínio sobre seus bens. O feto somente passará a ser igual detentor dos referidos direitos quando adquirida dignidade humana, observadas demais restrições como na hipótese testamentária.

da moral individual, de modo que esta não pode ser utilizada como meio argumentativo para cercear Direito Fundamental de terceiro exercido dentro de seu plano íntimo, aqui aproximando-se da teoria Kantiana sobre o imperativo categórico¹⁶¹ a serem aplicadas nas normas principiológicas.

Toma-se como exemplo o casamento homoafetivo e a concepção de família, onde foi oposta por determinado grupo contrário a medida, a imoralidade e a vedação legal. A moral estatal e jurídica deve ser aquela para abranger todas as morais na medida de suas compatibilidades¹⁶², não sendo possível que determinado grupo busque restringir direitos de terceiros com fundamentado na ofensa de sua moral individual. A legitimidade para pleitear a autoria de determinado Direito Fundamental verifica-se naquele que teve sua manifestação moral individual restringida ainda dentro dos limites da sua Autonomia, em outras palavras, na contraposição do Valor Individual e do Valor Comunitário – lembra-se aqui que tais cargas são dinâmicas dentro do mesmo caso concreto, onde cada parte exerce a força oposta em face da

¹⁶¹ “Ora, todos os Imperativos preceituam ou hipoteticamente ou categoricamente. Os imperativos hipotéticos representam a necessidade de uma ação possível, como meio para alcançar alguma outra coisa que se pretende (ou que, pelo menos, é possível que se pretenda). O imperativo categórico seria aquele que representa uma ação como necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro escopo, como objetivamente necessária. (...) O imperativo hipotético significa, portanto, apenas, que a ação é boa com relação a um escopo possível ou real. No primeiro caso, é um princípio problematicamente prático; no segundo caso, é um princípio assertoricamente prático. Pelo contrário, o imperativo categórico, que declara a ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com algum fim, isto é, sem qualquer outro fim, tem o valor de princípio apodícticamente prático. Podemos imaginar que tudo quanto é possível apenas pelas forças de algum ser racional é também um escopo possível para qualquer vontade; por isso, os princípios da ação, enquanto esta é representada como necessária para a aquisição de algum fim possível, susceptível de ser por ela realizado, são, de fato, infinitos em número- Todas as ciências têm uma parte prática, constante de problemas que supõem que qualquer fim é possível para nós, e de imperativos que indicam como tais fins podem ser alcançados. Estes imperativos podem, por isso, chamar-se em geral imperativos da habilidade. Não se trata, neste caso, de saber se o escopo é racional e bom, mas só de saber o que se deve fazer para o alcançar. (...) Há todavia um escopo, que se pode supor real para todos os seres racionais (na medida em que os imperativos se aplicam a estes seres considerados como dependentes); portanto, um escopo que eles não só podem propor-se, mas do qual se pode certamente admitir que todos o propõem a si efetivamente, em virtude de uma necessidade natural, e este escopo é a felicidade. O imperativo categórico, que apresenta a necessidade prática da ação como meio para alcançar a felicidade, é assertório. (...) Sendo assim, o imperativo que se refere à escolha dos meios capazes de assegurar nossa felicidade pessoal, isto é, a prescrição da prudência, é sempre hipotético; a ação é ordenada, não de modo absoluto, mas só como meio de alcançar outro escopo. (...) Enfim, há um imperativo que, sem assentar como condição fundamental a obtenção de um escopo, ordena imediatamente este procedimento. Tal imperativo é categórico. Diz respeito, não à matéria da ação, nem às conseqüências que dela possam redundar, mas à forma e ao princípio donde ela resulta; donde, o que no ato há de essencialmente bom consiste na intenção, sejam quais forem as conseqüências. A este imperativo pode dar-se o nome de imperativo da moralidade.” (KANT, opus citatum)

¹⁶² Por tal razão não se pode compatibilizar a moral individual de um psicopata que sustente direito de matar em exercício de sua Dignidade Humana. Igualmente, também não é possível que o Juiz negue o reconhecimento da imunidade tributária a determinado templo religioso por ser contrário à sua própria religião ou não reconhecer a qualidade da religião alheia. Ou ainda, a legalidade da relação sexual entre capazes e totalmente incapazes diante da incapacidade destes, mesmo diante de suposto consentimento.

outra¹⁶³ – há de preponderar o Valor Individual não utilitarista¹⁶⁴. O casamento homoafetivo e as múltiplas formas de família não adentram a esfera de terceiros, vez que aqueles contrários não se veem impedidos de contrair para si o matrimônio dentro de suas percepções morais, sendo corretamente assegurado. A obrigatoriedade do reconhecimento desses e da realização da cerimônia junto a determinada instituição religiosa, no entanto, não pode ser coercitiva, por se tratar de restrição à manifestação religiosa.

Retomando o caso ora analisado, a potencialidade do direito do feto, qual seja, de possuir o bem Vida, esse decorrente de ter adquirido Dignidade Humana, não é apta a sujeitar o indivíduo à obrigação de cumprir a termo a gestação, condição que incide sobre o Direito à Vida da mulher. Assim, a mera potencialidade, por si só, não tem capacidade de defrontar a Dignidade Humana já estabelecida daquela mulher.

Outrossim, acerca da expectativa de vida é indagado quem detém tal expectativa, sendo impossível falar-se em autoria da expectativa daquilo que, ainda que lhe sejam atribuídos valores morais, não possua Autonomia. Ainda que influa sobre o feto, a expectativa pertence àquele que anseia, o que somente pode ocorrer com os titulares de tal capacidade para, inclusive, resguardar o direito sobre a não expectativa e a não concretização do direito potencial que se desenvolve. Se o ordenamento jurídico veda qualquer imposição obrigacional ou coercitiva à doação de sangue mesmo que para salvar vida de outrem, não se encontra legitimadora para embasar a veiculação da mulher durante o período gestacional.

De outra face, se e quando adquirida a Autonomia do nascituro (após o terceiro mês gestacional) e o conseqüente reconhecimento da Dignidade Humana, ainda que em vida intrauterina – não sendo necessário o parto prematuro para tal reconhecimento –, há de se assumir esse como titular de direito, dentre eles o Direito à Vida¹⁶⁵ e não sobre a mera potencialidade.

Destarte, o feto como detentor de Valor Intrínseco e de Valor Comunitário não se traduz como sujeito de direitos, mas como um fato jurídico, capaz de produzir determinadas obrigações, mas inoponível à manifestação da Dignidade Humana da mulher no exercício dela do seu Direito à Vida e à sua expectativa sobre a vida do feto. A autoria do direito se assume para impedir a instrumentalização do corpo e afirmar os direitos reprodutivos femininos.

¹⁶³ Vide subtítulo 2.1, Dignidade Humana, deste trabalho.

¹⁶⁴ Aqui há de se desconsiderar sofismos sobre a relativização do utilitarismo na solução de quaisquer conflitos, onde qualquer sistema de ponderação representará em última instância o manuseio de determinada liberdade, recaindo sobre o contrato social.

¹⁶⁵ Aqui também se vislumbra a possibilidade do nascituro, devidamente representado, postular em juízo o Direito a não nascer, sendo esse autor da mesma expectativa anteriormente assegurada a terceiros.

4. EFICÁCIA CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO

Em decorrência dos apontamentos dispendidos no trabalho, o quarto capítulo é dedicado a avaliar o papel do Poder Judiciário, bem como a possibilidade da intervenção judicial nos conflitos sobre o Direito à Vida, sobretudo em sua aplicação na tipificação penal do art. 124 do CP¹⁶⁶ que dispõe acerca da criminalização do aborto.

Serão abordadas questões atinentes à Judicialização e à legitimidade do Ativismo Jurídico, bem como as relações entre as três esferas de poder conforme a Teoria dos Diálogos Constitucionais na formulação do Estado constitucionalmente dito, diferenciando-se este das instituições que respectivamente o representam.

4.1 Judicialização e Ativismo Jurídico

No Estado contemporâneo o Poder Judiciário ocupa posição de protagonismo em âmbito mundial, não limitado às fronteiras do Estado brasileiro. O fenômeno tem recebido diversas nomenclaturas, das quais cita-se “Ascensão Institucional do Poder Judiciário”¹⁶⁷ empregada por Luís Roberto Barroso. Em breve conceituação, a supremacia constitucional abrange dois sentidos:

Em sentido formal, significa que decisão constitucional da Suprema Corte somente pode ser revertida por emenda constitucional; em sentido material, consiste na enorme dificuldade prática da reversão da interpretação judicial da Constituição, representando, no mais das vezes, a sua definitividade; em sentido amplo, significa uma hiperconstitucionalização e uma hiperjudicialização, em que a maioria dos conflitos políticos se reconduz a controvérsias constitucionais, em cujo deslinde o Judiciário desempenha o papel de protagonista.¹⁶⁸

Detrás de tal protagonismo tem-se como causa fundadora a Judicialização, que conforme aduz o autor “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais”¹⁶⁹.

¹⁶⁶ BRASIL, opus citatum, nota 117.

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política*, [S.l]: Migalhas Jurídicas. 2014. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>; Acesso em: 23 jul. 2019.

¹⁶⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 261.

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e a Legitimidade Democrática. In: *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v.5, nº 1, 2012, p.24.

A Constituição-Cidadã, nesse sentido, trouxe consigo a maior participação social, além do compromisso na busca efetiva do resguardo cidadão, mediante a reinserção do Estado Democrático de Direito. Para tanto, apoiou a popularização do sistema judiciário, exemplificando-se a inclusão dos princípios e Direitos Fundamentais no texto constitucional, o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, além da ampliação do acesso dos jurisdicionados à Justiça:

O ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira. (...)

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. (...) A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. (...)

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal.¹⁷⁰

Enquanto a Judicialização estabelece uma relação de causa para com o protagonismo judicial, via de regra, pode-se afirmar que o efeito é o Ativismo Jurídico. Esse se equipara com a Judicialização na medida em que também se refere à intervenção judicial, mas de modo distinto: enquanto a Judicialização decorre da vontade do constituinte, o Ativismo Jurídico “expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”.¹⁷¹

No entanto, cabe destacar que, em que pese o Ativismo Jurídico consubstanciar-se na não autocontenção do Poder Judiciário, simultaneamente este também deriva de permissão

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ Ibidem, p 31.

legal, respaldado no art. 12-F, §1º, *in fine*, da Lei nº 9.868/99¹⁷² e na Lei nº 12.063/09¹⁷³. Ao que se afirma não apenas a sua inevitabilidade dentro do modelo neoconstitucional¹⁷⁴, como sua legalidade, ainda que se discuta sua adequação. A concentração de esforços é para então definir as limitações a este novo Poder protagonista.

Nessa conjectura, a majoração da influência e relevância do magistrado acarreta o recrudescimento dos aspectos tanto positivos quanto negativos do juiz natural, na medida em que “em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legitima a arrogância judicial.”¹⁷⁵

Assim, não obstante a legalidade e a inevitabilidade do Ativismo Jurídico, atenta-se para os prejuízos decorrentes de quaisquer outorgas de poder, sobretudo no que atine àquele com alta carga de subjetividade e política¹⁷⁶, para exprimir verdadeiros abusos de autoridade. A atribuição de intérprete constitucional não isenta o judiciário, e tampouco os Supremos Tribunais, de tais sobejamentos, de modo que sua extrapolação também deve ser repudiada, interna e externamente, advertindo Lenio Luiz Streck¹⁷⁷ para o solipsismo judicial:

¹⁷² Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). § 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). (BRASIL. *Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm > Acesso em: 14 nov. 2019)

¹⁷³ BRASIL. *Lei nº 12.063 de 27 de outubro de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm> Acesso em: 14 nov. 2019.

¹⁷⁴ O ativismo jurídico, ainda que verse sobre a atitude de escolha do julgador para além dos limites do legislador ordinário, fixada sua relação de efeito para com a judicialização torna-se igualmente inevitável diante das novas exigências e complexidades democráticas. De toda sorte, não significa dizer que diante dessa inevitabilidade não se deva ser combatido e repudiada a atuação ilegítima do judiciário, ao que se destaca o trecho escrito por Luís Roberto Barroso: “A judicialização, portanto, constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional adotado na maior parte dos países democráticos. Esse arranjo inclui o acesso à justiça, a definição constitucional de direitos fundamentais e a existência de Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais com o papel de dar-lhes cumprimento (...). O ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às suas ações e omissões. Em tese, portanto, o ativismo judicial pode traduzir ora um comportamento legítimo, ora um comportamento ilegítimo”. (BARROSO, opus citatum, p. 10/13, nota 13)

¹⁷⁵ BARROSO, opus citatum, p. 30, nota 169.

¹⁷⁶ Há de se pontuar que em que pese o Judiciário ser órgão apartidário e imparcial ele não se equivale a ser despolitizado. É inevitável e inerente ao Poder Judiciário, nos moldes do Constitucionalismo, a afetação política sobre o Estado, na medida em que suas decisões produzem efeitos práticos na sociedade e detém o dever de proteção às diretrizes constitucionais, das quais incluem-se o Estado Democrático de Direito.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Diálogos sino-luso-brasileiros sobre jurisdição constitucional e a crítica hermenêutica do direito de Lenio Luiz Streck*. Org. Elpídio Paiva Luz Segundo, Bruno Cavalcanti Angelin Mendes. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 24,25.

Do latim *solus* (sozinho) e *ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Assim, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo.

O sujeito solipsista no Direito age desse modo autoritário porque está escorado em uma inconstitucionalidade, falando de um determinado lugar (...). Eis o delicado lugar do juiz, cuja fala se reveste de poder coercitivo.

O que por ora se observa não é a incidência da moral sobre o direito, ou mais, sobre o próprio Judiciário na pessoalidade do julgador, mas a transposição da individualidade moral do juiz à moralidade jurídica democraticamente constitucionalmente estabelecida. Ressalta-se breve ponderação de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

É preciso que o juiz, ao falar, seja a manifestação do Direito, e não da sua vontade, menos ainda de qualquer tipo de voluntarismo. Mas a atividade do Poder Judiciário não é passiva. Essa é a grande mudança: atua o Poder Judiciário e ativa-se o Poder Judiciário para que a injustiça não prevaleça. Não queremos um Judiciário que vá além dos seus limites, o que seria uma exorbitância, nem que seja menos do que a Constituição e a lei exigem, para que elas sejam vivas e não apenas uma folha de papel. É importante discutir qual é o limite de atuação do Judiciário, para que ele não fique aquém do Direito, mas principalmente para que ele não fique aquém da Justiça. O Judiciário não passa pela escolha popular, mas não é por isso que o Judiciário pode deixar de ter a confiança do povo.¹⁷⁸

De igual modo, deve-se rejeitar o retorno ao papel objetivo do juiz. Conforme aduzido nos capítulos preliminares, apesar das múltiplas vertentes acerca da inclinação e incidência da moral sobre as normas e o julgador, é impossível que se proceda a total heterogeneidade entre a moral e as normas jurídicas, onde, em suma, tem-se a instituição de uma moral individual estabelecida como a única verdade:

Também é importante perceber que um retorno ao objetivismo não resolve o problema colocado. Para além de suas insuficiências filosóficas, sua invocação no direito traz sempre um apelo aos poderes de quem “descobrir” o tal objeto. Pensemos aqui na “verdade real”, utilizada por alguns juristas como alibi para exercerem seus subjetivismos.¹⁷⁹

Observadas as conceituações e as problemáticas desse novo atuar do poder judiciário em âmbito de proteção do Estado Democrático, Luís Roberto Barroso¹⁸⁰ afirma que as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais desempenham três papéis quando emitem decisão cujo teor interfira nos atos praticados pelo Legislativo, sendo eles o contramajoritário, o representativo e o iluminista.

¹⁷⁸ ATIVISMO Judicial, Possibilidade e Limites. In: *Magistratus*, Rio de Janeiro, v. 04, 2018. p. 07.

¹⁷⁹ STRECK, opus citatum, p. 25.

¹⁸⁰ BARROSO, opus citatum, nota 13.

O primeiro, contramajoritário, decorre da própria função das cortes e tribunais constitucionais porquanto intérpretes da Lei Maior, ou conforme dito em território nacional, Guardião Constitucional. Tal atuação judicial outorgou aos tribunais o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo, criando imagem particular intitulada de “dificuldade contramajoritária”, onde “os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepôr a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática”¹⁸¹.

No entanto, em que pese a observação supra, a atuação contramajoritária dos tribunais vem sendo assentada e legitimada nas democracias modernas¹⁸², fundamentando-se principalmente na garantia e efetivação dos Direitos Fundamentais, além da proteção das regras do jogo democrático, para o resguardo das minorias frente a já mencionada “tirania da maioria”¹⁸³.

O segundo, representativo, origina-se na crise incidente no Poder Legislativo, vez que esse não mais tem expressado a representação política legitimadora de sua atuação. O fato é que o modelo tradicional da separação dos poderes tem se revelado insuficiente diante do modelo democrático moderno. Nesse sentido, “em certos contextos, por mais paradoxal que pareça, cortes acabam sendo mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais”¹⁸⁴.

O que se dialoga, portanto, é que a “legitimidade não se mede apenas no momento da investidura, mas também pelos meios empregados no exercício do poder e os fins a que ele visa”¹⁸⁵. A corte constitucional torna-se o representante argumentativo da sociedade, de modo que quando emanada decisão contrária a determinado ato do Congresso, ela não será obrigatoriamente contramajoritária, mas será invariavelmente contra-legislativa.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 27.

¹⁸² “A imagem frequentemente utilizada para justificar a legitimidade da jurisdição constitucional é extraída do Canto XIV da Odisseia, de Homero: para evitar a tentação do canto das sereias, que levava as embarcações a se chocarem contra os recifes, Ulysses mandou colocar cera nos ouvidos dos marinheiros que remavam e fez-se amarrar ao mastro da embarcação”. (*ibidem*, p. 28) Assim, para evitar o encanto pela ilusão democrática da voz da maioria, o juiz vê-se obrigado a ver e ouvir as diversas realidades, mas se mantendo amarrado às limitações da atuação judicial.

¹⁸³ “Mais do que direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política. Em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas é a suprema corte ou o tribunal constitucional, por sua capacidade de ser um fórum de princípios – isto é, de valores constitucionais, e não de política – e de razão pública – isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate.” (*ibidem*, p. 29)

¹⁸⁴ Ainda, o autor apresenta alguns motivos para a afirmação, das quais destaca a qualificação técnica dos juízes, sem influência política, além da vitaliciedade do cargo que ultrapassa o prazo das políticas eleitorais e a obrigatoriedade de fundamentação das sentenças judiciais. (*ibidem*, p. 32)

¹⁸⁵ *ibidem*, p. 33.

O terceiro, denominado papel iluminista¹⁸⁶, é empregado para ilustrar a atuação judicial conforme “uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens”¹⁸⁷. Diante da subjetividade, Barroso coaduna para repudiar qualquer aproximação do juiz ao conceito platônico dos reis-filósofos ou déspotas esclarecidos e limita¹⁸⁸: “As intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais.”¹⁸⁹

A judicialização e o ativismo jurídico representam movimentos naturais desse moderno organismo democrático que se monta, ou melhor, que cresce e amadurece. Trazem consigo novos benefícios, essenciais para a eficácia constitucional, mas repercutem igualmente em problemáticas e inconsistências para com o antigo modelo administrativo-constitucional. Como qualquer organismo vivo e interligado, seu pleno funcionamento depende da atuação conjunta das partes que o compõem, considerando-se a inexorável e contínua evolução. A cada renovação celular outra caduca e as devidas adaptações deverão ser realizadas para o sadio desenvolvimento.

4.2 O Estado Constitucional e os Diálogos Constitucionais

Analisando-se os excessos das instituições, relembra-se o anteriormente dito sobre a crise de representatividade do Poder Legislativo. Muito se discute o Ativismo Judicial, mas pouco se observa a individualização do Legislativo, essa também com duplo caráter. Se por um lado demonstra a representatividade de uma parcela social, por outro eventualmente advém-se o sopesamento democrático e a prevalência de interesses individuais excedentes. Se da função judicial típica, porquanto intérprete e garantidor constitucional, admite-se a possibilidade do excesso de poder, de igual modo visualiza-se nas atribuições legislativas quando da edição de normas de interesses individuais ou moralizantes que desviem do dever de proteção e promoção democrática do Estado constitucionalmente dito.

¹⁸⁶ Luís Roberto Barroso atribui tal nomenclatura em razão do movimento iluminista ocorrido ao longo do século XVIII, onde “a razão passa para o centro do sistema de pensamento, dissociando-se da fé e dos dogmas da teologia cristã”. (ibidem, p. 37)

¹⁸⁷ Ibidem, p. 38.

¹⁸⁸ Dentre os riscos da atuação excedente do papel iluminista do judiciário, Barroso destaca a “ditadura do judiciário”, “populismo judicial” e o “papel obscurantista” (ibidem, p. 47)

¹⁸⁹ ibidem, p. 38.

A repartição de poderes e o sistema de equilíbrio entre eles representam a tríplice formação do Estado, cada qual com função essencial e poderes abstratos e avassaladores. Não à toa, o manejo de tais cargas é frequentemente questionado e redistribuído, sendo certa a previsão constitucional sobre a igualdade e independência entre as três esferas. Tal é a história para confirmar, de modo que os primeiros modelos de Estado, monárquicos e absolutistas regiam-se pelo império do Executivo. Igualmente visualizado no Legislativo, quando, admitido o Congresso, sob a *prima facie* de representatividade, esse é composto majoritariamente por representantes de apenas uma parcela da sociedade, com poderio de alavancar ou impedir atos e até Poderes, como na hipótese de Emendas Constitucionais abusivas para cercear a atuação judicial no resguardo dos Direitos Fundamentais.

A tripartição de poderes, portanto, mantém-se eficaz enquanto nenhuma das esferas detém maior poder e, além disso, que todas sejam igualmente capazes de fazer frente às atribuições típicas das demais. Nesse sentido, em decisão recente, o Ministro Luis Roberto Barroso, em referência à obra de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, pontuou:

O constitucionalismo e as democracias ocidentais têm se deparado com um fenômeno razoavelmente novo: os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso de armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático.¹⁹⁰

Em complementação, os autores afirmam:

Jogadores que não possam ser comprados têm que ser enfraquecidos por outros meios. Enquanto ditadores da velha guarda costumavam prender, exilar ou até matar seus rivais, os autocratas contemporâneos tendem a esconder sua repressão debaixo de um verniz de legalidade.¹⁹¹

Frente a problemática, não há meios objetivos para solucioná-la, tratando-se da adequação da Teoria dos freios e contrapesos para instituir a doutrina dos Diálogos Constitucionais¹⁹². Como qualquer sistema de equilíbrio o resguardo ocorre conforme a ponderação dos conceitos subjetivos, e a aplicação objetiva casuística. Se dos excessos

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 622 MC/DF*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342072532&ext=.pdf> > Acesso em: 05 mar. 2020.

¹⁹¹ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias Morrem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 86.

¹⁹² “Os diálogos constitucionais se tornaram uma “metáfora ubíqua” para designar a recente tendência de priorizar o debate institucional sobre “quem” deve ter a última palavra na interpretação constitucional, em face do tradicional debate metodológico sobre “como” interpretar a constituição.” (BRANDÃO, opus citatum, p. 273)

legislativos aplicam-se os remédios constitucionais, dos excessos judiciais há iguais sistemas como a previsibilidade recursal e a elaboração de Emendas Constitucionais.

Nesse sentido, “cada ‘poder’ tem a possibilidade de interpretar a Constituição, como um pressuposto necessário ao exercício de suas atribuições”¹⁹³, não para admitir a Teoria da construção coordenada¹⁹⁴, na qual Rodrigo Brandão afirma ter por consequência a “anarquia interpretativa”¹⁹⁵, mas de circularidade procedimental¹⁹⁶:

Vale dizer: se o Supremo Tribunal federal declara a inconstitucionalidade de uma lei, não caberá a autoridades administrativas e judiciais a prolação, no futuro, de atos administrativos ou decisões judiciais contrárias ao entendimento do STF, sob pena de descumprimento da decisão do STF a qual estão vinculados, e, portanto, de cabimento de reclamação em face dos respectivos atos.

Tal assertiva não significa que os órgãos administrativos e judiciais serão manietados aplicadores dos entendimentos constitucionais do STF: Ao contrário, tais autoridades poderão negar aplicação a precedentes da Suprema Corte a casos que, apesar de à primeira vista se adequarem ao seu pressuposto fático, apresentam distinção relevante que justifique tratamento díspar (*distinguish*). Não lhes caberá, porém, a superação efetiva dos precedentes constitucionais da Suprema Corte (*overruling*), pois, caso pudessem fazê-lo, não estariam verdadeiramente a ele vinculados.

A impossibilidade de os órgãos judiciais e administrativos superarem, efetivamente, os precedentes da Suprema Corte não significa que eles devam se resignar com interpretação constitucional que lhes pareça equivocada. A propósito, autoridades administrativas e judiciais podem pressionar o Legislativo a aprovar norma superadora do precedente da Suprema Corte, destacando-se o potencial de o Presidente da República mobilizar a sua base parlamentar para esse fim.

[...]

Todavia, a admissão da possibilidade de superação normativa de decisão de inconstitucionalidade da Suprema Corte não redundará, necessariamente, em um regime de supremacia parlamentar. Com efeito, se a Suprema Corte puder controlar a constitucionalidade na norma que reverteu a sua decisão pretérita, a “superação normativa” não representará a última palavra sobre a controvérsia constitucional. Ao contrário, poderá se estabelecer um diálogo institucional sobre a melhor forma de resolver-se uma questão constitucional controvertida, em que cada “poder” contribuirá com a sua específica capacidade institucional.¹⁹⁷

¹⁹³ *Ibidem*, p. 276.

¹⁹⁴ A Teoria da construção coordenada baseia-se no resguardo da igualdade entre os poderes na interpretação constitucional, mediante mecanismos como a não vinculação dos poderes às decisões judiciais com as quais não concordem, a defesa dos efeitos inter partes das decisões, e a legitimidade da superação da decisão de inconstitucionalidade. (*Ibidem*, p. 282)

¹⁹⁵ “Com efeito, a tese de que a igualdade entre os órgãos estatais na interpretação constitucional seria tão forte a ponto de promover a não vinculação dos Poderes Executivo e Legislativo às decisões judiciais com as quais não concordassem é claramente incompatível com o Estado de Direito. (...) Também, o retorno aos efeitos meramente inter partes das decisões de inconstitucionalidade seria um retrocesso, seja em relação ao Judiciário, seja em face do Poder Executivo, pois transformaria o Direito Constitucional em um corpo incoerente e desconexo de normas” (*Ibidem*)

¹⁹⁶ “A expressão é de Marcelo Neves. O autor concebe o Estado Democrático de Direito como um sistema de ‘hierarquias entrelaçadas’, pois, se a jurisdição constitucional controla a validade das leis e dos atos administrativos, ela se sujeita às limitações dos Poderes Legislativos e Executivo (...). Nesta esteira, a ‘circularidade de procedimentos’ inerente ao sistema de freios e contrapesos, além de revelar potencial de proteção de direitos de minorias, gera redução de complexidade nas deliberações públicas, pois um só procedimento central dificilmente conseguiria dar respostas satisfatórias às mais diversas controvérsias em uma sociedade hipercomplexa.” (NEVES apud, *ibidem*, p. 289)

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 283/286.

Sobre o tema, o Ministro Gilmar Mendes em voto vencido¹⁹⁸ no julgamento da ADI nº 2.797 assentiu para o dito entendimento. Foi reconhecida a capacidade de atores não judiciais interpretarem a Constituição, de modo que, em eventual conflito, ao Judiciário incumbe a última palavra temporária, assegurando-se o reexame do conteúdo das novas leis nascidas com presunção relativa de inconstitucionalidade:

[...] Penso que não é possível admitir que o legislador ordinário tenha a sua liberdade totalmente tolhida pelas declarações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Tribunal. É adequado e prudente, inclusive, que tais atos legislativos sejam apreciados a partir de um dado contexto institucional.

É de se ressaltar que, se de um lado, a Constituição atribui a este Supremo Tribunal Federal a tarefa de guarda da integridade da ordem jurídico constitucional, de outro, é assente que o seu texto está sujeito a uma sociedade aberta de intérpretes (HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997), os quais podem, de acordo com as alterações histórico culturais, exercer alternativas plurais de interpretação.

[...]

Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a “última palavra” conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o “diálogo”, o debate institucional deve continuar.

O Ativismo Jurídico e o conseqüente protagonismo judicial desenvolvido das últimas décadas são consenso doutrinário dos quais sobrevêm duras críticas, algumas para nomear de “judiciariocracia”¹⁹⁹, e discordâncias, que ultrapassam a mera adequação das limitações e abrangem a juridicidade da conduta.

¹⁹⁸ O STF acompanhou o Ministro Relator Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 2.797 para declarar a supremacia judicial ao afirmar que “ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição –, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.797/DF*. Relator: Sepúlveda Pertence. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082833> > Acesso em: 05 mar. 2020). no entanto, a Suprema Corte, na ADI 3.772, admitiu a alteração da interpretação constitucional por lei editada posteriormente, contrária ao entendimento inclusive sumulado pelo STF no verbete nº 726, ao que demonstra a discrepância atuante do STF sobre a matéria. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.772*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033> > Acesso em: 05 mar. 2020)

¹⁹⁹ Além da judiciariocracia (STRECK, opus citatum, p. 35) a doutrina avança para afirmar a Supremocracia ou até mesmo a Ministrocracia. (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. In: *Novos Estudos*. São Paulo, v. 110, abr. 2018, p. 130).

No entanto, o modelo neoconstitucional, onde se tem a primazia constitucional, a positivação de princípios, edição de Direitos Fundamentais e a criação dos Tribunais Constitucionais como intérprete-protetor da Constituição em âmbito democrático, é inseparável do “protagonismo judicial”.

Ocorre que, doravante a criação do Direito Administrativo para resguardar o cidadão individualmente e a posterior alteração paradigmática da Administração²⁰⁰, passou-se a considerar o Estado como possível infrator de direitos, atribuindo-lhe não somente limitações perante os administrados, mas deveres para com estes:

Se em um primeiro momento esse regime especial tem por objeto caracterizar um conjunto de regras protetivas do cidadão, oferecendo certa contenção para o exercício do poder, com o crescimento dos campos de atuação da Administração este regime especial de direito administrativo irá assumir a função de instrumentalizar, tornar possível e efetiva, a atuação administrativa. O direito administrativo se deslocará, então, de um papel garantista das liberdades em face do poder para se tornar um direito de viabilização, de efetivação, do exercício do poder.²⁰¹

O término da Segunda Guerra Mundial foi determinante para o fortalecimento da função democrática do Legislativo que passou a positivar princípios e Direitos Fundamentais e, por conseguinte, do Judiciário, que acrescido da alteração na interpretação dos princípios administrativos realocou a função do Judiciário como garantidor democrático.

Em verdade, diante dos Diálogos Constitucionais e da ausência de detentor da “última palavra constitucional”, não se tem um protagonismo judicial, mas a emancipação e o encontro deste no seu papel democrático, no qual, não obstante, integrar o Poder Estatal, age de forma neutra – dentro dos assentes morais democráticos - entre a administração e os administrados para resolver conflitos constitucionalmente assegurados, inclusive contra sua própria máquina fundadora. Não obstante, cedejo que dessa reconfiguração e emancipação judicial, incidem extrapolações de poder já abordadas ao longo do trabalho, de modo que o judiciário, porquanto intérprete constitucional não se blinda frente aos excessos e solipsismos.

Aqui cabe destacar que a neutralidade do Judiciário não deve ser confundida com vedação à afetação política derivadas de suas decisões. Decerto que as decisões dos tribunais

²⁰⁰ “Há, contudo, grandes diferenças entre a abordagem da atividade administrativa nas Constituições liberais e a hoje dada pelas Constituições de Estados democráticos de Direito: se naquelas era enfocada nas suas relações com os demais poderes e funções do Estado e em alguns aspectos de proteção de direitos individuais de liberdade; hoje a isto se somam dispositivos constitucionais que, muito além da contenção do poder administrativo, lhe atribuem missões a cumprir na persecução do bem-estar da coletividade, não apenas para garantir determinados espaços de inviolabilidade da liberdade individual, mas também para assegurar o fornecimento e a prestação de certos bens essenciais à dignidade das pessoas.” (ARAGÃO, opus citatum, p. 248)

²⁰¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 374.

atingirão a seara política, seja para efeitos morais, como se verifica em decisões sobre células-tronco, religião, liberdade de expressão, seja para efeitos práticos, como responsabilização da Administração e inconstitucionalidade de determinado tributo. De fato, o desenvolvimento do Direito e a busca pela efetiva prestação jurisdicional tem ocorrido para que cada vez mais os tribunais participem e garantam esse Estado Constitucionalmente dito e, conseqüentemente, contribuam para sua formação política²⁰².

O que se ora visa a pontuar é o fato de que o Estado Constitucional transcendeu à sua própria materialização, diferenciando-se aquele instituído na CRFB/88 daquele concretizado nas respectivas instituições. Não se trata de mera distinção entre teoria e prática ou utopia e realidade, mas a concepção do Estado Democrático de Direito como figura abstrata, despersonalizada, legitimada e formada constitucionalmente, donde se considera o compromisso democrático e a efetivação constitucional de maneira racional e realista na atuação de cada uma das instituições como um só organismo coeso e equilibrado. O Estado Constitucionalmente dito é uníssono, resultado do equilíbrio ótimo em constante manutenção entre os três poderes em conjunto e independe da atuação concreta e individualizada de cada instituição ou funcionário.

O Estado Constitucionalmente dito não versa sobre a idealização utópica, mas o dever das organizações de constantemente buscarem e manterem o equilíbrio assegurado e fundante da formação do Estado instituída no art. 1º da CRFB/88²⁰³, conferindo ao indivíduo o direito de buscar esse Estado Constitucionalmente garantido e manifestado por intermédio das normas constitucionais, estruturantes e principiológicas, não confundido com o Estado Efetivo. Em suma, as instituições não são detentoras do Estado Constitucional, apesar destas o representarem individualmente conforme suas atribuições, repudiando-se quaisquer eventuais excessos e viabilizando a oposição àquelas quando violadoras deste.

²⁰² O que também não deve ser confundido com partidarismo e tampouco avaliação das discricionariedades do Executivo e Legislativo sobre medidas públicas a serem adotadas. “Compete ao Presidente da República exercer a direção superior da administração pública federal, bem como dispor sobre a organização e o funcionamento dos órgãos do Executivo, nos termos necessários a viabilizar a sua gestão. Trata-se de competência discricionária, que integra a ideia de separação de poderes e que assegura que o Poder Executivo funcione sem interferências indevidas (art. 2º, CF). O Supremo Tribunal Federal reconhece e respeita tal competência, de modo que eventuais intervenções nesse tema devem ser reservadas para situações excepcionais. 17. Entretanto, os atos discricionários do Presidente da República encontram limite na Constituição e nas leis. A inobservância de tal limite autoriza o Poder Judiciário a revisá-los porque, nessa hipótese, o Judiciário não realiza um juízo político quanto às escolhas efetuadas pelo Presidente, mas sim um juízo quanto à constitucionalidade ou à legalidade do ato, o qual constitui a essência da sua missão institucional. A questão está, portanto, no caso presente, e com absoluto respeito às competências do Chefe do Executivo, em saber se o Decreto 10.003/2019 está ou não em acordo com as normas constitucionais e legais que tratam da matéria.” (BRASIL, opus citatum 189)

²⁰³ BRASIL, opus citatum, nota 35.

A recepção do Estado Democrático de Direito como, além de norma estruturante, um direito a ser buscado mediante o exercício dos Direitos Fundamentais, enseja a atribuição de deveres às instituições, onde todas elas são suplantadas ao cumprimento, à tutela e à construção dessa estrutura a qual compõem. O Poder Judiciário não se desobriga e tampouco se submete aos ditames dos demais poderes como um mero aplicador positivo, cabendo-lhe igual e precipuamente a interpretação constitucional. De outra face, admitir-se-ia a prevalência do público, aqui representado pelo Estado no exercício das instituições, sobre o indivíduo.

Dessa feita, o Ativismo Judicial é o reflexo da alteração ótica sobre o Direito Administrativo, na qual os três poderes se assumem em sua autonomia, mas pertencem ao mesmo organismo que só existe quando na atuação conjunta desses. Trata-se de uma relação triangular e dinâmica, onde cada poder representa um vértice essencial para a solidez da estrutura, sem fixação de vértices bases e vértice pico. A ponta do triângulo é representada casuisticamente pelo Poder operante, onde esse deverá basear sua atuação em observância às limitações opostas pelos demais Poderes.

As discrepâncias e o atual paradigma de insegurança jurídica derivam do descompasso entre as três esferas de poder do Estado, parte dela inerente de qualquer sistema de equilíbrio - onde nunca haverá consenso sobre todas as temáticas - e outra representativa da carência dialógica e da desconexão para com as funções que desempenham.

O solipsismo e a extrapolação de poderes ocorrida no Poder Judiciário são suscetíveis de ocorrer em qualquer esfera, decorrente da parcela de poder que lhes é outorgada, inclusive no desempenho das funções típicas de cada órgão, sendo as garantias constitucionais²⁰⁴ o método de controle atualmente hábeis a interceder em defesa do administrado.

A condenação do Ativismo Jurídico para abranger a atividade jurisdicional interpretativa típica sobre a subjetividade inerente dos princípios constitucionais traduz a insistência jurídico-política de permanecer ignorando o fato de que durante a história da humanidade as sociedades foram erigidas e constantemente reorganizadas com base em pressupostos e justificativas discriminatórios. Apesar dos incontestes avanços na filosofia, sociologia e do Direito inclusive, a atuação jurídico-política ainda oferece forte resistência para prevalecer o Direito moralista, apenas adaptado aos novos discursos, com vistas a sobreviver de forma velada, encampadas por máscara de legalidade justificadas em acepções como Direito

²⁰⁴ Em sua lição acerca das garantias constitucionais, Rui primeiro demonstrou que “uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial”. E a seguir definiu *stricto sensu* as garantias constitucionais como sendo “as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos de poder”. (BONAVIDES, opus citatum, p. 541)

Natural, Universalismo, Utilitarismo ou até mesmo suposto racionalismo²⁰⁵. Nessa evolução do discurso, citou-se no primeiro capítulo a contradição da Teoria liberal para com a concepção patriarcal, podendo-se estender a todos aqueles que durante a história já integraram as minorias, como judeus, negros, homossexuais e deficientes.

Cediço que princípio da legalidade mantém sua essencialidade intacta para quaisquer dos poderes e estruturação do Estado, mas seu conteúdo não pode ser tal a ponto de reduzir o judiciário a mero serviçal do legislativo e executivo. Os tribunais exercem atividade inteligível, principalmente após o Constitucionalismo pós-guerra verificada, sobretudo, no Controle Constitucional, de modo que o Judiciário, portanto, detém posição de igualdade com os demais Poderes na formação do Estado Constitucional, exercendo função típica quando na interpretação racional da norma. Na atual concepção, o princípio da legalidade não pode ser interpretado de forma a deslegitimar a atividade interpretativa jurisdicional dentro das normas de conteúdo abstrato²⁰⁶, sob o risco de esvaziar os princípios constitucionais e a função dos tribunais.

Aqui relembra-se que o princípio da legalidade é apenas um formador do princípio da juridicidade, de modo que em conjunto com a aplicação da lei, cabe a interpretação conforme os princípios e o restante do ordenamento jurídico para conceber o Direito. Diante de tal nomenclatura, é notório afirmar que a atuação do Judiciário, ainda que não criadora de leis – conforme a separação dos poderes –, depende da mesma interpretação conjunta das normas, de modo que esse também se torna formador do Direito.

É imperioso, portanto, a essencialidade e a legitimidade do Ativismo Jurídico no desempenho e garantia do Estado Constitucionalmente dito, repudiando-se quaisquer similaridades para com o juiz Hércules. Fala-se aqui sobre as novas atribuições do Estado em sua integralidade na interpretação do Direito Administrativo, para abarcar novos papéis do Poder Judiciário na efetividade das suas funções porquanto parte afirmativa da construção do Estado Democrático de Direito.

²⁰⁵ Como se verifica na tentativa de justificar durante o a segregação racial estadunidense no final do século XIX até meados do século XX sob o lema “separados, mas iguais”.

²⁰⁶ Nesse entender, ainda que para se possa dizer representativa, a decisão proferida pelo STF no julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4733 que reconheceu a mora do Congresso Nacional e enquadrou a homofobia e a transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria, não viola o princípio da legalidade. Na interpretação dos princípios constitucionais, sobretudo no entendimento da igualdade material, a não discriminação e a tipicidade dos crimes de ódio, não assiste razão ao argumento de violação ao princípio da legalidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>> Acesso em: 05 mar. 2020)

CONCLUSÃO

Diante de todo o dispendido, verifica-se a relevância e a contemporaneidade do embate acerca do Direito da Mulher em interromper voluntariamente a gravidez e a consequente descriminalização do aborto. Sobre o tema, foi constatada a desatualização do aludido dispositivo, haja vista a alteração paradigmática nos conceitos fundamentais constitucionais, ao que urge novo levante para a discussão da *questio*.

Não podendo ser diferente, a Constituição Federal de 1988 institui a liberdade como um Direito Fundamental individual. Ainda que inexistente direito absoluto, qualquer intervenção em âmbito de Direitos Fundamentais deve ser acompanhada da devida legitimadora sobre a restrição de determinada garantia constitucional, ao que se destacou o Direito à Justificativa. Nessa toada, torna-se essencial a contextualização do Direito para fins de resguardar a referida legitimação normativa e a cumprimento das normas constitucionais.

Da dita contextualização, constatou-se que, não obstante a ampliação do reconhecimento da mulher, a sociedade contemporânea ainda apresenta produtos discriminatórios decorrentes da sua fundação patriarcal. Para tanto, restou evidenciada a influência da moralidade religiosa, política e juridicamente presente nas sociedades atuais, que aliados ao patriarcalismo que obnubilam a dicotomia público privada sobre o lugar feminino.

Nas concepções sobre a Vida, o trabalho contraria as discussões acerca das Teorias Natalista, Concepcionista e Condicionada, ressaltando, mediante a interpretação interna e externa do art, 2º do CC/2002, a irrelevância dessas para a determinação do Direito a Vida. É defendida a incapacidade e a ilegitimidade do Estado para tal definição, sendo essa uma manifestação da moral individual, conforme a respectiva crença. De toda sorte, afirma-se que o Direito tem como máxima o valor da Dignidade Humana – constituído pelo conjunto das qualidades do Valor Intrínseco, Autonomia e Valor Comunitário -, onde qualquer norma, constitucional ou não, tem por escopo garantir a manifestação deste em cada pessoa, individual e socialmente considerados.

A Dignidade Humana, portanto, é uma para abranger todas as inúmeras interpretações, ao que possui feições abstratas. Apesar de pertencente a todos indistintamente, deve ser expressa individualmente conforme sua livre determinação enquanto comunicáveis com as demais manifestações da Dignidade. Dessa dinamicidade constatou-se que a Dignidade Humana é formada por uma relação de equilíbrio entre autonomia e o Valor Comunitário, tendo como centro base comum o Valor Intrínseco, ao que foi denominado de Teoria do Movimento da Dignidade Humana.

A concepção da origem ou manifestação do Direito a Vida não pode se ater a idealizações sobre a percepção de determinada moral individual. Deve o Direito se ater à legitimadora de qualquer garantia, não podendo confundir o resguardo principiológico com os romantismos líricos que submetam a manifestação da Autonomia do indivíduo e lhe restrinjam a liberdade às acepções e imposições de terceiros.

Assim, demonstrou-se a incompatibilidade da norma criminalizadora do aborto, bem como as respectivas excludentes, para com as justificadoras que visam a sua legitimação. No contexto do ordenamento jurídico, as referidas fundamentações se revelam contraditórias quando confrontados com os demais interesses individuais patriarcais. As medidas afetam principalmente a emancipação do corpo feminino do domínio patriarcal exercido sobre o direito reprodutivo da mulher.

O indivíduo não pode ser livre sem igualdade, fazendo-se mister a garantia da igualdade material e a compreensão de que as condições e benefícios legítimos que assegurem a igualdade não podem vir com o preço de lhes retirar a Autonomia. A Autonomia é a qualidade que determina a verdadeira integração do indivíduo, é a essência do direito à liberdade e de afirmação do ser, ao que somente pode ser contraposto com Direitos de igual teor.

O feto – aqui abrangido até o terceiro mês gestacional e devidamente diferenciado do nascituro – não é detentor de Dignidade Humana. Em que pese reconhecido o Valor Intrínseco e o Valor Comunitário, tem por ausente e não adquirida a Autonomia, diante da sua não expectativa de sobrevida extrauterina. Dessa feita, mesmo que se reconheça a possibilidade de a vida fetal produzir efeitos – como qualquer fato jurídico -, esses são inoponíveis à mulher para subjugar sua Autonomia e a publicização do seu corpo à moral pública.

Outrossim, ainda que existente a norma criminalizadora, essa não pode ser oposta ao conflito constitucional para fins de impedir a ponderação principiológica resultado da contraposição do Direito à Vida da mulher e do Direito à vida do feto. O Ativismo Jurídico para analisar a constitucionalidade do art. 124 do Código Penal é medida que se impõe no dever de tutela das garantias constitucionais. O Judiciário detém não apenas legitimidade e competência para analisar e interpretar as normas constitucionais, mas também o dever de resguardo e construção do Estado Democrático de Direito.

É o presente, portanto, para concluir a autoria do direito da mulher na expectativa de vida do feto, sendo essa manifestação da Dignidade Humana, conforme a Autonomia reconhecida à gestante para inclusive dispor sobre a sua não expectativa.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. In: *Novos Estudos*. São Paulo, V. 110, abr. 2018.

ATIVISMO Judicial, Possibilidade e Limites. In: *Magistratus*, Rio de Janeiro, V. 04, 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARBOSA, Pedro Paulo Lima. Os sindicatos corporativistas no Brasil entre os anos de 1934 e 1939. In: *Cadernos de História*, Belo Horizonte, v. 15, n. 23, 2º sem., 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa: Devido Procedimento na Elaboração Normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e a Legitimidade Democrática. In: *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, V.5, nº 1, 2012

_____. Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política, [S.l]: *Migalhas Jurídicas*. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>; Acesso em: 23 jul. 2019.

_____. Palestra concedida à UNICEUB, em abril de 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=MwaAsLs7kks&t=536s>> Acesso em: 14 nov. 2019.

BERTONCINI, Carla; SANTOS, Felipe. *A personalidade civil dos nascituros e os seus reflexos jurídico-processuais*. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 23. p. 15-32.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Hermenêutica e Constituição: A Dignidade da Pessoa Humana como Legado à Pós-Modernidade. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Orgs.). *Dignidade da Pessoa Humana: Fundamentos e Critérios Interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 14 nov. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2019.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2019.

_____. *Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm> Acesso em: 15 fev. 2019

_____. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. *Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm> Acesso em: 14 nov. 2019

_____. *Lei nº 12.063 de 27 de outubro de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm> Acesso em: 14 nov. 2019.

_____. *Resolução nº 2.232 de 2019 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370>> Acesso em: 14 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>> Acesso em: 15 mai. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.797/DF*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082833>> Acesso em: 05 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.772*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033>> Acesso em: 05 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4815*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>> Acesso em: 20 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf> > Acesso em: 05 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 622 MC/DF*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342072532&ext=.pdf> > Acesso em: 05 mar. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Proposta Legislativa nº 478/2007*. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103> > Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. *Proposta Legislativa nº 6583/2013*. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005> > Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. *Proposta Legislativa nº 261/2019*. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190793> > Acesso em: 15 fev. 2019

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Revisada. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLE, M. C. A.; MELO, M. C.; BRITO, M. J. M.; BRITO, M. J. Uma análise da dinâmica do poder e das relações de gênero no espaço organizacional. *RAE-eletrônica*, V. 3, nº. 2, art. 22, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *CFM apoia MS em decisão sobre o termo violência obstétrica*. Disponível em: < http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28210:2019-05-09-18-50-35&catid=3 > Acesso em: 15 out. 2019.

DIAP. *Eleições 2018: Bancada evangélica cresce na Câmara e no Senado*. Disponível em: < <http://www.diap.org.br/index.php/noticias/noticias/28532-eleicoes-2018-bancada-evangelica-cresce-na-camara-e-no-senado> >. Acesso em: 18 jan. 2019.

_____. *Novo Congresso Nacional em números*. Disponível em: < <http://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/finish/100-novo-congresso-nacional-em-numeros-2019-2023/3912-novo-congresso-nacional-em-numeros-2019-2023> >. Acesso em: 18 jan. 2019.

DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às Restrições de Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Recife: *Revista Esmafe*, n. 13, p. 77-93, mar. 2007.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva. 9. ed., 2014.

FANON, Frantz. *Pele negra máscaras brancas*. Salvador: EDUFBA, 2008

FAORO, Raymundo. *A Questão Nacional: a Modernização*. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000100002&lng=pt&tlng=pt > Acesso em: 04 mar. 2020.

_____. *A democracia traída: entrevistas* / Raymundo Faoro; organização e notas Maurício Dias; prefácio Mino Carta. – São Paulo: Globo, 2008.

_____. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *Pesquisa de opinião pública: mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado*. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa_.org_.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf> Acesso em: 15 out. 2019.

GÊNERO E NÚMERO. *Projetos de Lei contrários ao aborto na Câmara dos Deputados batem recorde em 2019*. Disponível em: <http://www.generonumero.media/projetos-de-lei-contrarios-ao-aborto-na-camara-dos-deputados-batem-recorde-em-2019/?fbclid=IwAR3tZKbu2QDhlziHa_qm40L73ddbmySjt43UsiG6ANFKosghbtMndbhffcg> Acesso em: 15 out. 2019.

GLOBO. *Deus, filhos... Veja os termos mais citados na votação do impeachment*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/deus-filhos-veja-os-termos-mais-citados-na-votacao-do-impeachment.html>> Acesso em: 15 fev. 2019.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 249/251

IBGE. *Estatísticas de Gênero*. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2019.

_____. *PNAD Contínua 2016: 51% da população com 25 anos ou mais do Brasil possuíam apenas o ensino fundamental completo*. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/18992-pnad-continua-2016-51-da-populacao-com-25-anos-ou-mais-do-brasil-possuiam-apenas-o-ensino-fundamental-completo>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf> Acesso em: 01 nov. 2019.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias Morrem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, V. 8, n. 2.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 31. ed., 2015.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direitos Fundamentais: Conflitos e Soluções*. São Paulo: Frater et Labor, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Direito do Nascituro à Vida. *Revista da Academia Brasileira de Ciências Jurídicas*, Rio de Janeiro: Renovar, n° 25, 2006.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana*. Curitiba: Juriá, 2016.

PATEMAN, Carole. Críticas feministas à dicotomia público/privado. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia (Orgs.). *Teoria Política Feminista: textos centrais*. Vinhedo: Horizonte, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil / Atual*. Maria Celina Bodin de Moraes. V. 1, 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos Direitos Fundamentais na perspectiva da Teoria dos Princípios*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, V. 13, n° 37.

PIZA, Edith. Porta de vidro: uma entrada para branquitude. In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida da Silva (orgs.). *Psicologia Social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 59-90.

PSL. *Partido Social Liberal*. Disponível em: <<https://www.pslnacional.org.br/>> Acesso em: 15 de fev. 2019.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. As Teorias Feministas do Direito e a Violência de Gênero. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro. V. 15, n. 57, mar. 2012.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Filosofia do Direito*. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. Disponível em: < https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/32393033/Introducao_a_Filosofia_do_Direito_-_Gustav_Radbruch.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWO WYYGZ2Y53UL3A&Expires=1550159675&Signature=p9KbUeTKeyjTU1XsA1OXleoNWC0%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DGustav_RADBRUCH_INTRODUCAO_A_FILOSOFIA_D.pdf > Acesso em: 14 fev. 2019.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Ontogênese e Filogênese do Gênero*. Disponível em: < <http://www.contag.org.br/imagens/f759ontogenesedogeneroHELEIETHSAFFIOTI.pdf> > Acesso em: 07 mai. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, nº 48. Junho/1997.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SENADO FEDERAL. *Proposta de Emenda a Constituição nº 29, de 2015*. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152> > Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. *Regras do SUS para laqueadura a vasectomia podem mudar*. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/03/regras-do-sus-para-laqueadura-e-vasectomia-podem-mudar> > Acesso em: 15 mai. 2019.

SENTIDOS DO NASCER. *Violência obstétrica: Você sabe o que é?* Disponível em: < <http://www.sentidosdonascer.org/wordpress/wp-content/themes/sentidos-do-nascer/assets/pdf/controversias/Violencia-obstetrica.pdf> > Acesso em: 15 out. 2019.

SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana Como Valor Supremo da Democracia*. Disponível em: < [file:///D:/Downloads/47169-94073-1-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/Downloads/47169-94073-1-PB%20(1).pdf) > Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

STORCK, João Batista; CAUDURO, Maria Teresa. *A manifestação das obscenidades infanto-juvenis e a cultura escolar – uma perspectiva cultural*. Disponível em < <http://www.unicap.br/ojs/index.php/historia/article/view/670> >. Acesso em: 15 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Diálogos sino-luso-brasileiros sobre jurisdição constitucional e a crítica hermenêutica do direito de Lenio Luiz Streck*. Org. Elpídio Paiva Luz Segundo, Bruno Cavalcanti Angelin Mendes. Salvador: Juspodivm, 2018.

VITURRO, Paula. Constancias. *VII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidade de Buenos Aires, Buenos aires, 2007*.

WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. Disponível em: < <http://www.afoiceemartelo.com.br/posfsa/autores/Weber,%20Max/Max%20Weber%20-%20A%20C3%89TICA%20PROTESTANTE%20E%20O%20ESP%20C3%8DRITO%20DO%20CAPITALISMO.pdf> >. Acesso em: 07 fev. 2019.