

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO**

ROGÉRIO GESTA LEAL

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO

MÁRIO JOÃO FERREIRA MONTE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Rogério Gesta Leal; Flávia Novera Loureiro; Mário João Ferreira Monte; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-478-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Criminal. 3. Direito ao público. 4. Delito. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal)..

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, durante o VII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Braga - Portugal, dia 07 e 08 de setembro de 2017 de julho , sob o tema geral: “Interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial - atualização e perspectivas, em parceria com a Universidade do Minho através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo da compatibilidade da prática de aplicação da lei penal com o modelo de proteção constitucional do indivíduo ante a ação punitiva do Estado.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 11 (quatorze) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Num primeiro momento foi apresentado o artigo intitulado de : A terceira via como resposta penal em prol da tutela ambiental, onde a apresentação teve por objetivo destacar a reparação do dano como resposta penal adequada para a tutela do ambiente. Buscando a reflexão, através das funções do direito penal, sobre um resultado que seja a um só tempo adequado à sociedade e à efetiva integridade do bem difuso. O texto tem como referencial teórico a proposta de Claus Roxin de inserção da reparação do dano como resposta autônoma a ser dada pelo direito penal. O método é teórico e o raciocínio dedutivo. A hipótese é a de que a recomposição ambiental pode ser também alcançada com e pelo direito penal, em seguida Conflito, Determinismo Social e relativização do mal : Traços que unem a dogmatica cidadania e hermeneutica constitucional, onde o autor expôs a importancia de estudo dos países periféricos como o Brasil, em ativismo judicial e até, pasme, acusatório. Isto, por si só,

é algo reprovável. No entanto, ganha contornos, ainda mais fortes, quando se presencia, a partir dos bancos universitários, uma perda dogmática e uma fuga teórica muito acentuada. É daí que se enxerga como cada vez mais urgente sistematizar o arcabouço histórico do direito penal, no sentido de com isso preparar o exegeta de modo firme. Voltado para uma lógica que desenvolve a ideia de um direito penal verdadeiramente cidadão, num terceiro momento tivemos a apresentação do artigo intitulado Deveres de conservação de dados para fins penais: Uma reflexão sobre a normativa brasileira a partir dos precedentes da Corte de Justiça da Comunidade Européia, onde o estudo do ordenamento jurídico brasileiro se revela acerca dos deveres de conservação de dados para fins de investigação criminal e processo penal. A este efeito, o início do texto destaca a existência de novos riscos tecnológicos e sua influência no âmbito da persecução penal. Após, são examinados os precedentes do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia sobre a conservação de dados para fins penais. Ao final, o estudo é direcionado à normativa brasileira, com especial destaque às Leis 12.850/2013 e 12.965/2014.

Por conseguinte tivemos a apresentação do artigo intitulado Direito Internacional e Soberanias: Viabilidade de Integração de valores globais a partir do sistema latino americano, com ênfase na internalização das regras do Tribunal Penal Internacional, o qual aderiu grande parte dos países da América Latina, inclusive o Brasil, traz dúvidas na aplicação de suas regras. Basta que os princípios da Lei Maior prevejam hierarquia e interpenetração com normas internacionais, ou é necessária uma adaptação cultural? Por fim, é perguntado se não seria o caso de, aproveitando as proximidades culturais e de legislação interna, propor alterações constitucionais para a criação de um Tribunal Penal Latino-Americano, dando continuidade aos trabalhos a exposição do artigo A Tipificação Penal do Preconceito Racial no Brasil veio trazendo novas nuances sobre o preconceito racial, especialmente em relação aos afrodescendentes no Brasil, possui fortes raízes históricas e permanece sendo um problema social gravíssimo, que precisa ser enfrentado. A Lei Antirracismo, de 1989, que criminalizou as condutas discriminatórias por motivo de cor de pele ou etnia, ao lado da tipificação da Injúria Racial, em 1997, apresentam fragilidades e parecem insuficientes para proteger o bem jurídico que se propõem a tutelar. Por meio do método dialógico de abordagem e das técnicas de pesquisa bibliográfica novas e jurisprudencial, esse artigo problematiza os obstáculos observados no combate às práticas discriminatórias no âmbito penal e processual penal.

Por conseguinte a coordenadora desse GT trouxe os questionamentos sobre os Limites ao ativismo Judicial em Matéria Criminal: Uma reflexão sobre o aborto de anencéfalos a partir da ADPF número 54, onde a mesma não se discute apenas inconstitucionalidade de um código, mas a imprescindível efetivação dos direitos fundamentais na pacificação social. O artigo partiu de uma análise crítico-reflexiva dos códigos normativos e políticos, sem

contudo deixar de lado a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização. Tem-se por objetivo principal verificar quais os limites da atuação do Judiciário em material penal. Dando prosseguimento ao artigo a ser publicado *Nemo Tenetur se Ipsum Accusare* - Um absoluto Direito absoluto trouxe o choque entre interesses de eficiência da investigação e administração da Justiça e direitos dos acusados, a questão do conteúdo e limites do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* coloca-se com ainda maior acuidade. Reconhecido pelos principais diplomas internacionais e direitos processuais penais, independentemente de uma estrutura acusatória ou inquisitória, desafios, maxime colocados por novos e mais desenvolvidos métodos de obtenção de prova e direitos do mundo virtual, agitam as estruturas doutrinárias. Mas são a doutrina e a jurisprudência, nos métodos tradicionais, que nos permitem responder àqueles e otimizar o conteúdo e limites do privilégio.

Finalizando os trabalhos tivemos mais quatro artigos apresentados que trouxeram questionamentos importantes como O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: compatibilidade no Direito Penal Brasileiro? Onde o trabalho buscou discutir a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no delito de lavagem de capitais. É bastante controversa a delimitação do elemento subjetivo no delito de lavagem de capitais, sobretudo no que tange à admissibilidade do dolo eventual. Nessa linha, discute-se a possibilidade de inclusão ou adaptação da cegueira deliberada (*Wilful blindness*) no direito brasileiro, seja como uma forma equiparada ao dolo eventual, seja como um elemento subjetivo próprio e autônomo, logo em seguida a apresentação se baseou no artigo sobre O Populismo penal e o ativismo judicial punitivista - A delação premiada como falsa harmonização do sistema de justiça penal em sociedades plurais e não reflexivas onde se examina o conflito entre a criminalização primária simbólica face o atual ativismo judicial punitivista com falsa sensação que o sistema de justiça penal é eficiente e produz resultados. Parte-se da premissa que em sociedades plurais, multiculturais e pouco reflexivas, aliado a crise do Estado-jurisdição em vários países, o instituto da delação premiada acaba por assegurar uma falsa verdade real com o espectro de afastar dilemas morais historicamente relacionados a figura do traidor para a elucidação e ruptura da organização criminosa. A penúltima apresentação trata do assunto O Supremo Tribunal Federal e o Aborto: Houve a descriminalização Parcial no Acórdão do HC número 124.306/RJ? Que veio analisar o acórdão do STF que, no julgamento do Habeas Corpus nº 124.306/RJ, firmou o entendimento de que, até os três meses de gestação, a antecipação do parto não configuraria os crimes dos arts. 124 a 128 do Código Penal. O caso será analisado sob sua perspectiva processual, verificando-se se o julgamento pode ser encarado como uma efetiva descriminalização, no caso concreto ou *erga omnes*. Para tanto, será utilizado como base o procedimento e a extensão do julgamento da ADPF nº 54, do mesmo Tribunal, que afastou o crime no caso de aborto de feto anencéfalo.

Por derradeiro o artigo apresentado foi sobre a Valoração da Ação Intersubjetivamente Significativa na Dogmática Jurídico Penal, onde vemos que o Direito Penal exerce a função de controle social formal através da determinação de um núcleo de proibição comportamental. Através de tal função, evidencia-se o objeto desse estudo: a valoração da conduta humana na teoria do delito. O objetivo é analisar o rendimento do conceito de ação capaz de atribuir unidade ao fundamento das expressões do fato punível. A crítica racional da ação, base às categorias que integram as construções dogmáticas, justifica o estudo. Por um viés metodológico dedutivo, a análise se constrói com a compreensão filosófica da ação humana, apreendida pelas construções dogmáticas na teoria do delito.

Assim demos encerramento as apresentações e aos debates do Grupo de Trabalho, parabenizando e agradecendo aos autores dos trabalhos que compõe essa obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Coordenadores(as):

Mário Monte (UMinho)

Flávia Loureiro (UMinho)

Rogério Gesta Leal (Unoesc)

Vladia Maria de Moura Soares (UFMT)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA CRIMINAL: UMA REFLEXÃO SOBRE O ABORTO DE ANENCEFALOS A PARTIR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) N. 54

LIMITS TO JUDICIAL ACTIVISM IN CRIMINAL MATTERS: A REFLECTION ABOUT ANENCEPHALOS ABORTION FROM THE ARRANGEMENT OF NON COMPLIANCE WITH BASIC PRECEPT (ADPF) N. 54

Vladia Maria de Moura Soares ¹

Resumo

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 sobre aborto de fetos anencéfalos, nesta ADPF não se está discutindo somente a inconstitucionalidade de um código, mas a imprescindível efetivação dos direitos fundamentais na pacificação social. O artigo partiu de uma análise crítico-reflexiva dos códigos normativos e políticos, sem contudo deixar de lado a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização. Tem-se por objetivo principal verificar quais os limites da atuação do Judiciário em material penal. Realizou-se pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, sob uma abordagem metodológica dos dados levantados dedutiva e indutiva.

Palavras-chave: Arguição, Anencéfalos, Inconstitucionalidade, Ativismo judicial, Aborto

Abstract/Resumen/Résumé

The Arrangement of Non-compliance with Basic Precept (ADPF) No. 54 on abortion of anencephalic fetuses, which the Federal Supreme Court (STF) upheld the legislative inertia. In this ADPF not only discussing the unconstitutionality of a codex, but the essential realization of fundamental rights in social pacification. The article started from a critical-reflexive analysis of normative and political codes, without neglecting the differentiation between judicial activism and judicialization. The main objective is to verify the limits of the Judiciary's performance in criminal matters. A bibliographical and jurisprudential research was carried out, under a methodological approach of the deductive and inductive data.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arrangement, Anencephalic, Unconstitutionality, Judicial activism, Abortion

¹ Mestre e Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP

1 INTRODUÇÃO

O direito penal e a ultima ratio no processo de pacificação social. Neste sentido, vigora o princípio da reserva legal para a inovação da tipologia penal.

Assim, discute-se os limites do ativismo judicial quanto a flexibilização de tipos penais já existentes, como o caso do aborto. Entretanto, a jurisprudência, em especial na efetivação de direitos fundamentais, vem em franco processo de inovação diante a temas polêmicos, que necessitam de um repensar mesmo em sede criminal, ampliando oportunidades de harmonização de direitos fundamentais, aparentemente, contrapostos.

Toda esta argumentação, seja a favor ou contra, corriqueiramente é chamada de ativismo judicial. Contudo, por mais que o Supremo Tribunal Federal esteja cada vez mais tomando atitudes mais questionadoras sob o manto da separação de poderes, é preciso também questionar o que está levando este Poder a fazer isso. O que para muitos é simplesmente uma forma de interpretação ou satisfação de um direito constitucional que deve ser garantido na vigência de um Estado Democrático de Direito, para outros é uma legislação indireta e uma exasperação da função típica e atípica do Poder Judiciário.

Por tudo isso, é preciso entender o que é este debate entre substantivistas e procedimentalistas e o que ambos delimitam como razoável (ou não) de posturas do Poder Judiciário. Além disso, é também de se questionar se no caso do aborto é necessário ou não haver esta referida intromissão/ação (que para outros é uma simples atitude diante da efetiva omissão do Legislativo) do Supremo Tribunal Federal como forma de se posicionar sobre o tema.

Essa e a problemática do tema que se pretende abordar. Até que ponto deve-se alargar a norma extraída do dispositivo legal quanto ao aborto em casos de anencefalia? Quais os limites portanto ao ativismo judicial? São questões que serão respondidas a partir de uma análise crítico-reflexiva da ADPF 54/2012.

Existiu na ADPF 54 uma transferência ao poder judiciário de uma decisão mediante a inércia do Poder Legislativo, inércia essa que obriga o Poder Judiciário a proferir uma decisão, são obrigados a manifestarem-se em questões que deveriam ser resolvidas no âmbito político..

Existem variáveis referidas à prática social, existe um sistema vigente na opinião pública – quer na massa da população, que em sua elites – que concedesse uma maior respeitabilidade a legitimação ao Judiciário diante das demais esferas institucionais; e uma consciente delegação de responsabilidade do Poder Legislativo ao Judiciário em matérias fortemente controversas e que envolvem pesados custos eleitorais e políticos, do que é exemplo a disciplinarização do aborto.

Assim aconteceu na ADPF 54, a inércia do poder legislativo em aprovar uma medida regulamentando a licitude do abortamento de feto com anencefalia, pois os projetos de lei que tratam da matéria foram repetidamente derrubados.

Direito penal e a Constituição se entrelaçam, e o perigoso ativismo judicial na chamada proteção dos bens jurídicos irmanados com escolhas implícitas extraídas da interpretação constitucional e com a leitura que se arrisque alguém a fazer da própria constituição, colocando-a em função da proteção contingencial desse ou daquele bem escolhido como merecedor de tutela penal. Ou, ainda, colocando-a numa proteção, para fugir dos defeitos e insuficiências de uma possível omissão estatal, penal de uma ou outra forma, isto é, com ou sem intervenção da tutela penal.

O trabalho foi realizado a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, em especial quanto aos fundamentos da referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proposta em 17 de junho de 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Os métodos científicos utilizados foram dedutivo (em relação a revisão de literatura) e indutivo (na análise jurisprudencial). Parte-se também de um referencial teórico balizado pela teoria não-interpretativista, sob um viés neoconstitucional, sendo os principais autores Ronald Dworkin e Elival da Silva Ramos.

2 DA DIFERENCIAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL

Existe uma lógica de proteção constitucional dos direitos desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão em jogo o dever de proteção a direitos fundamentais, “em caso extremo, se a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra forma, o legislador é obrigado a se valer de instrumentos do direito penal para a garantia da vida em desenvolvimento” e, por isso, a Corte pode controlar a

constitucionalidade de lei despenalizadora que afronte contra direito tão fundamental como era a vida (do nascituro) no caso concreto . Na lógica da proteção aos direitos fundamentais, reconhecendo-os como merecedores de tutela estatal , a conhecida noção da dupla face da proteção constitucional - por um lado, a proibição do excesso (Übermassverbot) da intervenção penal, mas, agora, já por outro, a proibição da proteção insuficiente (Untermassverbot) – foi sedimentada outra vez pela jurisdição constitucional alemã, dessa vez em julgado do Bundesverfassungsgericht em 1993, quando rechaçou novamente a possibilidade de descriminalização do aborto, assentando que “o legislador deve observar a proibição de insuficiência; até aqui, ele está sujeito ao controle jurisdicional constitucional. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. (...) Por ser a proteção da vida humana de sua morte uma tarefa elementar do Estado, a proibição de insuficiência também não permite que simplesmente se desista do uso do direito penal e do efeito de proteção que dele parte.

A abordagem dos tais mandados implícitos de criminalização não prescinde, também, em defesa de sua legitimação constitucional, de uma superação entre o rígido Abwehrrecht que matizaria a relação entre Estado e sociedade, motivo pelo qual se propugna, por exemplo, e com amparo – segundo se alega - na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, por uma nova relação: o Estado promotor dos direitos fundamentais intervém em sua consecução, podendo para tanto lançar mão do uso do direito penal . Tudo isso suscita problemas de ordem teórica e prática eventualmente insuperáveis, quer do ponto de vista estritamente de direito penal, quer do ponto de vista de limites ao exercício da jurisdição constitucional e no que isso se choca com a liberdade do legislador. (ALEXY, Robert, 2008.)

E corriqueira a confusão terminológica. Todavia, a judicialização é um elemento que não depende da volição dos membros do Poder Judiciário. De fato, é um fenômeno

que está enredado por uma transformação cultural intensa pela qual transpuseram os países que se estabeleceram politicamente em torno do regime democrático.

Existem coeficientes políticos que condicionam o grau de judicialização vivenciado por uma abonada sociedade. Em meio a esses coeficientes, referencia Garapon (1998):

[...] o grau de (in)efetividade dos direitos fundamentais; o nível de profusão legislativa com o conseqüente aumento da regulamentação social; o nível de litigiosidade que se observa em cada sociedade (p. 42).

A judicialização é um fenômeno que independe da vontade do Poder Judiciário, tornando-se prejudicial apenas quando ocorre em excesso, pois assim corrobora para a realidade de Poderes Executivo e Legislativo falhos.

A jurisdição constitucional atual, adjudicada de conservar e zelar pela Constituição e seus princípios, procede sofrendo determinadas críticas quanto ao limite de sua atuação, então, surgiram fenômenos como “judicialização” e “ativismo judicial”. O ativismo judicial, compreendido por determinados autores como uma “incursão” do Poder Judiciário no Poder Legislativo e/ou no Poder Executivo – intervir, portanto, na dimensão na vida particular do cidadão, por meio de decisões capazes de modificar não somente aquela, contudo distintas relações entre partes. Assim sendo, esses fenômenos são conexos a distintas decisões paradigmáticas.

Garapon conceitua: “o **ativismo** começa quando, entre várias soluções possíveis, **a escolha do juiz é dependente do desejo** de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de travá-la” (GARAPON, 1998, p. 43, grifo nosso).

Ramos afirma que por ativismo judicial deve-se:

[...]entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2010, p. 129).

Ramos pesquisou o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal intensamente, o resultado é a sua tese **Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional**. *Neste estudo*, ele perfilha que, às vezes, o ativismo pode

ter consequências boas, porém, pode ser lesivo, pois transgride a separação entre os Poderes e, conseqüentemente, prejudica o sistema democrático. O autor menciona que “O Judiciário está na verdade substituindo o Congresso e isto é ruim independentemente do resultado” (RAMOS, 2010, p. 131).

E admite que o ativismo é obra, sobretudo, da inércia do Legislativo, contudo, afiança que o problema deve ser resolvido. Não se deve meramente reconhecer a incapacidade legislativa e consentir que o Judiciário cumpra missão que não lhe compete. Ramos diz: “Não se pode, na interpretação de texto constitucional, chegar a um ponto em que se reescreva o seu conteúdo. O texto é um limitador objetivo, ele existe” (RAMOS, 2010, p. 131).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) deslizou nos trilhos ao regulamentar alguns temas.

Já foi constatado que existe disfunção na atividade do Supremo Tribunal Federal (STF), que deseja legislar sobre determinados assuntos, sendo inteiramente impresumível. O magistrado tem excedido os limites do escrito constitucional para instituir novos recursos, com isso, fica usurpada a competência do legislador.

Para Dworkin, o Ativismo Judicial é impresumível, pois:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima (DWORKIN, 1999, p. 451).

Em síntese, o Ativismo Judicial advém quando o Poder Judiciário passa a instituir direitos, com decisões que comprometem as políticas públicas, ou seja, do modo em que o magistrado interpretar a norma constitucional.

O ativismo interliga-se a um anseio do órgão judicante com a possibilidade de modificação dos contextos político-sociais, podendo ser conservador ou progressista, sendo ao término, o resultado é semelhante. O Judiciário deve operar por pretexto de convicção e fé pessoal do magistrado, e não em face da moralidade instituidora da sociedade política (RAMOS, 2010, p. 130).

Há diferença entre a judicialização e o ativismo judicial. É relevante compreender, que os antídotos para controlar uma ou outra patologia são totalmente

distintos, porque as causas dos fatos são, entre si, inteiramente distintas: a judicialização não concebe um *mal em si*. A mesma pode se tornar inconveniente quando descoberta em graus elevados, porém, demonstra-se necessária em diversas esferas que caracterizam a sociedade atual. As relações de consumo; a preservação do meio ambiente; as questões envolvendo direitos sociais, entre outras, são assuntos que fazem jus à discussão judicial, no alcance em que algo que foi projetado pela Constituição e pelas leis apresentar-se em não cumprimento.

O ativismo se encontra ramificado dentro do Direito, na esfera interpretativa, da decisão judicial, porém, em contrapartida, ainda está fora do alcance ao qual o rigoroso vínculo em meio ao que o juiz avalia. Esse ativismo compreende no julgamento de uma determinada questão judicializável, que tem a capacidade de levar à suspensão do direito vigente, originando interstícios na institucionalidade, desenvolvendo formas peculiares de um Estado de ressalva. Portanto, a maneira de controlá-lo precisa ser aferida na esfera da própria interpretação do Direito, sendo, contudo, uma dificuldade a ser enfrentada pela hermenêutica jurídica (DWORKIN, 1999, p. 451).

A excessiva judicialização pode ocorrer devido a um aumento das decisões ativistas. Porém, essa é uma questão importante, pois, mesmo sem judicialização, pode-se ter decisões ativistas. Na origem, os fatos são distintos, mesmo assim, sucede que o aumento da judicialização atua como compensação a um acréscimo da responsabilidade no julgamento.

O judiciário se encontra autorizado a executá-lo na ausência de efetivação de um direito fundamental, o Judiciário. A problemática encontra-se no excesso.

3 A DECISÃO DO STF NA ADPF Nº 54

Podemos tratar inicialmente qual a legitimidade da ADPF para decidir se poderia antecipar o parto da gestante de um feto anencefálico ou não, ressalta o Ministro Gilmar Mendes a respeito do cabimento da ADPF 54 definindo assim preceito fundamental:

“Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Direitos e Garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade.

Densidade normativa ou significado específico de princípios fundamentais . Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Portanto toda vez que se for lesionado um princípio, no caso em tela a dignidade da pessoa humana (gestante), estará lesionando um preceito fundamental, ou mesmo um direito humano fundamental, positivado na Constituição federal, e portanto possibilita a utilização da ADPF.

A ADPF se torna um instrumento de garantia acerca dos direitos de grupos que não estão amparados pela legislação, não amparados pelo poder legislativo e que recorrem ao judiciário para que tenham seus direitos garantidos, e certamente cuja guarda cabe ao STF.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é o único instrumento do controle concentrado de constitucionalidade capaz de fazer controle de recepção constitucional, ou seja, de levar, ao STF, pedido no sentido de que seja apreciada se alguma norma anterior à Constituição vigente foi ou não recepcionada, ou seja, se pode ou não ser considerada válida e aplicável.

Em seu voto na ADPF número 54 o Ministro Joaquim Barbosa deixou claro seu posicionamento quando disse que a Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental pode ser utilizado como meio especial a qual a Corte chama para si com uma incumbência de natureza especial a de conferir proteção a grupos minoritários que não estão protegidos pelo legislador, são grupos que tem baixa representatividade ou mesmo uma situação de quase impotência com as quais se fazem presente no processo político institucional, essas são as mulheres que grávidas de fetos anencefálicos acabam não tendo proteção legislativa tendo que levar a termo uma gravidez que ao final certamente trará sofrimento ao verem seus filhos padecerem por não terem condições de sobrevivência.

O Conselho Federal de Medicina já se pronunciou sobre o assunto, dando por resolvido que o feto com anencefalia é um “natimorto cerebral” as mulheres são

obrigadas a passar por um processo que a Associação dos Psiquiatras Brasileiros equipara a tortura, é retirado o seu direito de escolha e sua dignidade em nome de uma legislação infra constitucional que não as ampara. Ante a situação extrema pergunta-se: Este não é um ato do poder público que resulta em clara lesão a inúmeros preceitos fundamentais? Está a norma válida nesse caso? Não merece a mulher gestante de feto anencefalo o direito de defender-se de alguma forma de algo considerado para a medicina como tortura, ou seja de algo que a tortura? Não seria então a ADPF uma maneira de protegê-las? De confrontar a lei anterior omissa, e muito obsoleta, já que na época de sua edição (Código penal de 1940), não havia como saber se o feto era portador de anencefalia, não haviam métodos tecnológicos capazes de auferir tal anomalia.

A lei representa a realidade histórico-cultural, por isso seu significado não é imutável. Ela não fica ligada a realidade de quando foi escrita, ao contrário, deve acompanhar a evolução social, pois o mundo de hoje não é igual ao de amanhã e nem mesmo ao de ontem, a tecnologia anda a passos largos, e o direito deve acompanhar as evoluções técnicas-científicas e valorativas da sociedade, sob pena de ocasionar um descompasso entre fato e norma. Esta é exatamente a situação que apresenta no caso a ADPF 54, a possibilidade de diagnósticos de má-formação fetal advindas da ultrassonografia e demais técnicas diagnósticas antes não existentes acarretou a situação de a gestante saber antecipadamente que o feto que gesta não sobreviverá, mudando completamente a situação fática existente setenta anos antes, quando sequer se imaginava que um dia seria possível o desenvolvimento da medicina fetal.

No caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 54 sobre aborto de fetos anencéfalos **que o** Supremo Tribunal Federal (STF) **supriu novamente o retardamento do Congresso.** O mesmo menciona sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 54 sobre aborto de fetos anencéfalos, “acredito que a tendência do tribunal seja a de autorizar. Também sou a favor, mas que seja autorizado no lugar próprio, que é o Código Penal. Não é dado ao Judiciário o direito de escrever isso sem previsão no texto constitucional (Ibidem)”.

Nesta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 54, “não está discutindo a inconstitucionalidade de um regulamento, pois não existe” (Ibidem). Portanto, o Congresso precisava despertar que essa legislação encontrava-se em atraso e precisava de providência, com a morosidade no julgamento do processo, o

Supremo Tribunal Federal (STF), mais uma vez entendeu que era de sua responsabilidade.

O Judiciário está de fato substituindo o Congresso e isto é malfazejo, independente do resultado. O Legislativo, que agora se sente pressionado pelas medidas provisórias, as quais tomam o poder do Congresso em maior parte, atualmente, existe o ativismo do Supremo Tribunal Federal (STF). O Congresso se encontra inteiramente sufocado por duas convergências, o Executivo de legislar e outra do Judiciário.

O fato de o Supremo Tribunal Federal (STF) ser uma corte política não oferece o direito de praticar ativismo judicial. A função do Supremo Tribunal Federal (STF) é mais vinculada, o constituinte, depois o legislador ordinário, tem muito mais liberdade de ação. Portanto, pronunciar que o Supremo Tribunal Federal (STF) é uma corte política, acredito, contudo, necessário entender que, ainda que política, é Poder Judiciário, não é Legislativo (RAMOS, 2010, p. 131).

O Supremo Tribunal Federal (STF), em abril de 2014 votou pela ascendência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 54, considerando como hipótese de aborto a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. O Supremo Tribunal Federal (STF) compreendeu que a gestação de um feto anencéfalo é ameaça para saúde da gestante, deste modo, a interrupção da gravidez, instituiria uma excludente de ilicitude, logo, presumida no código penal brasileiro, neste caso específico, denomina-se o aborto terapêutico ou necessário (RODRIGUES; SILVA, 2014, p. 23).

Entretanto, passa a existir o seguinte problematização: “Pode o Poder Judiciário, no espaço do legislativo, suprir uma lacuna do sistema normativa de forma a substituir a legitimidade do legislador originário?”.

Estabelendo um comparativo o ministro Gilmar Ferreira Mendes em seu voto na ADIn 3112, asseverou que “tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (Schutzpflicht des Staats). A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização..”

Em paráfrases do posicionamento do Tribunal alemão, uma vez mais, disse-o Gilmar Ferreira Mendes no já citado acórdão: “os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote).”

Do que se compreende da evolução da teoria dos direitos fundamentais, deles tratando não mais do exercício contra ou apesar do Estado, mas através do Estado, por meio de prestações estatais e inclusive por intermédio de normas penais, concluímos que o dever de proteção, nessa medida, só se constrói a partir de determinação constitucional expressa, e não implícita. Tal distinção era de ter sido feita por quem reproduz, desse ou daquele jeito, os ensinamentos de Alexy – e o notável jusfilósofo germânico, conquanto tenha em mais de uma passagem tratado do direito à tutela penal como direito fundamental, não chegou ao ponto de justificar implicitamente a intervenção penal com amparo na teoria dos direitos fundamentais.

Por um lado, há a perspectiva de Pulitanò, segundo quem a prestação estatal na qual se mostra o direito penal em natureza e função distinta da prestação propugnada por um Estado social – e é do último que se fala quando se imagina a chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais; o exercício dos direitos por meio do Estado. Para aquele autor, enquanto o último (o Estado social) é o que promove condições econômicas, sociais e institucionais para o desenvolvimento dos direitos e guia o processo social com vistas a superar o ideal liberal de laissez-faire, a ideia de intervenção penal mais ou menos antecipada não tem ligação com o modelo de Estado, mas sim, com compromisso de superação da anarquia e insegurança do estado de natureza

.A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 54 afixou, no Brasil, a interrupção terapêutica da gravidez de feto anencéfalo. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é a designação dada no Direito brasileiro à ferramenta empregada para impedir ou reparar lesão ao princípio fundamental resultante de ato do Poder Público (União, estados, Distrito Federal e

municípios), inseridos ações antecedentes à promulgação da Constituição (GARCIA, 2015, p. 1).

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) não descriminaliza o aborto, também não designa nenhuma restrição ao ato criminoso previsto no Código Penal Brasileiro. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 54 deliberou, contudo, que não necessita ser avaliada como aborto a interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencéfalo. A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) modifica, ou aloca em oficial, a interpretação que a Justiça precisa apresentar sobre esses fatos. Anterior da sua aprovação, o Estado não trazia uma interpretação acentuada sobre o assunto, fazendo com que a determinação final permanecesse para cada Juiz.

Mendes votou pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, em apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o ministro considerou “a interrupção da gravidez de feto anencefalo como hipótese de aborto”, portanto, “entende que esse caso encontra-se abarcada como causa de excludente de ilicitude, logo presumida no Código Penal, podendo ser corroborado que a gestação de feto anencéfalo é perigosa à saúde da gestante” (MENDES, 2012, p. 1).

O ministro ressaltou ser imprescindível que as autoridades competentes regulamentem de modo adequado, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia a fim de “conferir segurança ao diagnóstico dessa espécie” (Ibidem). Enquanto dependendo de regulamentação, proferiu o ministro: “a anencefalia deverá ser atestada por, no mínimo, dois laudos com diagnósticos produzidos por médicos distintos e segundo técnicas de exames atuais e suficientemente seguras” (Ibidem).

Segundo a legislação brasileira estabelecida pelo Código Penal, somente duas situações não são passíveis de punição para o aborto:

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

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

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

O artigo 128 do Código Penal prevê duas hipóteses em que a interrupção da gravidez não é passível de qualquer sanção. Uma das hipóteses é o chamado aborto necessário, também conhecido como aborto terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo). Neste caso, pratica-se o aborto na gestante, quando não existe outro meio para salvar a sua vida. A outra hipótese é chamada de aborto sentimental ou humanitário, ou seja, em caso de estupro, a mulher tem a faculdade de realizar o aborto.

Prossegue o Ministro Mendes

Todavia, era inimaginável para o legislador de 1940 [ano da edição do Código Penal], em razão das próprias limitações tecnológicas existentes”, disse. Com o avanço das técnicas de diagnóstico, prosseguiu o ministro, “tornou-se comum e relativamente simples descobrir a anencefalia fetal, de modo que a não inclusão na legislação penal dessa hipótese de excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa, não condizente com o Código Penal e com a própria Constituição (MENDES, 2012, p. 1).

Contudo, a inconstitucionalidade da deleção legislativa constitui-se uma afronta à integridade física e psíquica da mulher, ainda como na transgressão ao seu direito de privacidade e intimidade, ajuntados a ofensa à autonomia do anseio.

O Ministro Mendes ainda prossegue:

Competirá [como na hipótese do aborto de feto resultante de estupro] a cada gestante, de posse do seu diagnóstico de anencefalia fetal, decidir que caminho seguir, (...), a necessidade de o Estado disciplinar, com todo zelo, a questão relativa ao diagnóstico de anencefalia fetal, visto que ele é condição necessária à realização deste tipo de aborto (MENDES, 2012, p. 1).

Destarte, o Ministro Gilmar Mendes votou pela ascendência da ADPF nº 54 por compreender que não necessita haver punição para o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto é anencéfalo.

Por fim, argumenta-se com Luís Roberto Barroso no sentido de que na hipótese existe um desacordo moral razoável. Segundo o eminente constitucionalista:

[...] o senso moral de cada um envolve elementos diversos, que incluem: a) a consciência de si, a definição dos próprios valores e da própria conduta; e b) a percepção do outro, o respeito pelos valores do próximo e a tolerância com sua conduta. Assim, [...] em situações como essa, o papel do Estado deve ser o de assegurar o exercício da autonomia privada, de respeitar a valoração ética de cada um, sem a imposição de condutas imperativas. (BARROSO, Luiz Roberto. Gestação de fetos anencéfalo e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. (Org.). Leituras complementares de direito constitucional: direitos Fundamentais, 2009, p. 163).

Portanto, entendemos que a decisão do Supremo Tribunal Federal em admitir a prática do aborto em casos de fetos com anencefalia foi acertada, uma vez que concretiza e reafirma todos os direitos e garantias assegurados em nossa Lei Maior, representando um grande avanço na área da saúde e para a sociedade como um todo.

Após oito longos anos de discussão e pol mica, no dia 12 de abril de 2012 o plenário do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o ministro Marco Aurélio, decidiu que não pratica crime de aborto, tipificado no Código Penal Brasileiro, a mulher que optar pela “antecipac o do parto” em caso de gravidez de feto anencéfalo.

Examinando o acórdão publicado no dia 30 de abril daquele ano, que faz um breve resumo do que foi tratado no dia do julgamento, para muitos foi um marco, seja visto como um avanço no direito.

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considera es. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINA O – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpreta o de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

A C   R D   O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a a o para declarar a inconstitucionalidade da interpreta o segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo   conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas (BRASIL, 2012, p.1).

Nesse contexto, Elton Bezerra faz o seguinte comentário:

No julgamento, os ministros decidiram que médicos que fazem a cirurgia e as gestantes que decidem interromper a gravidez não cometem qualquer espécie de crime. Com a decisão, para interromper a gravidez de feto anencéfalo, as mulheres não precisam de decisão judicial que as autorize. Basta o diagnóstico de anencefalia (BEZERRA, 2013, p. 1).

Fernando Galvão Neto e Taciano Holanda da Luz Filho destacam:

Esta decisão do Supremo Tribunal Federal, em que se decidiu constitucional o aborto de fetos anencéfalo, foi tratado como um julgamento difícil e polêmico, não porque era de extrema importância para o país, para a sociedade ou para o direito brasileiro, mas porque ele mexeu em “algo”, que como já foi citado, esta enraizada na sociedade brasileira, esta foi construída em pilares católicos e com isso considera o aborto como algo hediondo, crime ofensa, pecado, imoral (GALVÃO NETO; LUZ FILHO, 2015, p. 1).

Notamos que o Supremo Tribunal Federal (STF) foi decisivo e categórico com a questão da legalização da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Afirma-se que “A tese abraçada pelo STF segue a linha adotada pela medicina, que considera o feto anencéfalo um natimorto cerebral” (SCHULZE, 2015, p. 1).

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal possibilitou simplesmente o aborto de fetos anencéfalos, e não o aborto em qualquer uma de suas modalidades, os dispositivos que amparam o crime de aborto continuam presentes no nosso Código Penal Brasileiro, podemos afirmar que o assunto foi tratado pelos ministros participantes dessa decisão, expôs Debora Santos:

Os ministros se preocuparam em ressaltar que o entendimento não autoriza ‘práticas abortivas’, nem obriga a interrupção da gravidez de anencéfalo. Apenas dá à mulher a possibilidade de escolher ou não o aborto em casos de anencefalia. Faço questão de frisar que este Supremo Tribunal Federal não está decidindo permitir o aborto. [...] Não se cuida aqui de obrigar. Estamos deliberando sobre a possibilidade jurídica de um médico ajudar uma pessoa que esteja grávida de feto anencéfalo de ter a liberdade de seguir o que achar o melhor caminho (SANTOS, 2012, p. 1).

Assim, o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, foi de fundamental importância para a sociedade como um todo, pois a decisão de legalizar a antecipação do parto de fetos anencéfalos ampara as inúmeras gestantes que sofrem com esse tipo de gestação, deixando ao livre arbítrio dessas gestantes, a escolha de prosseguir ou não com a gravidez.

Portanto, entendemos que a decisão da Suprema Corte foi acertada, por concretizar e reafirmar os direitos e garantias constitucionais vigentes em nossa Carta Magna, principalmente aqueles atinentes à liberdade, à dignidade da pessoa humana, a legalidade, a uma sociedade livre, justa e solidária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, com toda esta análise, que o princípio da indisponibilidade ao direito à vida procede em limite intransponível ao aborto anencefálico sustido na dignidade da mulher. A anencefalia é distinta, a rigor, pela ausência de parte do cérebro e não pelo seu conjunto, de modo que se existe vida, esta não pode ser tolhida, bem menos previamente. A complexidade do diagnóstico para esses fatos aponta decisivamente para a necessária prudência, a deprecar cautela ainda maior quando se aborda o bem supremo: o direito à vida.

A vida do feto não é um bem que se encontra disponível, nem mesmo a da mãe, motivo pela qual a cessação deste tipo de gravidez se esquia da esfera da autonomia do anseio. Tem que se ajuizar, embora, o princípio de amparo à família, que rezinga proteção ao pai e irmãos, que foram atingidos pelos reflexos. E, conforme discutido, qualquer alteração legislativa, que seja para abolir excludente atualmente lícita, como o seria para o aborto em caso de estupro, do que sobrepor novas.

A ordem jurídica não estabelece alcance temporal para fins de disponibilidade da vida, então, não pode existir discriminação de fetos perfeitamente formados em perdas dos que não gozam de tal privilégio. A tutela do bem da vida independe das casuais deformidades intra-uterinas. O feto anencefalo, principalmente diante do aumento dos direitos do nascituro, está resguardado, desde a concepção, pela ordem

jurídica pátria. Ajuizar procederia na inconstitucionalidade por arrastar o Código Civil de 2002 em seu Art. 2º.

Em conclusão, entendemos que a decisão do Supremo Tribunal Federal em admitir a prática do aborto em casos de fetos com anencefalia foi acertada, uma vez que concretiza e reafirma todos os direitos e garantias assegurados em nossa Lei Maior, representando um grande avanço na área da saúde e para a sociedade como um todo.

REFERENCIAS

ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Da 5a ed. Alemã por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Lições complementares de Direito Constitucional**. 3ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____, Luiz Roberto. Gestaçõ de fetos anencéfalos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. (Org.). Leituras complementares de direito constitucional: direitos Fundamentais, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARRARA, Francesco. **Direito Penal**. São Paulo: Forense, 2003.

COMPLAK, Krystian. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. **Revista da Esmesc**, Florianópolis v. 15, n. 21, 2008.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O estado atual do biodireito**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DORNELLES, João Ricardo W. **O que são direitos humanos**. São Paulo: Brasilense, 1989.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Goncalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto anencefalia**: direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2008.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Aborto e o direito penal**. 3ed. Porto Alegre: Sagra, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOISES, Elaine Christine Dantas, *et al.* **Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil**. São Paulo: FUNPEC, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral. 9ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida**: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência/linchamento. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PESSINI, Leocir. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 2007.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6ed. São Paulo: Max Limond, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: parte especial. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PULITANÒ, Domenico. Obblighi costituzionali di tutela penale? In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Nuova Serie. Anno XXVI. Milano: Giuffrè, 1983.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANCHES, Rogério, FLÁVIO, Luiz. **Direito Penal**: parte especial. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Os Direitos Fundamentais nas Relações Entre os Particulares**. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto eugênico**: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação. Curitiba: Juruá, 2007.

WINDHAM, G. C.; EDMONDS, L. D. **Current trends in the incidence of neural tube defects**. Bethesda Estados Unidos Pediatrics, 1982. v. 70.