

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

GUILHERME GOMES DE SALES CRUZ

**DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE SOB A ÓPTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Florianópolis, SC

2022

GUILHERME GOMES DE SALES CRUZ

**DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE SOB A ÓPTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação
em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador(a): Dr.(a) Carolina Medeiros Bahia

Florianópolis, SC

2022

**FICHA DE IDENTIFICAÇÃO DA OBRA ELABORADA PELO AUTOR,
ATRAVÉS DO PROGRAMA DE GERAÇÃO AUTOMÁTICA DA BIBLIOTECA
UNIVERSITÁRIA DA UFSC.**

Cruz, Guilherme
DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS
DA PERSONALIDADE SOB A ÓPTICA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL / Guilherme Cruz ; orientadora, Carolina Medeiros Bahia, 2022.
68 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de
Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito,
Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Desacordos morais razoáveis. 3. Direitos da Personalidade. 4.
Aborto. I. Medeiros Bahia, Carolina.
II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III.
Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO
DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB A ÓPTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Guilherme Gomes de Sales Cruz**, defendido em 12/12/2022 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **7,0 (SETE)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2022



Documento assinado digitalmente

Carolina Medeiros Bahia

Data: 12/12/2022 17:06:41-0300

CPF: ***.060.815-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Carolina Medeiros Bahia
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente

GABRIELA JACINTO BARBOSA

Data: 12/12/2022 17:21:51-0300

CPF: ***.290.969-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Gabriela Jacinto Barbosa
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente

THAYANE CRISTINE BARRETO

Data: 13/12/2022 09:20:11-0300

CPF: ***.946.209-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Thayane Cristine Barreto
Membro de Banca



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E ORIENTAÇÃO
IDEOLÓGICA

Aluno(a): Guilherme Gomes de Sales Cruz

Matrícula: 17208089

Título do TCC: DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB A ÓPTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Orientador(a): Profa. Dra. Carolina Medeiros Bahia

Eu, Guilherme Gomes de Sales Cruz, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 12 de Dezembro de 2022.



Documento assinado digitalmente
GUILHERME GOMES DE SALES CRUZ
Data: 12/12/2022 18:13:03-0300
CPF: ***.339.799-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Guilherme Gomes de Sales Cruz

RESUMO

A presente monografia tem como proposta principal analisar a aplicação da teoria relativamente recente dos desacordos morais razoáveis, para tanto explicou-se os pormenores da teoria e os aspectos por ela abrangidos. Na aplicação da teoria há duas possíveis posições que o Estado pode assumir: adotar uma conduta impositiva obrigando os indivíduos a seguir determinado caminho ou permitir que seja exercido o direito de escolha frente a duas posições defensáveis constitucionalmente amparadas. A principal aplicação da teoria dos desacordos morais razoáveis é quando há direitos da personalidade em conflito, direitos estes de suma importância pelo seu aspecto histórico de luta para fazê-los valer, principalmente após as atrocidades cometidas no período da segunda guerra mundial, estes direitos carregam uma carga subjetiva, qual seja o encargo de qualificar o ser humano em sua essência e podem ser classificados em três grupos, o grupo dos direitos à integridade física, à integridade moral e à integridade intelectual. Outrossim, procedeu-se uma diferenciação entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade por ser muito comum a confusão entre eles. Dentre os direitos da personalidade é gritante o patamar que o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa e, portanto, merece o título de direito basilar devendo ser respeitado em qualquer situação. Para concluir procedeu-se estudo prático sobre a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 do Supremo Tribunal Federal por representar os aspectos abordados nos dois primeiros capítulos do trabalho.

Palavras-chave: Direito; Desacordos Morais Razoáveis; Direitos da Personalidade; Aborto.

ABSTRACT

The main purpose of this monograph is to analyze the application of the relatively recent theory of reasonable moral disagreements. In the application of the theory, there are two possible positions that the State can take: adopt an imposing conduct, forcing individuals to follow a certain path, or allow the exercise of the right to choose between two defensible positions constitutionally supported. The main application of the theory of reasonable moral disagreements is when there are conflicting rights of personality, rights of utmost importance both for their historical aspect of struggle to enforce them, especially after the atrocities committed during World War II. These rights carry a subjective load, which is the charge of qualifying the human being in its essence and can be classified into three groups, the group of rights to physical integrity, moral integrity, and intellectual integrity. Furthermore, a differentiation has been made between human rights, fundamental rights, and personality rights, since confusion among them is very common. Among the rights of personality, the level that the principle of human dignity occupies is striking and, therefore, deserves the title of basic right and must be respected in any situation. To conclude, we proceeded to a practical study on the Action of non-compliance of Fundamental Precept n. 54 of the Federal Supreme Court, as it represents the aspects approached in the first two chapters of the work.

Keywords: Law; Reasonable Moral Disagreements; Personality Rights; Abortion.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	16
2	A TEORIA DO DESACORDO MORAL RAZOÁVEL	18
2.1	IDENTIFICANDO UM DESACORDO MORAL RAZOÁVEL	20
2.1.1	Desacordo moral empírico	21
2.1.2	Desacordo moral normativo	23
2.2	RAZÃO PÚBLICA E RAZOABILIDADE PRIVADA	24
2.3	DEMOCRACIA DELIBERATIVA E AS CONDIÇÕES DEMOCRÁTICAS DE DELIBERAÇÃO	25
2.4	DESACORDO MORAL NA PRÁTICA: COMO O ESTADO DEVE SE POSICIONAR E TEM SE POSICIONADO	27
2.4.1	Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510 de 2008: análise de caso prático – utilização de células tronco para fins terapêuticos e científicos	29
2.4.2	Contramajoritariedade dos desacordos morais razoáveis.....	32
2.4.3	Posicionamento adotado por outras nações quando o tema é a interrupção da gravidez.33	
2.4.4	Recurso Extraordinário n. 845779: análise de caso prático – utilização de banheiros públicos por transexuais e o porquê não pode ser considerado um desacordo moral razoável.....	35
3	DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE	36
3.1	CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	39
3.2	CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	41
3.3	DIREITOS DA PERSONALIDADE PRESENTES NA ADPF N. 54 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	41
3.3.1	Do direito à vida.....	41
3.3.1.1	<i>BREVES APONTAMENTOS ACERCA DAS TEORIAS DO INÍCIO DA PERSONALIDADE.....</i>	<i>44</i>
3.3.2	Do direito à livre disposição do próprio corpo.....	45
3.3.3	Do direito intimidade e a vida privada	47
3.4	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	48
4	A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 54 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	49

4.1	BREVE CONCEITO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	50
4.2	HISTÓRIA QUE CULMINOU NA PROPOSITURA DA ADPF N 54.....	51
4.3	A ANENCEFALIA AOS OLHOS DA MEDICINA.....	53
4.4	AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 54 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A OITIVA DA SOCIEDADE NA TOMADA DA DECISÃO	54
4.5	ANÁLISE DO VOTO DOS MINISTROS.....	59
5	CONCLUSÃO.....	63
	REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa partiu de uma questão íntima, desde o momento em que passei a entender de temas como a sexualidade humana e direitos reprodutivos em conjunto com a constante luta pela liberdade feminina que passei a me indagar o porquê de ser negado a mulher o direito de decidir sobre o seu próprio corpo, sobretudo diante de situações como o estupro e a problemática abordada na presente monografia, qual seja, a antecipação terapêutica do parto e como este imbróglio foi tratado no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 do Supremo Tribunal Federal.

No que tange a polêmica existente em volta do aborto não há dúvidas que persiste por diversos momentos da história humana, podendo ser elevado ao status de tabu, nas culturas ocidentais e, diga-se mais, um verdadeiro tabu na sociedade brasileira. Em que pese tenha ocorrido avanços significativos recentes em países vizinhos situados na América do Sul, são raros os países do continente que avançaram na descriminalização e/ou legalização da prática. A maioria segue negligenciando o assunto e se omitindo diante do fato: as mulheres optam pelo aborto por inúmeras razões e acabam tendo que se sujeitar à clandestinidade, correndo risco de vida e comprometendo sua saúde.

Entender o que ocorre nessas situações é um desafio de amplas dimensões e mudar a realidade é uma tarefa coletiva. Sendo assim, visando compreender a teoria adotada pelos juristas brasileiros na resolução do caso específico analisado no terceiro capítulo é que se procurou, na primeira parte deste trabalho entender o que seriam os desacordos morais razoáveis que se resumem no entender a posição em que o Estado deve assumir frente a temas polêmicos. De igual maneira, fica demonstrada a importância do tema escolhido.

A partir de então, sabe-se que em uma sociedade existem diversos fatores que moldam e direcionam o modo como as pessoas agem, pensam e defendem seus pontos de vista. Aspectos como religião, ambiente familiar etc. entram em confronto quando duas pessoas que experimentaram histórias de vida diferentes passam a discutir seus ideais, gerando, assim, desacordos morais. Mas não é tão simples assim, existem alguns critérios que devem ser adotados para que a palavra razoável seja inserida no termo “desacordos morais”.

Um destes critérios abordados seria a influência da religião na tomada de decisões porque há autores que criticam o modo de ser desta, traduzida no conjunto de crenças e práticas sociais relacionadas com a noção de sagrado. A principal crítica sobre, encontra-se no ponto em que a partir do momento em que uma questão é solucionada utilizando-se de valores

pertencente a um grupo seletivo, os indivíduos que não fazem parte daquele ambiente são obrigados a seguir valores que não lhes pertencem.

Adiante que a doutrina entende por dois caminhos possíveis em situações características de desacordos morais razoáveis, em primeiro lugar é possível que o Estado, como instituição democrática e, portanto, porta voz de todas as doutrinas existentes adote a imposição de uma conduta imperativa, por exemplo impelir a gestante a dar à luz à feto anencéfalo ao proibir e criminalizar a antecipação terapêutica do parto ou, ainda pode permitir que a mulher faça-se valer da sua dignidade para dar a ela a faculdade de escolha.

Ou seja, a primeira parte do trabalho é, de maneira geral uma revisão bibliográfica de tudo o que se entende por uma teoria de resolução de temas complexos relativamente recente. Ademais, para melhor compreendê-la citou-se brevemente alguns casos práticos em que a técnica foi usada.

Em seguida, uma vez delimitado que o tema do trabalho seriam os desacordos morais razoáveis, ficou claro que estes estão intimamente ligados aos direitos da personalidade, para tanto procurou-se esmiuçá-los no segundo capítulo através de uma revisão bibliográfica.

Outrossim, dando sequência, é importante aqui dizer que em que pese muitas vezes tratados como sinônimos, há uma diferença entre os direitos humanos, que podem ser conceituados como direitos universais que não obedecem fronteiras, e os direitos fundamentais que são assim determinados por estarem inseridos dentro de um ordenamento jurídico nacional, em especial previstos na Constituição Federal e, por fim, os direitos da personalidade que divergem do segundo porquanto podem ser encontrados em sua maioria no plano infraconstitucional.

De forma a conceder maior coesão ao trabalho, no mesmo capítulo foram escolhidos a dedo alguns direitos da personalidade atinentes ao caso analisado na terceira fração da monografia. Vale dizer que uma das características deste conjunto de direitos é a inexistência de limitação, ou seja, seria impossível falar de todos, ou pelo grande partem neste momento.

Para encerrar o estudo, procedeu-se um estudo de caso sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 do Supremo Tribunal Federal e como seus julgadores basearam-se na teoria dos Desacordos Morais Razoáveis para decidirem se a antecipação terapêutica do parto enquadrar-se-ia nas hipóteses criminais tipificadas nos artigos 124 a 126 do código penal. A escolha da referida ação se deu pela sua capacidade de demonstrar todos os aspectos abordados nos dois primeiros capítulos.

2 A TEORIA DO DESACORDO MORAL RAZOÁVEL

É fato que diante da infinidade de fatores como religião, política, moral, economia etc. inseridos nos contextos sociais individuais e coletivos, existentes em sociedades livres, haverá e sempre houve conflitos diante de temas complexos (RAWLS, 2006, apud FREITAS, 2009, p. 41). Estes conflitos foram esmiuçados e denominados de Desacordos Razoáveis pelos doutrinadores.

Para Barroso, por exemplo “o desacordo moral razoável é aquele que tem lugar diante da ausência de consenso entre posições racionalmente defensáveis”. (2008, p. 180 apud, FREITAS, p. 41)

Outrossim, sabe-se que o Direito, em amplo sentido, passa por diversas mutações, principalmente em face do dinamismo pelo qual o seu objeto, a sociedade, está sujeita, seja pela evolução humana, seja por quaisquer outras atribuições. Mas, o que quer se dizer aqui é que estas mudanças implicam diretamente na ponderação de juízo moral dos indivíduos e no sistema jurídico como um todo.

Sobre a origem da teoria dos desacordos morais razoáveis, muito se discute, David Hume, por volta do século XVIII apontou que a origem dos conflitos morais encontrar-se-ia diante de uma suposta escassez moderada que exigiria uma solução justa. A qual deveria estar contida de abundância capaz de satisfazer seus desejos, agradando, assim, cada particular e, portanto, culminaria na inexistência de desacordos morais, bem como na inutilidade da justiça. (GUTMANN & THOPSON, 2000, p. 21, apud FREITAS, 2009, p. 42)

Tais conflitos e desacordos decorrem do livre exercício da razão humana, a qual, por sua vez, nas palavras de Kevin Vallier, é limitada por fatores cognitivos e ambientais. Ou seja, o autor deixa claro que no contexto da coletividade é preciso, de alguma forma, acomodar estes conflitos se a pretensão é manter a liberdade.

Inobstante, o autor também contribui asseverando que dentre as diversas maneiras de lidar com ideias conflitantes é muito importante para a aplicação da teoria o agente saber identificar quando se está diante de desacordos de fato razoáveis porquanto uma sociedade livre deveria retirar força destes conflitos ainda que em detrimento daqueles tidos como não razoáveis (VALLIER, 2017, p. 1, tradução minha).

Adentrando em uma questão mais moral, o filósofo acredita que mesmo estando diante de um debate composto por pessoas adequadamente instruídas, reflexivas e sinceras umas para com as outras, o que seria algo tido como ideal para o autor, ainda subsistiriam estes desentendimentos.

Desta feita, Kevin Vallier escreveu um artigo para a Universidade de Cambridge, EUA, no qual, parafraseando John Rawls, identificou e enumerou 6 elementos da psicologia humana que integram os desacordos razoáveis, são eles: 1. as evidências trazidas para análise possuirão aspectos conflitantes e complexos; 2. mesmo que as partes concordem com as considerações relevantes de um assunto, estas provavelmente discordarão do peso atribuído a cada elemento; 3. os conceitos dos indivíduos, excluindo-se aqueles exclusivamente morais e políticos, são por vezes vagos e vulneráveis para serem aplicados diante de *hard cases*; 4. a forma que as partes avaliam as evidências e ponderam valores são moldados pela singular experiência adquirida na vivência de uma vida que cada um carrega no momento em que se insere no debate; 5. comumente encontra-se diferentes tipos de considerações normativas em ambos os lados de um problema, fato este que dificulta uma avaliação ampla/geral; 6. quaisquer sistemas de instituições sociais são limitados aos valores que possam tentar defender ou aprofundar-se e muitas das decisões difíceis podem não ter repostas fáceis.

Destas ponderações trazidas à baila, pode-se inferir que as questões controvertidas que integram um Desacordo Moral são intimamente ligadas a diversas esferas de um indivíduo, ou seja, aspectos da consciência individual moldam seus valores e suas condutas, assim como a percepção das razões e condutas do oponente diante de um debate. (CHAUÍ, Marilena, apud FREITAS, 2009, p. 42)

A multiplicidade da realidade é um fato autoevidente. Não é necessário gastar tinta para esclarecer aquilo que decorre da natureza das coisas e que é notório: não há apenas uma, mas várias doutrinas religiosas, políticas e filosóficas; embora nasçamos homens ou mulheres, há também entre nós homossexuais, bissexuais, transexuais e, mais recentemente, surgem os transgêneros; partindo de diferentes compreensões sobre o momento da concepção e a possibilidade de interrupção da gravidez, há quem seja favorável ou contrário ao aborto. Os exemplos possíveis são abundantes, quer no campo das ideias, quer no das coisas. Por ser assim múltipla, a realidade apresenta uma diversidade enorme e crescente de possibilidades, de opções igualmente válidas. (SENRA, 2012, p. 5)

Em apertada síntese, podemos afirmar que o Desacordo razoável é a base do discurso político (MCMAHON, 2009, p. 1, tradução minha), sendo assim, onde quer que se encontre desacordo político as partes estarão preparadas para oferecer e defender razões para as posições que assumem. Sobre o excerto acima, a doutrinadora Joana Teixeira de Mello Freitas, citando Gutmann e Thompson, delineou de forma brilhante:

Os desacordos ligados a princípios políticos, por sua vez, demandam critérios de maior legitimidade. Como vinculam a coletividade, requerem ser justificáveis ao máximo para que todos se submetam àquela decisão. Gutmann & Thompson (2000) apontaram três características de argumentos morais importantes nas decisões políticas: reciprocidade – devem ser usadas razões compartilhadas ou que poderiam

ser compartilhadas pelos cidadãos; publicidade – discussões em arenas e fóruns públicos; e responsabilidade.

Na busca dessa legitimidade, Rawls, Gutmann & Thompson e Waldron defenderam, cada um à sua maneira e com seus argumentos, apesar de próximos, a deliberação democrática como ponto legítimo de tomada de decisões e questionáramos meios institucionais adotados, na atualidade, para tanto, como a decisão tomada pela maioria ou o controle judicial, o *judicial review*. (FREITAS, 2009, p. 42).

Ante o exposto, feitos alguns apontamentos gerais acerca dos Desacordos Morais Razoáveis, é possível extrair uma pergunta deste item que será respondida no tópico seguinte, como identificar quando estamos diante de um Desacordo Moral Razoável ou não?

2.1 IDENTIFICANDO UM DESACORDO MORAL RAZOÁVEL

Por diversos motivos os particulares estão sujeitos a crer que seus oponentes, diante de um debate, assumem as posições que assumem em face de algum erro culpável, seja por ocasião de uma falha de reflexão e/ou de coleta de informação, seja em detrimento de um imperativo moral fundamental ou valor.

Entretanto, Kevin Vallier refuta esse posicionamento e discorre que as limitações cognitivas e preconceitos dos particulares culminarão na superestima da frequência com que ocorrem os Desacordos do tipo não razoáveis, ainda, assevera que o posicionamento correto seria resistir à tentação de condenar aquelas que divergem. (VALLIER, 2017, tradução minha)

Para que ocorra o reconhecimento, Vallier defende que na presença de um Desacordo Moral ou político hipotético em que A é aquele que está a julgar e B é o seu interlocutor, deve-se observar três fatos:

De plano, o ser humano possui grandes limitações cognitivas o que influencia diretamente no processo de julgamento nos casos em que a conclusão obtida por A foi que B incide em erro culpável ao defender seu ponto, assim como nos casos em que A conclui que B não mais defenderia determinado ponto de vista se este pensasse sobre o assunto corretamente. Sem pormenorizar, o filósofo admite que é muito difícil compreender o porquê alguém pensa de determinada maneira, desta feita, a atitude correta é tomar uma pausa e refletir sobre os próprios preconceitos e limitações antes de condenar o interlocutor.

Em segundo lugar, Kevin Vallier sugere que A reflita se possui informações suficientes sobre o assunto, bem como se ele procurou refletir acerca do estado mental de B a ponto de estar racionalmente autorizado a afirmar que B de fato não pode sustentar seu posicionamento com boa vontade após refletir adequadamente. O que o filósofo quer dizer com isso é a tentativa de ponderar se o interlocutor é razoável ou não e, se diante deste procedimento

A não conseguir aferir, que se utilize dos princípios da caridade, ou seja, deve-se afirmar que o desacordo analisado ocorre por fatores não culpáveis.

Por último, mas não menos importante, aplicado o princípio da caridade A deve investir tempo para ponderar honesta e respeitosamente se B tem boas informações e argumentação para aderir àquele posicionamento, A também deve se autoanalisar para obter a resposta se está preparado para tomar o lado de B e sua argumentação a sério. Em caso de B aparentar estar munido de informações incorretas e incompletas ou, ainda, de fundamentos evidentemente enganosos, A poderá certamente concluir que o Desacordo não persistiria entre pessoas razoáveis e, nesta toada, que a posição de B poderá ser racionalmente descartada.

Voltando ao assunto de verificação da validade do desacordo, se este método fosse aplicado defronte a desacordos morais, religiosos, políticos e etc., que tomem lugar nas redes sociais, por exemplo, locais em que o autor considera especialmente difíceis de determinar as razões dos interlocutores uma vez que as pessoas estão escondidas por detrás de telas e algoritmos, seria espantoso descobrir a quantidade de Desacordos Morais Razoáveis ocorridos diariamente.

E diga-se mais, o que ocorre nos desacordos online é que cada ser está inserido em sua própria bolha de experiências e informações assim como os interlocutores com quem discorda-se, sendo assim, deve-se superar quaisquer barreiras cognitivas se o objetivo é compreender o ponto de vista do oponente.

2.1.1 Desacordo moral empírico

Uma vez delineado o conceito do Desacordo Moral Razoável, analisar-se-á algumas características da teoria, neste sentido pode-se afirmar que existirão duas vertentes de Desacordo Moral Razoável, a vertente empírica e a normativa.

Um Desacordo Moral Razoável do tipo empírico apresenta-se majoritariamente defronte a aplicação de políticas públicas, ou seja, se ocupa com o efeito obtido quando alguma lei ou política é adotada. Um exemplo é o *social insurance* estadunidense que consiste em um programa público que fornece proteção contra riscos econômicos como invalidez temporária, idade, desemprego, as intempéries da vida, por assim dizer.

A discussão sobre a política pública supracitada pauta-se nas possíveis consequências, quais sejam: alguns modelos econômicos sugerem que a redistribuição serviria de desestímulo para o crescimento econômico ao passo que outras ideologias financeiras justificam a adoção destes programas sociais de auxílio uma vez que estes apresentam desestímulos ínfimos e que

os pobres tenderiam a fazer boas escolhas com o dinheiro recebido. (VALLIER, 2017, tradução minha)

Em vista disso, pode-se concluir que a pergunta central respondida no excerto acima consiste em ponderar se a política vai produzir um incremento na taxa de crescimento econômico ou não. Nesta toada, também é preciso lembrar que, se *in casu* o intuito é haver razoabilidade na escolha de políticas públicas, as deliberações devem proceder-se na presença de alguém com significativo conhecimento acerca de teorias econômicas. (MCMAHON, 2009, pp. 9-10, tradução minha)

Ainda sobre o tema, embora tenha sido afirmado anteriormente que um desacordo muito provavelmente não será razoável quando o seu interlocutor não possuir informações e/ou instruções suficientes para debater sobre determinado ponto de vista, há também a hipótese de especialistas exímios entenderem por teses diferentes, nestes casos será que os experts estarão sendo razoáveis?

A resposta pode ser obtida da seguinte maneira: é possível que eles estejam raciocinando de forma incompetente com base em evidências inconclusivas. Partindo do pressuposto em que determinada premissa se encontra evidenciada na organização de políticas aplicadas, estas questões trazem à tona as consequências que, por exemplo, políticas adotadas por diferentes candidatos terão. (MCMAHON, 2009, p. 10, tradução minha)

No exemplo específico, necessário é fazer um adendo, isso porque o autor sugere que a postura correta a ser adotado no caso seria suspender o julgamento até que os vícios deste sejam solucionados, no entanto é sabido que quando o assunto é política e solução de problemas sociais, por muitas vezes exigem respostas rápidas e eficazes para assegurar o bem comum.

Em detrimento disso, o que ocorre na prática é que os governantes decidem por certa política e avaliam se foi a mais indicada apenas depois que posta em prática, assemelhando-se ao sistema tentativa e erro, tendo em vista que é impossível impor todas as teorias políticas de solução de problemas sob um único fato. (MCMAHON, 2009, p. 10, tradução minha)

Inobstante a isto, mister reprisar que quando o desacordo razoável trazido à baila versar sobre questões políticas têm-se que estes clamam por legitimidade porquanto vinculam a sociedade como um todo, ou seja, a atuação de um *expert* em economia no caso citado reveste o diálogo de plausibilidade de maneira a possibilitar que a população se submeta à decisão. (FREITAS, 2009, p. 42)

2.1.2 Desacordo moral normativo

Por sua vez, o Desacordo moral normativo é aquele cujo enfoque principal está nos princípios morais e valores dos indivíduos da coletividade, sobretudo quando a discussão se encontra aos cuidados do Estado democrático. (VALLIER, 2017, tradução minha)

A questão central de debate nesta modalidade de desentendimento e talvez desta monografia como um todo – como se verá na prática no último capítulo da presente tese. É justamente ponderar se o Estado deve decidir em favor de uma posição, adotando assim uma postura impositiva, ou se deve permitir o exercício da liberdade de escolha ao dar margem para os indivíduos tomarem o caminho que bem entenderem. (FREITAS, 2009, p. 43)

Isto porque um adendo de suma importância a se fazer diz respeito ao efeito que uma política imposta ou uma canetada do judiciário provoca sob todos os indivíduos, o que quer se dizer aqui é que não só os simpatizantes da decisão tomada estarão vinculados à ela, mas sim àqueles contrários também. (FREITAS, 2009, p. 43)

Ainda sobre a incidência das decisões subjugadas à população e que serão estudadas mais a fundo no último capítulo deste documento, Joana Teixeira de Mello Freitas, de forma incisiva, acrescenta em seu artigo:

Entende-se, com Luiz Roberto Barroso, que são necessários consensos mínimos em uma sociedade e que estes devem ser guardados pela Constituição de um Estado. Direitos essenciais ao funcionamento de um regime democrático, como a dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, participação popular não podem ser subtraídos dos órgãos deliberativos que decidem pela vontade da maioria, uma vez que acabam garantindo o próprio espaço do pluralismo político. No entanto, o que se quer abordar são questões que estão longe chamados consensos mínimos e que envolvem o indivíduo em sua esfera de vida particular. (FREITAS, 2009, p. 43)

Ademais, tomando-se nota que o desacordo moral do tipo normativo se preocupa com os valores do âmbito do indivíduo, sabe-se que as escalas de valor de pessoas racionais e morais são diferentes e inconsistentes. Diga-se mais, Hayek, ao conceituar as fronteiras do julgamento, entendia que a mente era um sistema de regras que organiza estímulos de formas cognitivas exclusivas. (HAYEK, 1944 apud VALLIER, 2017, tradução minha)

Inobstante, o autor discorre que a mente por si só pode ser tida como uma ordem particular de eventos tomando lugar em um organismo e de alguma forma relacionada a ele, mas não idêntica e conclui que o resultado disto é diferentes mentes mapeando o mundo de maneiras distintas. Logo, cada pessoa possui um pequeno pedaço de conhecimento sobre como criar uma ordem social funcional. (HAYEK, 1944 apud VALLIER, 2017, tradução minha)

Isto se deve principalmente ao fato de cada particular ponderar fazendo-se valer da razão o que lhe satisfaz, ou o que lhe é considerado benéfico, desta feita um conglomerado de

indivíduos devem decidir aquilo o que no seu juízo de valor deve ser considerado justo ou injusto (RAWLS, J. 2000, p. 13).

De forma a ilustrar o que foi dito alhures, pode-se trazer à baila a título de exemplo de Desacordo Moral Normativo a legalização do aborto – problemática central do presente estudo. Ao passo que em um desentendimento secular posiciona de um lado aqueles que se dizem pró-vida e de outro lado os pró-escolha, estes que discordam não apenas do estágio da gravidez em que o nascituro adquire a qualidade de pessoa, mas também discordam acerca de quando a preservação do corpo da gestante ou a proteção do bem jurídico basilar como o da vida deve é mais moralmente importante e deve se fazer valer sobre o outro.

Tomando os argumentos levantados por ambos os lados na situação citada, a menos que se negue que suas ponderações são importantes, atinge-se o consenso que ambos têm base para sustentar suas posições, ademais, também é possível inferir que o conteúdo de ambos os polos não será óbvio nem absoluto para qualquer ser humano informado e reflexivo dotado de boa vontade. A pergunta que resta delineada é: alguém realmente está em condições cognitivas para tomar uma decisão coroando qualquer uma das posições? (VALLIER, 2017, tradução minha)

Ou seja, não há dúvidas que questões revestidas de polêmica como legalização das drogas e aborto sempre terão pelos menos dois polos antagônicos em que um deles se mostrará majoritário e outro minoritário, principalmente em decorrência de instituições como a religião, sendo assim surge uma dúvida: como o Estado, do ponto de vista de instituição reguladora deve tutelar as demandas destes grupos de maneira democrática, possibilitando a manutenção do bem estar social?

2.2 RAZÃO PÚBLICA E RAZOABILIDADE PRIVADA

Ainda nesta seara de análise dos indivíduos, John Rawls promove uma Distinção entre razoabilidade pública (capacidade reflexiva que nós temos de pensar os termos justos e equitativos de uma relação social marcada pela igualdade e pelo ideal de justiça social) da racionalidade privada (capacidade moral de estabelecer fins e os respectivos meios para atingi-los, a qual tratar-se-ia de uma aptidão íntima e filosófica, que emana irredutibilidade e particularidade). Portanto, em amplos termos, seria uma forma de distinguir política e direito de ética e religião. (RAWLS, 2002, p. 56)

Razão pública seria, sobretudo, o que o Estado em suas instituições reguladoras dizem, porque fazem uso da linguagem comum, que seria a linguagem jurídico-política

institucionalizada pela constituição na distribuição equitativa de direitos e deveres, então órgãos como a corte suprema, *in casu* o Supremo Tribunal Federal, são revestidos de um viés democrático porque dominam, por assim dizer a linguagem, enquanto esta, por sua vez, seria a tradução de todas as doutrinas morais abrangentes em qualquer decisão, sobretudo de casos controversos. (RAWLS, 2002, p. 56)

Nesta contenda, Rawls estabelece duas espécies de razão pública: uma razão excludente, e outra razão, posterior, inclusiva:

Na perspectiva de debate público excludente, John Rawls, defendia que as justificações que se baseiam em doutrinas abrangentes como a religião, por exemplo, seriam inadmissíveis, uma vez que não constituem hipótese de razões que indivíduos estranhos a ela, como cidadãos livres e iguais, possam razoavelmente aceitar. Acrescenta, que caso este tipo de embate fosse posto em prática, representaria uma violação flagrante ao conceito de debates razoáveis, ou seja, seriam impossibilitados de ser levantados em uma discussão porque são profundamente dogmáticos e injustificáveis, características estas que vão de encontro à tudo o que foi defendido até o presente momento. (RAWLS, 2002, p. 56)

Entretanto, abandonando uma visão pessimista acerca de fatores sociais tão presentes na sociedade como a religião e filosofia, o autor formulou uma autocrítica ao que havia afirmado em momento anterior e, por assim dizer, concluiu que em nome da democracia seria necessário a utilização das doutrinas abrangentes, tendo em vista que, querendo ou não, os particulares adeptos a estas ideologias as utilizam na construção dos seus pensamentos e, por isso, deveriam ser considerados, no entanto estabeleceu condições para a consideração destes no debate público, em uma espécie de liberalismo político, desta feita, resta denominada a ideia de razão pública inclusiva. (RAWLS, 2002, p. 56)

Ademais, esta linguagem não se restringe ao poder judiciário, executivo ou sequer o legislativo, mas sim deve estar presente em todos aqueles seres, entes e órgãos dotados de racionalidade, ou seja, todos os cidadãos inseridos no contexto em que conseguem exprimir seus pensamentos.

2.3 DEMOCRACIA DELIBERATIVA E AS CONDIÇÕES DEMOCRÁTICAS DE DELIBERAÇÃO

Quando da existência de um desacordo moral razoável *exempli gratia* o aborto, mais especificamente do tipo normativo, é desejável que haja a abertura política para que o

posicionamento não restritivo e pró escolha possa se fazer valer e, para tal, imprescindível torna-se que os adeptos a referida ideologia sejam ouvidos quando da tomada de decisões.

De forma ampla, o conceito fundamental de democracia é a expressão da vontade majoritária de um determinado grupo, sendo assim em um sistema político democrático seus líderes são aqueles que exercem suas funções a partir da premissa que em uma decisão coletiva suas investidas nos cargos representam melhor a conjectura social dela. Por outro lado, a teoria política contemporânea reconhece as limitações desse conceito clássico que muitas vezes exclui suas minorias e pode promover a falta de debate em diversas tomadas de decisão.

A filosofia política contemporânea defende que a democracia se consolida em ambientes com debates horizontais que promovem uma ampla concordância entre seus grupos e indivíduos, visto que, a falta de questionamento das normas sociais fortalece condutas preconceituosas estabelecidas como padrão, os debates políticos devem estar em constante evolução na busca de assegurar direitos fundamentais para a dignidade coletiva e individual.

Outrossim, ceder espaço para pautas minoritárias promove a visualização, a discussão e novas perspectivas sobre lacunas enormes em nossa sociedade, de modo a denunciar injustiças, crimes de ódio, abusos de poder e a escassez de direitos humanos. Nesse viés, uma minoria sem voz é uma minoria sem perspectiva de mudança de realidade e construção de um futuro igualitário.

De acordo com Kutz (1993, p 1029), “somente quando ignoramos o argumento do céptico e aceitamos reivindicações de soluções unívocas, arriscamos perder de vista o ideal do Estado de Direito”, contribuindo com o entendimento da importância da democracia deliberativa.

Desde Aristóteles, considerado o pioneiro a discorrer sobre a democracia deliberativa no ramo da filosofia, diversos autores e teóricos vêm interpretando-o e produzindo intelectualmente a respeito do tema e suas implicações.

John Stuart Mill, por exemplo, argumentou que a verdadeira democracia é a que todos os indivíduos e grupos encontram expressão política e não se basta naqueles que detêm o controle majoritário do poder.

Na era contemporânea, a democracia deliberativa foi abordada por diversos autores, entre eles, Jurgen Habermas, Cláudio Pereira de Souza Neto, Dennis Thompson, Joshua Cohen, Jon Elster, Amy Gutmann, Jon Dryzek e Carlos Santiago Nino. Destaca-se como fundamental para a construção do conceito de democracia deliberativa a livre discussão de ideias de Stuart Mill (1981, p. 4) “Não é apenas um simples compromisso, mas algo maior, que [...] possa ser adotado tanto por um Liberal como por um Conservador, sem que tenha que renunciar aquilo

que ele acredita ter algum valor [...]”, dessa forma a democracia pode representar uma intersecção entres ideologias políticas e a forma de deliberação das mesmas.

Em síntese, a democracia deve ser tratada com a análise de sua complexidade e pluralidade de interesses presentes em uma coletividade de opiniões e contextos. Torna-se fundamental a existência de um arranjo institucional que possibilite uma democracia dinâmica que fortaleça a deliberação democrática em suas diversas circunstâncias.

2.4 DESACORDO MORAL NA PRÁTICA: COMO O ESTADO DEVE SE POSICIONAR E TEM SE POSICIONADO

Por todo o escopo teórico analisado até agora, há de ser respondida a seguinte pergunta: como o Estado, ente mantenedor da ordem pública, formado por pessoas com diferentes vivências e com visões de mundo divergentes deve se posicionar e tem se posicionado diante de situações evidentemente características de Desacordos Morais Razoáveis?

É fato que diante de temas tão importantes como aborto, eutanásia, legalização da maconha e outras drogas, entre outros, intimamente ligados à direitos da personalidade, existem uma infinidade de questões individuais que devem ser sopesadas quando da tomada de decisões. O que se pretende deixar claro aqui é que temas controversos como aqueles citados anteriormente transcendem o coletivo e fazem alusão direta à liberdade individual.

Isto, por assim dizer, pode ser sintetizado como o pluralismo de opções existentes na realidade social das grandes metrópoles, fenômenos sociais decorrentes, principalmente, da intensificação do processo de globalização e desenvolvimento de setores primordiais da sociedade como a medicina e a tecnologia ocorridos em sua majoritariamente a partir da década de 50. (SENRA, 2012, p. 6)

Portanto, tendo em vista os fenômenos sociais referidos, surge a necessidade de tutela das escolhas de forma a tornar possível a coexistência destes, conforme muito bem explicado por Márcio Senra:

Uma sociedade plural é aquela em que os indivíduos são livres para escolher entre opções existenciais igualmente válidas e para viver segundo os projetos de vida que elegerem de forma harmônica, sem conflitos, sem cerceamentos e sem sofrer discriminações. (SENRA, 2012, p. 5)

Outra questão de suma importância que deve ser abordada diz respeito ao ideal de não intervencionismo do Estado na esfera individual dos indivíduos. Em que pese o aparelho estatal possuir poder de interferência e, sobretudo de regulação, em questões como propriedade, relações de consumo, trabalho, além de acesso à serviços básicos como saúde, educação,

segurança etc., é sabido que existem no Estado Moderno dispositivos de limitação da sua interferência.

No Brasil, in caso, pode-se ilustrar a aludida limitação aos poderes estatais quando da salvaguarda dos direitos fundamentais, mais especificamente no grupo dos direitos da personalidade. A tutela destes direitos encontra-se espalhada em vários dispositivos do Direito, dentre os quais é possível evocar as cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988.

Além disso, outro aspecto primordial diz respeito ao princípio da autonomia da vontade como algo a ser observado, uma vez que os seres humanos buscam quase primitivamente o instinto de liberdade, a qual no século XXI foi traduzida como direitos fundamentais universais e, em detrimento disto, é que decidiu-se viver em um Estado. O dever do governo é garantir-lhes estes direitos, a liberdade, igualmente para todos, em uma sociedade em que nenhum dos integrantes deve ser subvalorizado, na constituinte brasileira, no artigo 5º, fica clara esta situação de igualdade indispensável.

Mais presente no Código Civil, a autonomia da vontade está intimamente ligada às obrigações que derivam dos acordos celebrados por particulares, mas que trazendo para o aporte teórico desta monografia deve ser interpretada no sentido de que apesar de existirem leis que cominam obrigações, os contratos formulados no âmbito do direito civilista adquirem força de lei, elucidando assim a força da vontade dos particulares.

A doutrinadora Maria Helena Diniz, dotada de expertise na área Cível, discorreu sobre este princípio enquadrando-o como “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.” (2011, p. 40)

O que se pretende com esse aporte é demonstrar que o Estado deve adotar uma postura permissiva em situações como as aqui tratadas, pois tratando-se de duas posições constitucionalmente escoradas e que denotem defesa racional como o caso dos direitos da personalidade, faz-se necessário que o Estado faça valer o princípio da autonomia da vontade, dessa forma respeitando a liberdade de faculdade dos indivíduos. A partir disto, estaria também exercendo conceitos mencionados alhures como o ideal da democracia deliberativa em contraponto a uma democracia impositiva.

Nesta contenda, sabe-se que os direitos fundamentais estão dispostos, formalmente falando, nas constituições, se adequando fielmente ao ideal neoconstitucional de necessidade de institucionalização de mecanismos de controle do poder estatal, bem como que a proteção destes direitos na prática está nas mãos do poder judiciário, mais intimamente ligados aos Tribunais Constitucionais, cortes estas que têm a atribuição de fazer valer e interpretar as

disposições constitucionais. No Brasil, em um viés de funcionamento e estrutura do poder judiciário, é sabido que a corte responsável pela aplicação do texto constitucional e, por conseguinte, dos mandamentos dos direitos da personalidade é o Supremo Tribunal Federal.

2.4.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510 de 2008: análise de caso prático – utilização de células tronco para fins terapêuticos e científicos

Para tanto, cita-se como caso prático de julgamento de um Desacordo Moral Razoável a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510 de 2008. Uma ADI tem como principal objetivo declarar a total ou parcial inconstitucionalidade de uma lei, no caso a Lei 11.105 de 24 de março de 2005, intitulada pelos especialistas de “Lei de Biossegurança”, sancionada com sete vetos pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva e acabou revogando a lei anterior sobre o tema de 1995.

A referida lei regulamenta, dentre outras, a disposição de materiais genéticos como células-tronco extraídas de embriões humanos frutos de fertilização *in vitro* para fins acadêmicos e terapêuticos, desde que observado o rol de restrições do artigo específico. Vale lembrar que os estudos acerca do material genético alvo poderiam culminar na cura de diversas enfermidades que assolam a sociedade, a exemplo do câncer.

O ponto principal em debate no texto da Lei encontra-se disposto no seu artigo 5º, *in verbis*:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Sabe-se que as pesquisas nacionais em torno da técnica de reprodução assistida principiaram nos anos 70 procedendo do primeiro feto concebido fora do corpo feminino na Inglaterra. O referido avanço científico, no entanto, desencadeou diversos questionamentos de ordem ética, religiosa, moral, científica, jurídica etc. Deixando, em apertada síntese, a seguinte

indagação: que fim dar aos embriões fecundados durante o tratamento e que não foram utilizados?

Pois bem, no Brasil a teoria de início da personalidade adotada é a Natalista, a qual ensina que a personalidade da pessoa está condicionada ao nascimento com vida, entretanto a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. Portanto, em que pese o não nascido possuir apenas a potencialidade de vida e ter direitos taxativos encontrados no código civil, só poderá gozar destes se nascer com vida, ainda que por poucos segundos após o parto. Ou seja, significa dizer que antes de ver a luz do dia o feto não tem personalidade jurídica, tampouco capacidade de direito. A partir da adoção desta teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro, vê-se um cenário favorável procedência da Adin 3.510.

Outro ponto presente nas razões da Ação Direta de Inconstitucionalidade em discussão é a influência da religião no tema, quando o catolicismo condena a disponibilização dos embriões para estudos porque na sua visão de mundo trata-se de um atentado contra a vida, este é entendimento da figura mais importante da religião na época, o Papa Bento 16, que considerou a manipulação de embriões um ato contrário ao “amor humano”. (SALDANHA, BRUM, 2015, p. 1)

Por outro lado, há a posição positiva, qual seja o bem maior que pesquisas com embriões demonstrariam, com exponencial potencial, sobretudo pela sua aptidão a proliferação e auto renovação. De plano, nos primórdios dos estudos com células tronco havia a promessa de descobertas de como vencer o envelhecimento, pois confia-se às células uma fonte inesgotável de tecidos para transplantes. Outra funcionalidade do material diz respeito a sua capacidade de transformação em diferentes tipos de estruturas como ossos, sangue, nervos e músculos. (ZORZANELLI, 2017, p. 130).

O autor da ação, então Procurador Geral da República Dr. Cláudio Lemos Fonteles, parte legítima para a propositura desta, impugnou o artigo 5º da Lei de Biossegurança em sua totalidade, sob o fundamento, entre outras razões, de que iria de encontro a “inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”.

Na mesma discussão judicial, representando o ideal de uma maximização da participação dos particulares em decisões que impactam o sistema como um todo, houve a intervenção, na modalidade *amicus curiae* de entidades da sociedade civil como Conectas Direitos Humanos; Centro De Direito Humanos - CDH; Movimento Em Prol Da Vida - MOVITAE; Instituto De Bioética, Direitos Humanos E Gênero - ANIS, Além Da Confederação Nacional Dos Bispos Do Brasil – CNBB. Sob o mesmo guarda-chuva democrático, somado a

necessidade de uma razoabilidade na discussão quando da oitiva de intelectuais dotados de expertise sobre o tema, também se procederam audiências públicas.

O Relator da ação, Senhor Ministro Ayres Britto, votou no sentido de declarar improcedente a ação, mesmo voto seguido fielmente pelo Senhor Ministro Celso de Mello, citando no seu voto uma infinidade de doenças que seriam beneficiadas pela pesquisa com células tronco. No mais, discutiu o início da vida em termos jurídicos, concluindo que “vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte.”

Ato contínuo, o Magistrado argumentou no sentido de que a vida de um embrião in vitro, ou seja, mantido fora do corpo da mulher, é insuscetível a progressão reprodutiva, em outras palavras, não há potencialidade de vida naquele material genético. Na mesma toada, discorreu sob questões sociais como o livre planejamento familiar e levantou a seguinte indagação: diante da legalidade da reprodução assistida, fica o casal obrigado a utilizar todos os embriões decorrentes desta? Neste sentido defende que não em homenagem aos princípios da paternidade responsável e a liberdade de escolha do casal. Ademais, pincelou assuntos como a ausência de sistema nervoso do embrião, dentre outros. Voto seguido pelo Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Raciocínio similar foi o Senhora Ministra Ellen Gracie, Presidente do Superior Tribunal Federal à época, seguiu os termos do voto do relator, acrescentando que “o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento - o útero - não se classifica como pessoa”, bem como que diante do lapso temporal e impossibilidade, requisitos para a disponibilização dos embriões para os fins discutidos na lide, cominados nos incisos do artigo 5º, qual seja, 3 anos ou no caso da inviabilidade, estes estariam fadados ao descarte e, por isso, distanciando-se da alegação de violação do direito à vida. Não diferente foi o voto proferido pela Senhora Ministra Carmen Lúcia e o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Por sua vez, o Ministro Menezes Direito entendeu pela parcial procedência da ação para declarar a parcial inconstitucionalidade do artigo 5º, caput, acrescentando ao mesmo o entendimento de que as células tronco sejam obtidas sem a destruição do embrião; a excepcionalidade da técnica de reprodução condicionando o seu emprego quando da impossibilidade de outras; a estipulação do limite de 4 óvulos por ciclo; e demais ressalvas. Inobstante, deve ser acrescentado ao inciso II do caput e § 1º a necessidade do consentimento prévio dos genitores, informativo, por escrito e expresso. Entendimento similar foi o dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cezar Peluso.

O senhor Ministro Carlos Britto, parafraseou o vencedor do prêmio Nobel da medicina alegando:

o que se chama de destruição do embrião não é senão, em verdade, o resgate de uma perspectiva de vida em uma terceira pessoa, dentro de uma filosofia rigorosamente fraternal ou solidária. Se aquele embrião não tem a menor chance de entrar no útero feminino - não é redundante dizer isso -, que ele seja aproveitado para outros fins de terapia e assim servir à humanidade.

Por fim, a maioria entendeu pela improcedência da ação, declarando a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105 de 2005.

Em síntese a Ação Direta de Inconstitucionalidade representa um Desacordo Moral Razoável porque preenche todos os requisitos tratados neste capítulo, em especial porque ilustra explicitamente duas posições antagônicas defensáveis e constitucionalmente amparadas: de um lado a proteção à vida como um princípio considerado absoluto pelos seus defensores e de outro o respeito à liberdade de decisão por parte dos genitores somada aos benefícios que a utilização dos embriões excedentários para fins de pesquisa e terapêuticos trariam em homenagem aos princípios do direito à saúde e liberdade de expressão científica. Talvez a pergunta central do Desacordo em apreço seja se os embriões devem ser considerados vidas humanas ou se ainda não atingiram tal estado.

Outra consideração sobre o caso em apreço é que houve a adoção por parte da Suprema Corte de Justiça da postura esperada em um Estado Democrático de Direito: a não imposição de uma conduta externa imperativa, simplificando, o Estado permitiu que aqueles casais que desejam dispor dos seus embriões subjacentes o façam de maneira livre. Portanto, não fez ofensa ao princípio da autonomia da vontade.

2.4.2 Contramajoritariedade dos desacordos morais razoáveis

Por fim, mas não menos importante, o presente julgamento também traz à baila uma característica intrínseca dos Desacordos Morais Razoáveis, o caráter contra majoritário. Isto porque, em que pese o Brasil seja um Estado Laico, é mais que evidente a influência da Teleologia em julgamentos como estes, especialmente que vão de encontro a um dos dogmas mais basilares do catolicismo: a proteção ao direito à vida no sentido mais divino possível. Mesmo assim, a decisão formada pela maioria dos Ministros contrariou os costumes católicos ao permitir a utilização dos embriões.

Traduzindo em dados o que foi dito no parágrafo anterior, em uma pesquisa noticiada no G1, site da Rede Globo realizada em meados de 2020, constatou-se que 50% da população

Brasileira se declarou adepta ao Catolicismo, em segundo lugar encontra-se o Evangelho com 31% e, por último, 10% não possui religião definida. Ainda, dos 50% que responderam adotar o catolicismo como abrigo espiritual, a mesma pesquisa apontou que 38% possui o ensino fundamental completo, 42% concluiu o ensino médio e apenas 20% da amostra possui diploma do ensino superior.

2.4.3 Posicionamento adotado por outras nações quando o tema é a interrupção da gravidez.

Outros países assumiram posições semelhantes em julgamentos considerados desacordos morais razoáveis que versavam sobre a legalização do aborto. A maioria destas nações encontram-se situadas no continente Europeu, onde 95% autorizam o ato em detrimento da saúde da genitora e aproximadamente 80% exigem apenas a manifestação de vontade da mulher. (CAMARGO, 2018, p. 22)

Vale dizer que nestes casos o Desacordo Moral Razoável é levemente diferente do que no caso anterior quando a pergunta caracterizadora deste é: a partir de que momento o feto é considerado pessoa e, conseqüentemente, a partir de que estágio da gravidez a interrupção estaria autorizada?

Inglaterra, Escócia e País de Gales passaram a admitir a interrupção voluntária da gravidez com uma lei promulgada em 1967 denominada *Abortion Act*, a qual exclui a punibilidade da gestante desde que o procedimento seja realizado até a vigésima quarta semana de gestação (aproximadamente 5 meses e meio). O referido dispositivo legal serviu de inspiração para outros governos como Índia e Zâmbia na década de 70 e Botswana, Guiana e África do Sul, todos nos anos 90. Inclusive, o texto legal britânico passou pelo crivo da Comissão Europeia de Direitos Humanos e obteve aprovação sob o fundamento que não contrariava a Convenção Continental. (CAMARGO, 2018, p. 22)

Por sua vez, a França em 1975 adotou posicionamento similar, seguido da Itália na mesma década, desde que o nascituro tivesse até 90 dias ou que a gestação oferecesse risco à mulher. A Espanha descriminalizou o aborto em 1985 desde que respeitadas três condições, mais adiante, em 2010, ampliou as possibilidades. Exemplo seguido por Portugal em com lei publicada em 2007. (CAMARGO, 2018, p. 23)

Fora do continente Europeu, pode-se citar o Canadá como nação que adotou o viés não impositivo estatal ao, em um primeiro momento extinguir a punibilidade da interrupção voluntária da gravidez quando observadas determinadas condições e, posteriormente, como

consequência do caso *R v. Morgentaler*, decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivos que proibissem a decisão de pôr fim a gravidez em homenagem aos direitos fundamentais da mulher. (CAMARGO, 2018, p. 26)

Nesse precedente, o chief justice Brian Dickson, utilizando expressamente o princípio da proporcionalidade, chegou à conclusão de que as leis que limitavam a possibilidade da realização do aborto pela mulher não passaria nos três testes da proporcionalidade, apesar de passar no teste da legitimidade dos fins, uma vez que o objetivo do legislador em tentar harmonizar os interesses concorrentes seria legítimo e relevante. Atualmente, o Canadá não possui leis federais que regulam ou restringem o acesso ao aborto. Na ausência de legislação federal, as políticas nas diferentes províncias e territórios canadenses variam enormemente, principalmente em relação à forma de acesso e ao financiamento da prática do ato. No entanto, todas as legislações possuem um ponto em comum: regem o aborto como um serviço de saúde pública (CAMARGO, 2018, p. 26)

Em oposição ao viés liberalizante, há também os países que optaram por decidir em favor de uma posição, como o Brasil que autoriza o aborto somente em situações restritas, matéria que será abordada de forma profunda no terceiro capítulo desta monografia.

Dentre estes países estão Irlanda, que reconhece que a mesma proteção conferida ao não nascido deve ser conferida à mãe de forma igualitária, apesar de não vedar especificamente a prática, quando se trata de possibilitar o procedimento no interior do Estado as autoridades irlandesas não parecem muito favoráveis, tanto é que a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou-os por levar uma cidadã irlandesa à abortar de maneira clandestina em detrimento da dura legislação nacional. (CAMARGO, 2018, p. 32)

Apesar de ficar evidente que haja, com o passar dos anos, uma tendência a abertura das possibilidades de autorização da interrupção da gravidez, talvez pelo avanço da medicina e afastamento de antigas crenças religiosas enraizadas na sociedade, o que se observou na Polônia foi justamente o contrário. O país tinha uma lei que autorizava o aborto desde 1956, entretanto em 1993 a prática foi proibida, autorizando-a somente em casos excepcionais. Inobstante, em que pese tenha ocorrido a publicação em 1996 de um texto legal de majoração das hipóteses autorizadoras do aborto o qual incluía “circunstâncias sociais” no escopo permissivo, no ano seguinte a Corte Constitucional Polonesa entendeu pela inconstitucionalidade da norma, tendo em vista que o país segue a teoria concepionalista de início da personalidade. (CAMARGO, 2018, p. 32)

2.4.4 Recurso Extraordinário n. 845779: análise de caso prático – utilização de banheiros públicos por transexuais e o porquê não pode ser considerado um desacordo moral razoável.

Outro caso que merece ser abordado aqui, mas desta vez do que não seria um desacordo moral razoável presente na sociedade, está representado no Recurso Extraordinário n. 845779 do Supremo Tribunal Federal cuja temática central é um fato ocorrido em 8 de agosto de 2008 no interior de um shopping center de Florianópolis, capital do estado de Santa Catarina, em que uma mulher transexual¹ foi alvo de preconceito ao tentar utilizar o banheiro feminino. Segundo a própria vítima, os funcionários do estabelecimento a trataram grosseiramente e expulsaram-na sob a escusa de que sua presença seria um constrangimento para os demais usuários do espaço.

Em não sendo o bastante, em detrimento do ocorrido a mulher ficou tão nervosa a ponto de não conseguir evitar as suas necessidades fisiológicas e procedeu o ato nas próprias roupas na mira de todo o público ali presente. Por fim, relatou que teve que utilizar-se do transporte coletivo para voltar para a sua residência, sendo assim exposta a mais uma situação vexatória.

Desta feita, a vítima não viu outra saída a não ser ingressar com ação judicial em face do Shopping Center requerendo indenização pelos danos morais sofridos. A referida demanda foi julgada procedente pelo juiz de primeiro grau, decisão reformada pela terceira câmara de direito civil do tribunal de justiça de Santa Catarina, negando, da mesma forma, o prosseguimento ao Recurso Extraordinário interposto pela parte autora. Agravada a última decisão, a lide passou a ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal. Tão importante é a importância do assunto que se tornou matéria de repercussão geral n. 778 na Suprema Corte, de relatoria do Ministro Roberto Barroso.

No entanto, o caso narrado não pode ser exemplificado como um Desacordo Moral Razoável porque não há duas posições racionalmente defensáveis e de igual maneira amparadas constitucionalmente, mas sim apenas uma posição: a de proteção ao tratamento das pessoas transexuais conforme a sua identidade de gênero, este foi o fundamento do voto do Relator Luís

¹ O termo trans é utilizado para se referir ao indivíduo que não se identifica com o gênero ao qual foi designado em seu nascimento. Ao nascer os gêneros são determinados pelo sexo do feto. Assim, uma pessoa que nasce com um pênis é considerada como um homem e uma pessoa que nasce com uma vagina, como uma mulher. Contudo, algumas pessoas percebem que se identificam com outro gênero e passam a viver como assim desejam e se sentem melhor consigo mesmas. Dessa forma, utiliza-se “mulher trans” ou “pessoa transfeminina” para se referir a alguém que foi designado homem, mas se entende como uma figura feminina.

Roberto Barroso, fazendo-se valer dos estudos de Nancy Fraser, pegando emprestada a sua teoria de que a igualdade se expressa em três dimensões: formal, material e de reconhecimento.

Outrossim, o Relator disserta que seriam três os fundamentos jurídicos aptos a justificar tratamento de pessoas transexuais nos ditames da sua identidade de gênero. Em primeiro plano, o direito à igualdade como valor indissociável à dignidade da pessoa humana. Em segundo plano, a autonomia para cada pessoa viver conforme quem realmente seja e, por último, o princípio democrático da proteção às minorias. Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Edson Fachin foi ao encontro do voto do Ministro anterior. Entretanto, o caso encontra-se parado desde meados de 2015 em razão do pedido de vista feito pelo Senhor Ministro Luiz Fux.

Ante o exposto, demonstrou-se neste capítulo aspectos que permeiam os Desacordos Morais Razoáveis e como os países devem e têm se posicionado diante de uma questão polêmica que admite duas respostas antagônicas e constitucionalmente amparadas, citando situações reais de aplicação. No capítulo seguinte, o enfoque será nos direitos que os Desacordos Morais versam.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Ficou claro no primeiro capítulo que é impossível falar de desacordos morais razoáveis sem mencionar os direitos da personalidade, que embora sejam por demasiadas vezes correlacionados aos direitos fundamentais, é necessário que haja uma distinção entre os dois conceitos. Para tanto na primeira parte deste capítulo far-se-á uma caracterização e diferenciação destes.

Quando se fala em direitos fundamentais, têm-se todo um aparato histórico de conquista destes, um marco a ser aqui traçado é a criação de direitos e garantias fundamentais aptos a permitir a existência digna do ser humano ocorrida em 1789 com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão no contexto da Revolução Francesa. Vale acrescentar que esta foi a primeira vez que direitos de ordem universal foram pensados.

Posteriormente, a Organização das Nações Unidas, seguindo o exemplo do documento anterior, promulgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, sobre esta pode-se afirmar que possuiu maior adesão porque precisava ser seguida por todos os países signatários, ou seja, os direitos humanos são normas de abrangência internacional, que não

obedecem limites fronteiriços e, para tal, baseiam-se em acordos, tratados e declarações e independem de local e tempo.

Sobre o tema, vale dizer que a segunda declaração expressamente dizia “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (ONU, 1948 apud SCHREIBER, 2014, p. 6)

Direitos humanos podem ser sintetizados nas normas que reconhecem e protegem a dignidade de todos os seres humanos em âmbito mundial, sem distinção regional ou qualquer outra. Eles regem o modo como os seres humanos individualmente vivem em sociedade e entre si, bem como sua relação com o Estado e as obrigações que o Estado tem em relação a eles. (UNICEF, 2015)

Por sua vez, com uma singela diferença há os direitos fundamentais, que são assim denominados por estarem dispostos e regradados na Constituição Federal Brasileira, por conseguinte estabelecidos formalmente na abrangência interna do ordenamento jurídico nacional, sua intenção geral é permitir que o cidadão tenha uma existência com um máximo de dignidade e bem-estar possível.

Embora os direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988 sejam fortemente baseados na Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), sua amplitude e sua aplicação na vida da sociedade brasileira se dá de forma completamente diferente. (FACHINI, 2022)

Nas palavras de Paulo Bonavides, os direitos fundamentais passaram a se manifestar na ordem institucional em três gerações que traduzem um processo cumulativo e qualitativo. Na primeira geração, os direitos de liberdade. Na segunda, de igualdade, e na terceira, direitos de solidariedade.

Os direitos enquadrados na primeira geração são os que primeiro constaram nos textos normativos constitucionais e possuem como característica importante a valorização da liberdade individual a ser representada pelos direitos civis e políticos, afastando, assim a intervenção do Estado. Dentre estes, há os direitos à vida; igualdade perante a lei; liberdade de expressão; liberdade religiosa; direito de ir e vir; a propriedade; a um julgamento justo e, por fim, ao voto.

Os direitos de segunda geração foram aqueles criados no decorrer do século XX, e compartilham entre si o ideal de igualdade, seja ela econômica, social ou cultural, incumbindo ao Estado o dever de fazê-los valer. A partir desta última característica, é que podemos denominar estes direitos da geração de direitos fundamentais e não mais de direitos humanos

como seriam aqueles de primeira geração. Alguns destes estão dispostos nos artigos 22 a 28 da Declaração Universal e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. São exemplos de direitos pertencentes a segunda geração: “direito de ser empregado em condições justas e favoráveis, direitos à alimentação, moradia, educação e assistência médica, bem como seguridade social e proteção no desemprego”. (FACHINI, 2022)

Por último, mas não menos importante há os direitos de terceira geração, os chamados direitos da comunidade, em outras palavras destinam-se a todos os seres humanos que coexistem. Sabe-se também que estes direitos são classificados como difusos e coletivos, bem como que se fundamentam nas ideologias de fraternidade e solidariedade.

Nas palavras de Roxana Cardoso Brasileiro Borges, os direitos da personalidade seriam aqueles que possuem características inerentes a pessoa humana, cuja tutela principal seria a salvaguarda da dignidade do homem. (Roxana Borges, 2007, p. 14)

De pronto, os direitos fundamentais podem ser definidos como os direitos positivados numa constituição de um determinado Estado, ou seja, estão ligados com o modo como cada país regula a matéria. (FARIAS, EDILSON apud SCHREIBER, ANDERSON, 2014 p. 13)

Para Maria Helena Diniz citando Goffredo Telles Jr., o direito objetivo autoriza a pessoa a defender os atributos da sua personalidade, os quais, nas palavras do autor seriam os direitos subjetivos de cada indivíduo tem de defender o que lhe é próprio. Para os autores a definição de próprio no excerto acima seria a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra etc. (1948, p. 134)

Da mesma forma, sobre a atribuição do caráter subjetivo dos direitos da personalidade, é possível afirmar que estes são *excludendi alios* que significa dizer que se preocupam em exigir dos outros um comportamento negativo, em defesa de um bem inato, por meio da ação judicial. (DINIZ, MARIA HELENA, 2015, p. 135)

Da mesma forma, Carlos Roberto Gonçalves, no seu manual de direito civil discorreu sobre a quem cabe a defesa destes direitos:

Pode-se afirmar que, além do próprio ofendido, quando este sofre o gravame, poderão reclamar a reparação do dano, dentre outros, seus herdeiros, seu cônjuge ou companheira e os membros de sua família a ele ligados afetivamente, provando o nexo de causalidade, o prejuízo e a culpa, quando não se tratar de hipótese de culpa presumida ou de responsabilidade independente de culpa. (GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, 2012, p. 140)

Dito isto, de forma a concluir o raciocínio, têm-se que os direitos da personalidade diferenciam-se dos direitos fundamentais porquanto os primeiros estão positivados no plano infraconstitucional, já os direitos fundamentais podem ser encontrados na constituição federal.

Entretanto, há correntes que dizem que os direitos da personalidade seriam um subgrupo inserido no plano dos direitos fundamentais “não apenas pelo fato de serem direitos decorrentes do princípio maior da dignidade da pessoa humana adotado pela República Federativa do Brasil, mas também porque resultam da mesma proteção à subjetividade do ser humano”. (KUNRATH, 2016).

Sobre a importância dos direitos da personalidade, outro fato notório é a cessão de um capítulo inteiro dedicado a proteção desses direitos no Código Civil de 2002, corroborando com um significativo avanço na sociedade brasileira tendo-se em vista a salvaguarda dos sujeitos em contraposição ao Código Anterior de 1916, o último que denotava em si uma visão predominantemente patrimonialista, no mais há de se observar que o Código Civil de 2002 se aproximou da Constituição Federal de 1988 ao dar destaque ao princípio máximo da dignidade humana.

Feita uma breve conceituação e analisado o aspecto histórico dos direitos fundamentais e direitos da personalidade, discutir-se-á mais a fundo os últimos em tópico separado tendo em vista a suma importância que estes têm no desenvolvimento lógico desta monografia.

3.1 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A percepção jurídica dos direitos a personalidade teve início nas primeiras civilizações humanas, em sua interpretação o ser humano apenas por existir já é detentor de uma série de direitos intransferíveis. Segundo Sarlet (2002, p.44) “Na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão, encontram-se as origens dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens”.

Feita a conceituação do que seriam os direitos da personalidade linhas acima, passa-se a analisar alguns atributos destes. Sabe-se que a doutrina identificou algumas características destes quais sejam a) absolutez; b) intransmissibilidade; c) Indisponibilidade; d) irrenunciabilidade; e) ilimitados; f) imprescritibilidade; g) impenhorabilidade e h) inexpropriabilidade. (DINIZ, MARIA HELENA, 2015, p. 135)

Absolutos porque são oponíveis perante todos, os famosos “*erga omnes*” da ciência jurídica. São tão relevantes e necessários que impõem a todos um dever de abstenção, de respeito. Sob outro ângulo, tem caráter geral, porque inerente a toda pessoa humana. (GONÇALVES, 2010, p. 186).

Intransmissíveis porque não podem ser transferidos a esfera jurídica de outrem. Não podem os seus titulares deles dispor, transmitindo-os a terceiros, renunciando ao seu uso ou

abandonando-os, pois nascem e se extinguem com eles, dos quais são inseparáveis. Evidentemente ninguém pode desfrutar em nome de outrem bens como a vida, a honra, a liberdade etc. (DINIZ, MARIA HELENA, 2015, p. 135).

Sobre a questão da indisponibilidade pode-se dizer que há uma pequena relativização em situações como o direito de imagem em que ninguém poderá recusar que sua imagem seja estampada no documento nacional de identificação, há também o exemplo da pessoa famosa que comercializa sua imagem. Sendo assim, estes direitos poderão ser estipulados em contrato em situações específicas. (DINIZ, MARIA HELENA, 2015, p. 135).

Quanto a serem tidos como irrenunciáveis, assim são caracterizados por não poderem ultrapassar a esfera de seu titular. Seguindo, estes são impenhoráveis e imprescritíveis porquanto não são extintos seja pelo uso, seja pela inércia da pretensão de defendê-los. (DINIZ, MARIA HELENA, 2015, p. 135).

Na mesma linha de raciocínio, são necessários e inexpropriáveis porque são inatos, adquiridos desde o momento da concepção e isso tem ligação direta com o que será abordado no terceiro capítulo desta monografia ao julgar o momento de início da personalidade e o conflito julgado na ADPF n. 54. Voltando ao assunto, é correto afirmar que não podem estes serem arrancados do titular uma vez que estão intrinsecamente ligados a qualidade de pessoa humana. (DINIZ, MARIA HELENA, 2015, p. 136)

Quanto ao caráter de inexistência de limites, em que pese o artigo 11 do Código Civil descreva “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” é sabido que eles podem ser tidos como ilimitáveis no que diz respeito a quantidade de direitos, ou seja, existe uma infinidade de direitos da personalidade que podem surgir a cada ato ou descoberta feita. Entretanto, há quem diga que estes direitos podem sofrer limitação voluntária desde que esta não seja nem permanente nem geral, é o que ocorre na doação de órgãos. (DINIZ, MARIA HELENA, 2015, p. 136)

Sobre o tema, Carlos Roberto Gonçalves elucida que é ilimitado o número de direitos da personalidade, estipulados no Código Civil, mais especificamente nos arts. 11 a 21, tenha se referido expressamente apenas a alguns destes. Reputa-se tal rol meramente exemplificativo, pois não esgota o seu elenco, visto ser impossível imaginar-se um valor exato nesse campo. (GONÇALVES, 2010, p. 187).

3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Nesta contenda de esmiuçar os direitos da personalidade, é importante expor aqui que a doutrina, especialmente Ricardo Limongi França, os dividiu e classificou em 3 grupos, o direito de defender: 1. A integridade física; 2. A integridade intelectual e 3. A integridade moral.

Inseridos como bens jurídicos no primeiro grupo estão “a vida, o os alimentos, o próprio corpo vivo ou morto, o corpo alheio vivo ou morto, as partes separadas do corpo vivo ou morto” regulamentados no artigo 199, § 4º da Constituição Federal; Lei nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997 que dispõe sobre o transplante de órgãos; Código Civil, arts. 13, 14 e 15; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. (FRANÇA, RICARDO L. apud DINIZ, MARIA HELENA, 2015, p. 138)

Já o segundo grupo de direitos engloba a liberdade de pensamento, a autoria científica, autoria artística e autoria literária (FRANÇA, RICARDO L. apud DINIZ, MARIA HELENA, 2015, p. 138)

Por sua vez, estão contidos no terceiro grupo a liberdade civil, liberdade religiosa, liberdade política e religiosa, a honra, a honorificência, o recato, o segredo pessoal, doméstico e profissional, a imagem e a identidade pessoal, familiar e social. (FRANÇA, RICARDO L. apud DINIZ, MARIA HELENA, 2015, p. 138)

3.3 DIREITOS DA PERSONALIDADE PRESENTES NA ADPF N. 54 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme adiantado linhas acima, considerando que no terceiro capítulo será procedida uma análise da ADPF n. 54 do Supremo Tribunal Federal que versa sobre a interrupção terapêutica do parto em caso de feto diagnosticado com anencefalia, em razão disso, analisar-se-á alguns direitos da personalidade que são tratados no julgamento em questão.

3.3.1 Do direito à vida

Em primeiro lugar, pode-se citar o direito à vida, o qual, sem sombra de dúvidas é o direito mais protegido no ordenamento jurídico pátrio. Este deve ser entendido como o direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

A proteção jurídica da vida humana e da integridade física tem como objetivo primordial a preservação desses bens jurídicos, que são protegidos pela Constituição

Federal (art. 1º, III, e 5º, III), pelo Código Civil (arts. 12 a 15, 186 e 948 a 951) e pelo Código Penal [...]. (GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, 2012, p. 141)

A Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José, de 1969, afirma em seu art. 4º que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida", completando que "esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção" e que "ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente". O Art. 5º, caput, da Constituição Federal Brasileira de 1988 garante a todos o direito à vida "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."

Sobre a importância deste direito, Dalmo de Abreu Dallari (2008, p. 32-33) procedeu as seguintes considerações:

A vida é necessária para que uma pessoa exista. Todos os bens de uma pessoa, o dinheiro e as coisas que ela acumulou, seu prestígio político, seu poder militar, o cargo que ela ocupa, sua importância na sociedade, até mesmo seus direitos, tudo isso deixa de ser importante quando acaba a vida. [...] Por isso pode-se dizer que a vida é o bem principal de qualquer pessoa, é o primeiro valor moral de todos os seres humanos. Não são os homens que criam a vida. [...] A vida não é dada pelos seres humanos, pela sociedade ou pelo governo, e quem não é capaz de dar a vida, não deve ter o direito de tirá-la. É preciso lembrar que a vida é um bem de todas as pessoas, de todas as idades e de todas as partes do mundo. Nenhuma vida humana é diferente de outra, nenhuma vale mais nem vale menos do que outra.

A proteção a vida tem início desde a concepção de acordo com o disposto no artigo 2º do Código Civil, proteção esta que se estende até a morte, por assim dizer a morte conforme disposto no art. 3º da Lei n. 9.434/1997 que dispõe sobre o transplante de órgãos, o padecimento de uma pessoa ocorre quando há morte encefálica uma vez que é possível o coração persista o trabalho de bombeamento do sangue apesar de já não haver mais vida cerebral, impossibilitando, assim, a vida, a interação e a prática de atos comuns do dia a dia. (CUNHA, EVERTON, 2018, p. 1)

Seguindo a linha de raciocínio, necessário é fazer um aporte sobre a questão da proteção à vida e a partir de qual momento o nascituro adquire a personalidade e passa a ser titular destes direitos. Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro adotar a teoria concepionalista como bem expõe o artigo 2º do Código Civil ao proteger os direitos desde a concepção:

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, sendo este um direito de mera situação de potencialidade, de formação. (VENOSA, 2005, p. 153.)

Nesse viés, pode-se entender nascituro o indivíduo que se encontra entre o momento de sua concepção e de seu nascimento, corroborando a essa ideia Lúcio Freitas afirma que:

Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinado as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético [...] aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental. (FREITAS, 2001)

Na constituição brasileira, os direitos da personalidade foram instruídos em 1988, com foco na aplicação da dignidade do ser humano como princípio fundamental da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º garante a inviolabilidade do direito à vida. Entretanto, uma discussão frequente é a determinação de quando se inicia uma personalidade, há alguns autores que defendem que a personalidade tem origem junto com a vida humana, visto que os nascituros têm seus direitos assegurados e por conseguinte possuem personalidade jurídica.

Apesar de ser somente um embrião, que tenha vida intrauterina e natureza humana, com vida no útero da gestante, o nascituro possui alguns direitos garantidos em lei, mesmo sendo ele uma expectativa de vida, o legislador, onde desde sua concepção ele é tratado como ser humano, que se espera em um futuro certo, onde não ocorrerá somente por forças alheia, como aborto ou natimorto. O direito do nascituro é concreto, ele ultrapassa a expectativa de direito, seus direitos provenientes de lei são legítimos [...] No direito pátrio o direito à vida é o mais valioso entre todos, ou seja, superior aos outros, garantidos pela Constituição Federal, cabendo ao Estado assegurá-lo. Tal direito atinge a todos desde a concepção. Diz acarta magna em seu art. 5º caput: “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.” (VARGAS, 2021, p. 26)

Além disso, o Código Civil Brasileiro, art. 1º prevê que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” e dessa forma se faz necessário entender o conceito de pessoa dentro da jurisdição brasileira para fins de personalidade jurídica, para Maria Helena Diniz (1998) “pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direito e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito”.

Segundo Rosenvald (2005) “O nascituro já tem direito pleno da personalidade. A personalidade é um valor: ninguém pode ser meio pessoa.” Sendo assim, pode-se concluir que perante o Código Civil Brasileiro e diversos doutrinadores, o nascituro é detentor de personalidade jurídica.

Quanto à personalidade, essa pode ser conceituada como sendo a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa. Assim, a personalidade pode ser entendida como aquilo que a pessoa é, tanto

no plano corpóreo quanto no social. No Brasil, a personalidade jurídica plena inicia-se com o nascimento com vida, ainda que por poucos instantes; segundo os adeptos da teoria natalista. (TARTUCE, 2017, p. 113)

Assim, de uma forma ampla, a lei preconiza os direitos desde a concepção, sem especificações todos os direitos do nascituro, entre eles: direitos patrimoniais e econômicos, direito de reconhecimento filial, direito a um tutor que zele pelos seus interesses, direito a contemplação por adoção, entre outros (COIMBRA, 2004).

3.3.1.1 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DAS TEORIAS DO INÍCIO DA PERSONALIDADE

No cenário brasileiro o direito da personalidade é discutido por meio de três teorias: Natalista, *Personalio* Condicional e Concepcionalista. Apesar de suas particularidades, cada uma delas tem o mesmo objetivo que é determinar quando um ser humano passa a ter direitos.

A teoria Natalista defende que a personalidade se inicia junto a vida, ou seja, após o nascimento. Segundo César Fiúza (2004, p.117) “o nascituro só adquire personalidade após o nascimento com vida.” nesse sentido, essa teoria não defende os direitos do nascituro, o momento em que um indivíduo passa a ser detentor de seus direitos é posterior a seu nascimento. Corroborando a essa ideia, o autor José Carlos Moreira Alves apresenta o seguinte argumento:

não há, nunca houve, direito do nascituro, mas, simples, puramente, expectativas de direito, que se lhe protegem, se lhe garantem, num efeito preliminar, provisório, numa *Vorwirkung*, porque essa garantia, essa proteção é inerente e é essencial à expectativa do direito. (MOREIRA ALVES, 1997, p. 237)

Em contraponto, a teoria *Personalio* Condicional defende que a personalidade se inicia na concepção sob a condição que o nascituro nasça com vida, ou seja, os direitos do mesmo são assegurados, mas eles podem ou não ter aplicabilidade, seu condicionamento tem caráter suspensivo. De acordo com Galavotti (2007) “defende a tese de que o nascituro possuía direitos sob condição suspensiva, apesar de não ser uma pessoa completamente formada, porém mesmo assim já teria direitos sob uma condição suspensiva que seria o nascimento.” Nesse sentido, o jurista Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 148) menciona: “desde o momento em que o espermatozoide fecundar o óvulo, seja in vitro ou in útero estariam preenchidas todas as condições para se considerar existente um novo ser.”

Por fim, a teoria Concepcionalista argumenta que o direito da personalidade inicia junto ao momento em que há a concepção, dessa forma o nascituro é considerado uma pessoa

dotada de direitos que devem ser assegurados e resguardados, argumentando a favor da teoria Fiúza (2004, p.117) afirma que “a personalidade começa desde a concepção da vida no útero materno.”

parece-nos que a razão está com a teoria concepcionista, uma vez que o Código Civil resguarda desde a concepção os direitos do nascituro e, além disso, no art. 1597, IV, presume concebido na constância do casamento o filho havido, a qualquer tempo, quando se tratar de embrião excedente, decorrente de concepção artificial homóloga. Com isso, protegidos estão os direitos da personalidade do embrião, fertilizado in vitro, e do nascituro. (DINIZ, 1993, pg. 36.)

Entre as teorias apresentadas, a teoria Concepcionalista é a mais aceita dentro da legislação brasileira que garante os direitos do nascituro desde sua concepção, a Constituição Federal de 1988 em sua Lei Maior do inciso XXXVIII do artigo 5º tutela os direitos do nascituro e confere personalidade jurídica ao mesmo.

3.3.2 Do direito à livre disposição do próprio corpo

O direito em questão, também chamado pela doutrina de direito à integridade física está intimamente atrelado ao direito à vida supracitado, mas de certa forma se diferencia do último porque preocupa-se com ou com a totalidade do corpo na existência física totalidade, “quer em relação a tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização, quer ainda ao direito de alguém submeter-se ou não a exame e tratamento médico.” (GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, 2012, p. 140)

Este direito pode ser exemplificado como o ato de fazer tatuagens, colocar *piercings* e, em suma, aponta para uma liberdade do indivíduo em usar do seu próprio corpo, entretanto não há uma liberalidade inviolável, sabe-se que até este princípio é regulado pelo ordenamento jurídico quando o *caput* artigo 13º do Código Civil condiciona o direito debatido a não diminuição permanente da integridade física ou a ato que não contrarie os bons costumes, este último pressuposto extremamente subjetivo.

Um tema bastante discutido e que possui relação direta com o direito analisado é o transplante e a disposição de órgãos. O art. 9º e parágrafos da Lei n. 9.434/97, regulamentada pelo Decreto n. 2.268, de 30 de junho de 1997, os quais aprovam à pessoa juridicamente capaz a disposição, desde que gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo vivo, destinando estas partes a fins terapêuticos ou transplantes, com ressalvas uma vez que o ato não pode representar risco para a sua integridade física e mental, tampouco causar mutilação ou deformação inaceitável. E diga-se mais, só é autorizada a doação em caso de órgãos duplos a exemplo dos

rins, partes suscetíveis de regeneração de órgão, representados pelo fígado, ou tecido (pele, medula óssea), cuja retirada não diminua o organismo do doador, nem lhe provoque mutilação ou deformação. (GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, 2012, p. 140)

Por sua vez, o artigo 14 e parágrafo único do Código Civil preocupam-se com a doação em momento posterior a morte, a qual está condicionada, conforme explicado alhures, à morte encefálica e ao doador é necessário que tenha exprimido em vida seu desejo de doar, ainda há que se lembrar que igual à hipótese anterior é necessário que o fim a que se destine o órgão doado seja científico ou terapêutico. Ademais, o titular do direito, *in casu*, o dono do próprio corpo tem o direito de, a qualquer tempo, revogar livremente esse desejo. (GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, 2012, p. 140)

Sobre o último trecho do parágrafo anterior, antes do advento da Lei n. 10.211 de 23 de março de 2001, existia a presunção de que toda a pessoa seria doadora potencial. O que se quer dizer com isso é que antes do referido dispositivo legal bastava que um familiar autorizasse o procedimento de retirada de órgãos para que a ação se concretizasse. Hoje, os familiares só são considerados na hipótese de silêncio do doador em vida. Toda esta mudança histórica foi iniciada pelo Enunciado 277 da IV Jornada de Direito Civil que determinou que deve prevalecer a manifestação expressa do doador sobre a vontade dos familiares.

Outro aspecto deste direito é a cirurgia de redesignação sexual, temática abordada no primeiro capítulo em que uma mulher transsexual foi exposta situação vexatória em um shopping da capital catarinense. O procedimento está correlacionado ao art. 13 do código civil, quando este, excluindo-se o termo “bons costumes”, permite o ato, sobretudo havendo a resolução n. 1.482 do Conselho Federal de Medicina que afastou o caráter de ilicitude das cirurgias de redesignação ao autorizá-las. No mais, a Constituição Federal em seu art. 5º, X expressa o fundamento legal para a mudança do sexo jurídico.

Anderson Schreiber, por exemplo, reconhece que o direito ao próprio corpo sofreu por muito tempo influência religiosa, mas que hoje em dia essa subversão vem se desconstruindo e recolocando este direito personalíssimo na esfera da autonomia privada. Nas obras do autor este é um pensamento comum ao passo que ele demonstra preocupação com a intervenção de terceiros em direitos da personalidade.

Para demonstrar mais precisamente esta afirmação, cita-se sua opinião sobre o modo como os juristas trataram o direito ao próprio corpo no código civil de 2002 quando Schreiber diz que a codificação veio cuidar tão somente da relação entre a proteção ao corpo e a vontade do seu titular, determinando as hipóteses em que o indivíduo poderia dispor do seu corpo. Segundo ele, trata-se de uma abordagem restritiva porque a tutela deste direito em discussão

transcende os atos de disposição do corpo, excluindo assim a intervenção do Estado ou de terceiros. (SCHEREIBER, 2014, p. 33)

3.3.3 Do direito intimidade e a vida privada

Segundo Anderson Schreiber, em comparação aos outros direitos aqui descritos este demonstra uma evolução mais recente, traduzida no momento em que procurou-se abandonar a noção de que este direito estaria associado a propriedade. Ensina que em uma sociedade moderna caracterizada pelo constante intercâmbio de informações, este direito deve sofrer uma mutação e abandonar o conceito ligado a propriedade e procurar abarcar também o direito dos indivíduos sobre o controle dos seus dados pessoais. (SCHEREIBER, 2014, p. 137-138)

A proteção à intimidade e à vida privada como direitos fundamentais nada mais é que a tutela repressiva de atos que atentem contra a privacidade da pessoa. De forma correta estão respaldados no art. 21 do Código Civil “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” e art. 5º, X da Constituição Federal, os quais, em suma, asseguram o direito a reparação àqueles que sofrem violação, seja no espaço físico da sua residência, seja na intimidade da família, seja na correspondência etc., E diga-se mais, a privacidade vem se tornando um momento cada vez mais raro com o advento das novas tecnologias.

Segundo olhares filosóficos, a doutrinadora Zavala de Gonzáles explana que “a intimidade constitui uma condição essencial do homem que lhe permite viver dentro de si mesmo e projetar-se no mundo exterior a partir dele mesmo, como único ser capaz de dar-se conta de si e de fazer de si o centro do universo”. Sendo assim, resta caracterizada a importância deste direito a necessidade de proteção deste.

Em suma, a intimidade denomina-se como um espaço pessoal maior do que a vida privada que tem relação exclusivamente com a pessoa, de caráter intransponível e impenetrável. Por outro lado, a vida privada possui uma esfera de pessoas com proximidade, parte da pessoa compartilhar assuntos privados com pessoas selecionadas, geralmente familiares e amigos, dessa forma não possui caráter exclusivamente pessoal.

Dessa forma, a jurisdição assegura que a intimidade não tenha interferência pública ou privada, promove a proteção do direito individual da intimidade. Já no direito a vida privada cabe a jurisdição interferir o conhecimento público de assunto de esfera familiar e privada,

nesse viés, a proteção do direito à vida privada está em casos como ameaças e investigações indevidas.

3.4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Muito se fala em dignidade da pessoa humana quando se discute os direitos da personalidade, o primeiro conceito do que seria dignidade humana remete à existência do império romano, período histórico no qual o conceito era aplicado apenas àqueles que detinham cargos políticos. (BARROSO, 2013, p. 14) Somente durante o século XX o princípio da dignidade da pessoa humana ocupou lugar de destaque em diversos debates políticos afim de evitar a recorrência dos ocorridos na segunda guerra mundial.

[...] a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais. (AFONSO, 2011, p. 175)

Tratados internacionais como o da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1984) que estabeleceu que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (ONU, 1948) entre outros tratados, pactos, constituições e declarações o mundo como um todo buscou a concretização dos direitos a dignidade humana. A Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político (BRASIL, 1988)

O conceito moderno de dignidade humana se ampliou em consequência de três pilares essenciais: (a) religioso, baseado em um conceito judaico-cristão no qual os seres humanos foram feitos à imagem e semelhança de Deus, logo são detentores de dignidade; (b) filosófico, baseado nos estudos do Iluminista Immanuel Kant, de acordo com ele o ser humano possui dignidade uma vez que é capaz de dar fins a si mesmo ao invés de se submeter às suas inclinações (KANT, 1980, p. 74-78); (c) Histórico, após a segunda guerra mundial a concepção de dignidade humana foi moldada a novas necessidades mundiais como citado anteriormente (BARROSO, 2013, p. 14-15).

Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade. A destreza e a diligência no trabalho têm um preço venal; a argúcia de espírito, a imaginação viva e as fantasias têm um preço de sentimento; pelo contrário, a lealdade nas promessas, o bem-querer fundado em princípios (e não no instinto) têm um valor íntimo. A natureza bem como a arte nada contém que à sua falta se possa pôr em seu lugar, pois que o seu valor não reside nos efeitos que delas derivam, na vantagem e utilidade que criam, mas sim nas intenções, isto é, nas máximas da vontade sempre prestes a manifestar-se desta maneira por ações, ainda que o êxito as não favorecesse. [...] Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. (KANT, 1980, p. 78)

Nesse sentido, segundo Kant a “dignidade da humanidade consiste precisamente nesta capacidade de ser legislador universal, se bem que com a condição de estar ao mesmo tempo submetido a essa mesma legislação” (KANT, 1980, p. 85) e, por esse motivo, “a autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 1980, p. 79).

Para Roxana Borges Cardoso, citando Pietro Perlingieri (CARDOSO, 2007, p. 13) a dignidade torna a pessoa como valor no ordenamento jurídico, atribuindo unidade a este. Neste sentido, os direitos personalíssimos são os considerados essenciais à pessoa humana, objetivando a salvaguarda da sua dignidade. Desta feita, no ordenamento jurídico pátrio cada vez mais o conceito de personalidade e dignidade se aproximam.

No entanto, a autora faz um aporte acertado acerca do conteúdo dessa dignidade quando afirma que o conteúdo desta dignidade não é determinado expressamente pelo direito e sofrerá variações quando posta frente a circunstâncias sociais e do próprio sentimento individual que cada um tem sobre si.

Roxana Borges também explana que a dignidade deve ser elevada ao patamar de princípio básico do ordenamento jurídico e esta se correlaciona à noção originária de homenagem à essência do que é ser humano, homenagem para com às características e sentimentos do ser, aptidões estas que separam os seres humanos dos demais animais. (CARDOSO, 2007, p. 15)

4 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 54 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental que será analisada versa explicitamente sobre direitos personalíssimos, portanto não existe melhor julgamento apto a

corroborar o que foi dito no desenvolver desta monografia. Em linhas gerais, uma ADPF está encontra previsão na Lei n. 9.882 de 3 de dezembro de 1999, bem como nos termos artigo 1º, caput, cabe a ela evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do poder público. Já o parágrafo único do mesmo artigo elucida que também caberá a ação quando houver relevância no fundamento da controvérsia constitucional havida em lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, englobando também aqueles anteriores à constituição (MENDES. COELHO. BRANCO, 1208, 2009).

Nesse sentido, ensinam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco:

Vê-se, assim, que a arguição de descumprimento poderá ser utilizada para solver controvérsias constitucionais sobre a constitucionalidade do direito federal, do direito estadual e também do direito municipal. Tal como já observado, a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) poderão ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento. (MENDES. COELHO. BRANCO, 1208, 2009)

Feito um breve apontamento da ordem de eventos que culminou na ação que se analisa aqui passa-se a analisar de fato o que aconteceu e porque a lide merece ser aqui relatada.

4.1 BREVE CONCEITO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A partir de então já é possível retirar da existência da Arguição De Descumprimento de Preceito Fundamental um dos elementos acima discutidos, qual seja o advento de uma controvérsia em torno de um tema relevante da sociedade, qual seja, a discussão em torno de dois direitos fundamentais, de um lado o direito à vida e de outro o direito à livre disposição do próprio corpo, ou melhor, a dignidade da gestante que antes era obrigada a carregar por nove meses de sofrimento um nascituro que sequer possui expectativa de vida.

Os requisitos da referida ação pressupõem hipóteses de cabimento da ADPF, a arguição autônoma na modalidade preventiva cuja temática central é evitar lesão e a repressiva que tem o condão de reparar lesão, sendo assim tem por finalidade evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultado de ato do poder público, por isso trata-se de uma ação típica poder concentrado abstrato proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal independente de qualquer controvérsia cuja pretensão é deduzida mediante um processo constitucional objetivo com a finalidade precípua de proteção aos preceitos ameaçados ou lesados pelo poder público.

Já a arguição do tipo incidental tem como requisito de admissibilidade a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores a constituição. Uma vez contestada em face de um preceito constitucional fundamental, é incidental porque a controvérsia só pode ser aquela apresentada em juízo e a prévia demonstração deste requisito é exigida apenas nesta modalidade, em oposição ao requisito de propositura da arguição autônoma. Esta segunda modalidade representa a ADPF 54.

Isto porque a ADPF foi procedimento legal capaz de levar ao judiciário esta questão de ordem e que a manifestação do STF, interpretando o Código Penal, *in casu* a lei Federal, conforme a Constituição. É também o meio de suprir a lacuna temporal existente na legislação penal dada ao aborto e explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado.

Feita uma breve explanação acerca das chamadas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, passa-se a análise de uma ação específica, a ADPF n. 54 interposta perante o Supremo Tribunal Federal de relatoria do Senhor Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, a qual garantiu a interrupção terapêutica de gestação quando diagnosticado a anencefalia.

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

(ADPF 54, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011).

4.2 HISTÓRIA QUE CULMINOU NA PROPOSITURA DA ADPF N 54

O caso Gabriela Oliveira Cordeiro, traz o relato de uma jovem com 18 (dezoito) anos residente em Teresópolis, no estado do Rio de Janeiro, que obteve do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro permissão para realizar aborto, após os médicos certificarem através de laudo que o feto não tinha cérebro, portanto, não sobreviveria fora do útero. Entretanto, o padre católico Luiz Carlos Lodi da Cruz, à época presidente da Associação Pró-vida impetrou,

posteriormente, em 24/11/2003, perante o Superior Tribunal de Justiça um habeas corpus em favor do feto anencefálico e objetivando a cassação da decisão que autorizou a antecipação terapêutica do parto, desta feita proibindo o procedimento cirúrgico, sob o argumento de que não havia previsão expressa no Código Penal para prática do aborto na hipótese.

Posteriormente, em 26/02/2004, um grupo de defesa do direito de escolha das mulheres denominado Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) impetrou perante o Supremo Tribunal Federal outro habeas corpus em favor da gestante, alegando que a decisão do STJ contrariava a dignidade da mulher grávida e sua autonomia da vontade. Ocorre que o julgamento do feito restou prejudicado, porquanto Gabriela desistira do aborto, concebendo em 28/02/2004 uma criança a quem chamou de “Maria Vida” cujo óbito ocorreu sete minutos depois do parto em detrimento de uma parada cardíaca.

Ato contínuo, a Confederação Nacional dos Profissionais de Saúde, representada pelo constitucionalista Luís Roberto Barroso, em 17/06/2004, ingressou com Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF 54/2004), com o objetivo de obter um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

No que tange à admissibilidade da exordial, os autores delinearão os preceitos fundamentais como aqueles dispostos nos artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana –, 5º, II – princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –, 6º, *caput*, e 196 – direito à saúde –, todos da Constituição Federal de 1988.

Além destes preceitos, a fim de preenchimento do pressuposto de indicação de ato lesivo perpetrado pelo poder público, fundamentaram-se também no conjunto normativo nos artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Ou seja, alegaram que o Poder Público, in caso os juízes e tribunais vinham se baseando nestes artigos do Código Criminal para barrar procedimentos de antecipação terapêutica do parto em casos de fetos anencéfalos,

No mesmo sentido trouxeram à baila o argumento de que a antecipação terapêutica do parto não está no enquadramento do crime de aborto porque visa o futuro, diga-se, é sabido que o feto diagnosticado com a patologia de anencefalia – total ou parcial -, não possui potencial de vida esperançoso do ponto de vista técnico.

Já em relação à capacidade postulatória¹ têm-se que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde equipara-se a uma entidade sindical porquanto é composta de todo tipo de profissionais da área da saúde que fazem o procedimento da antecipação terapêutica diariamente, portanto está inserida nos sujeitos ativos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, mesmos sujeitos da ADPF à luz do artigo 2º da Lei n. 9.882/99.

Ato contínuo, discorre sobre o preenchimento dos três pressupostos concernentes à arguição: a) ameaça ou violação de preceito fundamental; b) ato do Poder Público capaz de provocar a lesão e c) ausência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Mais adiante, o patrono Luís Roberto Barroso argumenta que o pedido final se cinge na inviabilidade ser interpretado o texto constitucional de maneira que resulte no enquadramento do feto anencéfalo como sujeito passivo do crime de aborto tendo em vista que há apenas potencial de vida no nascituro. E para tal utilizou-se das palavras de Nelson Hungria quanto o tema, na obra *Comentários ao Código Penal*:

Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto. (1950, HUNGRIA, apud BARROSO, 2004, p. 3)

4.3 A ANENCEFALIA AOS OLHOS DA MEDICINA.

A partir de então passa-se a uma análise sobre o quadro clínico da anencefalia, percebe-se que a literatura em geral enxerga a doença como um fator impossível para uma vida saudável, veja-se:

Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica. Embora haja relatos esparsos sobre fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno, o prognóstico nessas hipóteses é de sobrevivência de no máximo algumas horas após o parto. Não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa. Aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intra-uterina. (ÂMBITO JURÍDICO, 2013)

A condição pode ser diagnosticada precisamente com 12 semanas de vida por meio de um exame de ultrassom, especialistas ainda indicam a ressonância como exame complementar para visualização de má formação do feto, estágio da gestação que permite a visualização do segmento cefálico do crânio do feto. (CFM, 2012).

Em termos técnicos, pode haver a ausência parcial ou total de partes do tronco central e medula espinhal, ainda estes podem ser malformados. No mais, os fetos serão natimortos ou com breve expectativa de vida, existindo por poucos dias ou semanas. (FALCHEK, 2019.)

A doutrina médica, em termos técnicos, classifica o aborto, em razão de anomalias que seria o caso da anencefalia, como uma Interrupção Seletiva da Gestação (ISG). *In casu*, é

evidente que o feto não possui condições básicas de sobrevivência, diga-se, uma pessoa que apresente tais má formações é incapaz de gozar de uma vida digna.

O diagnóstico deve conter duas fotografias, identificadas e datadas, sendo a primeira com o nascituro em posição sagital e a segunda com a com um retrato do polo cefálico no corte transversal, de maneira a demonstrar a não formação da calota craniana e de parênquima cerebral identificável (CFM, 2012).

4.4 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 54 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A OITIVA DA SOCIEDADE NA TOMADA DA DECISÃO

Voltando à ADPF aqui relatada, como já mencionado anteriormente, a causa de pedir da lide estaria centrada no não enquadramento da interrupção da gravidez de feto diagnosticado com a referida anomalia nas hipóteses do Código Penal, mais especificamente os artigos 124 “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”; 126 “Provocar aborto com o consentimento da gestante”; 128, I “ I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante ;e 128, II “ II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

Além disso, sujeitos declaradamente religiosos como a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, bem como a Católica pelo Direito de Decidir formularam pedidos para participar do julgamento da lide na forma de intervenção de terceiros denominada *amicus curiae*, entretanto o pedido foi indeferido.

O *amicus curiae* é um terceiro interveniente. Assim, para esta figura também se aplica a clássica distinção entre “partes” e “terceiros” de inspiração Chiovendiana: parte é quem pede e em face de quem se pede; terceiros, por exclusão, todos os outros, variando sua qualidade de atuação no plano do processo consoante seja mais ou menos intenso o seu interesse jurídico na intervenção (Saraiva, 2006, p. 3-11 apud Bueno, p. 1)

O que se quer expor com isso é que mesmo com a máxima de que o Brasil é um Estado Laico, uma instituição integralmente religiosa tentou compor o julgamento de uma questão que perfeitamente está inserida no rol de Desacordos Morais Razoáveis.

Dito isto, remete-se à ideia suprarreferida de Rawls, o qual entendia que doutrinas abrangentes e dogmáticas como a religião não poderiam ser consideradas no debate público porque retratam um contexto em que os indivíduos livres e iguais possam aceitar, em outras

palavras, não constituem um caso de razões que indivíduos estranhos a ela, como cidadãos livres e iguais, possam razoavelmente aceitar.

Além de que, apesar da laicidade conferida ao Brasil em 1890 com o Decreto 119-A de 7 de janeiro de 1890 que determinou a separação entre o Poder Público e a Igreja Católica é escancarada a influência da religião sobre os mais diversos setores da sociedade, à exemplo da clássica Bancada evangélica.

Com 181 deputados e 8 senadores, a Frente Parlamentar Evangélica é composta por filiados de 80% dos partidos representados na Câmara - do PL ao PT - e vota mais alinhada às propostas do governo Bolsonaro (PL) do que o conjunto de deputados. (TELES, Levy, 2022)

No entanto, no decorrer do processo o Procurador Geral da República à época, Roberto Gurgel manifestou-se no sentido de fazer uma audiência pública para ouvir aquelas instituições com inclusão da: Associação de Desenvolvimento da Família, Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e, por fim, José Aristodemo Pinotti.

Estas audiências e participação popular demonstram a democracia deliberativa abordada no primeiro capítulo e a consolida em ambientes com debates horizontais e que promovem uma ampla concordância entre seus grupos e indivíduos, sobretudo por pessoas adequadamente instruídas, reflexivas e sinceras umas para com as outras, o que seria algo tido como ideal e desejável na corte máxima de um país, o Supremo Tribunal Federal.

Pedido este acatado pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrendo as audiências em 26 e 28 de agosto, assim como 4 e 16 de setembro de 2008. Nas oportunidades, os Drs. Luiz Antônio Bento e Paulo Silveira Martins Leão Júnior, falaram em nome da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, levantando questões como a existência de humanidade no nascituro independente de má formação, bem como a proteção dos direitos do nascituro, à luz do art. 2º do Código Civil, de acordo com o qual “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. Ou seja, independente da reduzida expectativa de vida ela ainda existiria. No mais, debateram a inalienabilidade da vida e a importância da supremacia deste bem jurídico.

Ato contínuo, o Dr. Carlos Macedo de Oliveira, porta-voz da Igreja Universal do Reino de Deus, revestido de bom senso, asseverou a subsistência do livre arbítrio e que in caso deveria prevalecer o desejo da mulher, tendo-se em vista que a gestante seria a única a suportar as decorrências deste tipo de gestação. Inobstante, ressaltou a diferença entre descriminalização

do fato típico ora debatido e torná-lo obrigatório. Ao proceder de tal maneira, o sacerdote se manteve fiel ao princípio máximo do ordenamento jurídico, qual seja a dignidade da pessoa humana. Da manifestação do Dr. Carlos Macedo de Oliveira também é possível extrair que o direito a vida não é absoluto.

Ou seja, da opinião do Dr. Carlos fica evidenciada o ideal de o Estado, mais especificamente as Cortes responsáveis pelo julgamento de Desacordos Morais Razoáveis podem devem adotar um posicionamento de tolerância e tutela do direito de escolha.

O Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes, por sua vez, concedeu uma visão técnica do tema, discorrendo que a American Medical Association não coaduna com a interpretação de anencefalia como hipótese de morte encefálica, tendo vedado a retirada de órgãos destes fetos para fim de transplantes, nesta toada semelhante a Portaria n. 487 do Ministério da Saúde que condiciona a retirada dos órgãos de fetos diagnósticos com anencefalia ao diagnóstico de parada cardíaca irreversível.

Outra opinião tomada foi a da Dra. Maria José Fontelas Rosado Nunes, Professora da PUCSP, manifestando-se sabiamente que as justificações contrárias à liberdade de opção sexual das mulheres, apesar de denotarem uma corrente laica, científica, consistiriam na expressão de uma doutrina e moral religiosa específica. É aqui que se faz valer o uma espécie de livre disposição do próprio corpo quando a mulher precisa ter o direito de faculdade quando o assunto é o feto sem potencial de vida que carrega.

Já no dia 28 de agosto, o Dr. Roberto Luís D'Ávila do Conselho Federal de Medicina, criticou o ato de levar problemas internos do consultório ao judiciário, acrescentando que o desejo e autonomia dos pais do feto não são considerados ao ponto de que, quando as decisões judiciais atinentes ao tema são prolatadas por diversas vezes após o nascimento e morte do nascituro. Ademais, levantou o ponto de que os profissionais da saúde mesmo sendo favoráveis a decisão final do julgado de não enquadramento da interrupção nas hipóteses de aborto têm medo de realizar o procedimento com medo de serem responsabilizados criminalmente.

Nesta contenda favorável ao procedimento, o Dr. Jorge Andalaft Neto da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, argumentou que, em um panorama geral, as gestantes na situação apresentam inconstância na quantidade de líquido amniótico, hipertensão e diabetes. Como se não bastasse, há ainda de ser mencionado o aumento na incidência de complicações durante e após o parto e consequências psicológicas graves, aumentando em até oito vezes a chance do desenvolvimento do quadro de depressão. Mais uma vez condições estas capazes de exprimir que quando a gestante é forçada a manter o nascituro no interior do seu corpo ao mesmo tempo que enfrenta um quadro clínico a ela prejudicial, dela

é retirada a dignidade. Do depoimento da autoridade, também vale ressaltar que qualquer restrição a direitos da personalidade deve ser vista com desconfiança, é necessária uma forte argumentação e fundamentação jurídica para afastar determinada garantia constitucional. (SILA, EDUARDO, 2020, p. 2)

Por fim, foi dada a palavra a Dra Débora Diniz, Doutora em antropologia e Pós-Doutora em Bioética, na oportunidade representando o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, quando esta debateu uma problemática grave chamando atenção para a verdadeira “experiência de tortura” a que são submetidas as gestantes, além de enfatizar a necessidade de interpretação do quadro à luz da ética privada e que a opção de escolha deve ser protegida pelo Supremo Tribunal Federal. Inobstante, encerrou sabiamente lembrando os presentes que laicidade no Estado brasileiro consiste em reconhecer a neutralidade serve de instrumento de segurança na vida pública e, na questão controvertida, de salvaguarda do direito a saúde e dignidade das mulheres.

No terceiro dia de sessão pública, no dia 4 de setembro, foram ouvidos o então Ministro da Saúde José Gomes Temporão, a jornalista Cláudia Werneck, pós graduada em Comunicação e Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz, a Dra. Ieda Therezinha, Dra. Lia Zanotta Machado, Dra. Cinthia Macedo Specian, Dr. Dernival da Silva Brandão, especialista em ginecologia e obstetrícia e Presidente da Comissão de Ética e Cidadania da Academia Fluminense de Medicina e, por fim, a Dra. Jaqueline Pitanguy, representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, a qual mostrou-se favorável a interrupção no caso de diagnóstico de anencefalia tomando como base o critério de reconhecimento de óbito vislumbrado na Lei n. 9.434 de 4 de fevereiro de 1997.

No mais, a última acrescentou acertadamente que assegurar o direito de livre escolha feminina seria proteger e demonstrar solidariedade à sua dor e ao seu sofrimento. Não sendo o bastante, repudiou a intervenção estatal em questões que dizem respeito à ética privada e à intimidade à exemplo da própria temática discutida nos autos.

No que diz respeito a última sessão pública realizada, manifestaram-se a Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, especialista em ginecologia e obstetrícia, a Dra. Eleonora Menecucci de Oliveira, a Dra Nilcéa Freite, à época Secretária Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República e Presidente do Conselho Nacional de Direitos da Mulher, o Dr. Talvane Martins de Moraes, médico especialista em psiquiatria forense e membro das câmaras Técnicas de Perícia Médica e Medicina Legal do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro e representante da Associação Brasileira de Psiquiatria, o último discorrendo

sobre o drama da interrupção de um feto anencéfalo na realidade vivida nos consultórios e clínicas psiquiátricas, defendendo, assim, a autodeterminação das gestante para decisão e o papel do Estado em assegurar tal garantia.

Ante o exposto, fica evidenciado que o presente julgamento se insere no conceito de desacordo moral normativo porque diz respeito a uma lei ou ato normativo, ou seja, a discussão está pautada na ponderação se deve o Estado decidir a favor de um lado, no caso enquadrar a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses puníveis do crime de aborto ou se ele deve respeitar o direito de escolha e dar margem para os indivíduos tomarem o caminho que bem entenderem, neste caso permitir à gestante escolher pela manutenção ou interrupção da gravidez. De fato, a segunda hipótese foi a o desfecho vislumbrado no julgamento da ADPF em análise.

Findada a audiência, foi aberto prazo para as alegações finais, momento em que a requerente, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde repetiram os termos da inicial ao pugnar o não enquadramento da interrupção terapêutica nas hipóteses do código repressor porquanto deve ser considerada a escassez de vida no feto, equivalendo este ao morto. No mais, defende a interpretação do Direito Penal sob um viés de evolução, devendo subsistir no caso a excludente de ilicitude do artigo 128, inciso I do Código Penal, levando-se em consideração o estado avançado da medicina e da ciência, facilitando o diagnóstico da gestação de risco.

Inobstante, levantou os seguintes direitos fundamentais na defesa do procedimento e respeito a opção de deliberação individual: Dignidade humana, integridade física e moral e o direito fundamental da mulher à saúde.

Nas suas alegações finais, a Advocacia Geral da União, na pessoa do Dr. Evandro Costa da Gama, mostrou sintonia com os pedidos na inicial, reconhecendo, assim, a legitimidade do direito de escolha e fazendo alusão ao discurso do Ministro José Gomes Temporão nas audiências realizadas, assegurando que a aptidão da rede pública de saúde para diagnosticar a anomalia e assistir à mulher, independentemente de sua decisão.

No mesmo sentido foi a manifestação da Procuradora-Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, opinando pelo acolhimento integral dos pedidos formulados na exordial, revestida da expertise trazida pelos especialistas em seus discursos, asseverando a incompatibilidade da anomalia com a vida extrauterina. Bem como, apontou corretamente a inexistência de meios científicos debatidos quando foi promulgado o código penal, na década de 40, ou seja, não seria possível que os juristas, doutrinadores e legisladores contemplassem a anencefalia como excludente de ilicitude.

Ou seja, neste ponto vemos que o Supremo Tribunal Federal, mais específico na pessoa do Ministro Relator Marco Aurélio², o qual agiu nos ditames do que se considera razoável em uma democracia, qual seja, dar voz a todas as doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoavelmente compreensíveis encontradas nas sociedades modernas, por mais que sejam consideradas bloqueadoras de discussão, como o caso da religião e seu âmago essencialmente dogmático. Mesmo diante desse empecilho, como já abordado anteriormente, sabe-se que é necessário considerar os discursos mais polêmicos desde que nos atentamos às condições impostas à consideração destes na tomada de decisão – democracia deliberativa.

4.5 ANÁLISE DO VOTO DOS MINISTROS

O então Senhor Ministro do Supremo Tribunal Federal e Relator da ADPF aqui discutida, Marco Aurélio Mendes Faria de Mello iniciou seu voto com a citação de Padre Antônio Vieira a qual remete a ideia de que o jurista quis passar uma abstração de que o dinamismo perante os aspectos da sociedade, em alusão, novamente, ao teor do primeiro capítulo desta monografia e a inquietação social presente nas sociedades modernas.

Sendo assim, prossegue ressaltando a importância do julgado e mais uma vez faz alusão a elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas. Ilustrou trazendo o número de autorizações para interrupção de gravidez concedidas pelo poder judiciário até aquele momento, no total de 3 mil e correlacionou a incompatibilidade da vida do nascituro com a anomalia, bem como que o Brasil era o quarto país com maior incidência do quadro no mundo.

Asseverou a necessidade de distinção entre conceito de interrupção e a terminologia aborto, concluiu que não há conflito real entre direitos fundamentais no caso em apreço e sim um conflito aparente.

O Ministro entende de maneira diversa ao que foi dito até o momento quando faz uma indagação sobre o enfoque do caso, indicando que este deveria estar centrado na existência de legislação que compila a mulher a prosseguir com a gestação quando há eminente improbabilidade de vida saudável para o feto.

Neste sentido defende que tipificação penal do procedimento é inconstitucional e não deve persistir pelas seguintes razões: (1) o Brasil é um Estado Laico e concede aos cidadãos a liberdade de ação; (2) a escassez de vida em um feto anencéfalo e a gravidade da doença; (3)

² Marco Aurélio Mendes de Farias Mello GOMM, nasceu no Rio de Janeiro no dia 12 de julho de 1946. Foi ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) de 1990 a 2021,[6][7] tendo sido nomeado pelo então presidente da República Fernando Collor de Mello, seu primo.[8][9][10] Foi, também, ministro e presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)[11] e ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

a impossibilidade de vedar o procedimento sob a justificativa de doação de órgãos, uma vez que não deve haver um tratamento utilitarista para o corpo feminino; (4) o direito a vida não é absoluto e a sua proteção comporta diferentes graduações; (5) “direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade”

A integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às mulheres o sentimento de meras “incubadoras” ou, pior, “caixões ambulantes”, na expressão de Débora Diniz (DINIZ, 2008 apud MELLO, 2008, p. 37).

Após as deliberações, votou no sentido de procedência do pedido a fim de declarar inconstitucional a interpretação da antecipação terapêutica do parto segundo as disposições do Código Repressor.

A Ministra Rosa Weber resumiu as pretensões e delimitou a lide, lembrando que trata-se de controle concentrado de constitucionalidade e votou nos seguintes termos: (i) atipicidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia, quanto ao crime de aborto; (ii) vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude; e (iii) ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico. Ao fim, votou:

Enfim, seja do ponto de vista epistemológico, seja por meio de análise histórica, seja a partir da hermenêutica jurídica, e forte ainda nos direitos reprodutivos da mulher, todos os caminhos levam ao reconhecimento da autonomia da gestante para a escolha, em caso de comprovada anencefalia, entre manter a gestação ou interrompê-la. A postura contrária não se mostra, *data venia*, sustentável em qualquer dessas perspectivas, o que enseja a procedência da presente ação de descumprimento de preceito fundamental para dar interpretação conforme aos artigos 124 e 126 do Código Penal, excluindo, por incompatível com a Lei Maior, a interpretação que enquadra a interrupção da gravidez, ou antecipação terapêutica do parto, em caso de comprovada anencefalia, como crime de aborto.

O Ministro Joaquim Barbosa emitiu parecer no qual entendeu a possibilidade de análise do caso por dois ângulos distintos, o primeiro seria a liberdade individual e o segundo relativo aos diferentes graus de tutela penal na vida humana.

Dispôs que a lide se resume na liberdade de opção da mulher em dispor do seu próprio corpo no caso específico de um feto com “absoluta” incapacidade de vida extrauterina independente, segundo ele, gestação fadada ao fracasso. Ato contínuo, expôs dados e frisou a reação dos genitores frente à notícia de anomalia no feto, nas suas palavras ambivalência, culpa, impotência, perda do objeto amado, choque, raiva, tristeza e frustração.

Asseverou que o legislador não se preocupou em conceituar o aborto na elaboração dos tipos penais, mas sim incluiu toda a duração da gravidez na disposição. Nessa seara, acrescentou que a lei não impôs o aborto nas hipóteses excludentes presentes no Código Penal, mas tão somente chancelou a liberdade da mulher de opção.

Seria um contrassenso chancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica.

Por fim, votou também pela procedência dos pedidos contidos na exordial. Em relação ao Ministro Luiz Fux, recém-empossado na corte votou da seguinte maneira:

Assim sendo, senhor Presidente, egrégio plenário, ilustres presentes, que atentaram para uma deliberação tão difícil para todos nós, estou encaminhando a minha votação pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a fim de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 128 do Código Penal, para reconhecer não configurado o crime de aborto nas hipóteses de interrupção voluntária da gravidez de feto anencefálico.

Mesmo veredito atingido pela Ministra Carmen Lúcia, inclusive fazendo-se valer das palavras de John Rawls nos termos do seu extenso voto:

Por tudo isso, senhor Presidente, considero que na democracia a vida impõe respeito, e neste caso há um feto que não tem perspectiva de vida; e outras vidas que dependem da decisão que possa ser tomada livremente por esta família, por esta mulher, por este pai, exatamente no sentido de garantir a continuidade livre de uma vida digna precisam ser relevadas e terem sua dignidade garantida.

Por essas razões, senhor Presidente, voto pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, considerados exatamente os termos do pedido, ou seja, não se considerar crime esta interrupção da gravidez. É como voto Senhor Presidente. E faço a juntada do meu voto.

Em contrapartida, o Ministro Ricardo Lewandowski divergiu dos votos anteriores entendendo que o legislador considerou imputável a antecipação do parto nos casos e rechaçou o argumento de que o código assim o teria feito por ocasião da época em que foi elaborado e a inefetividade da ciência médica incapaz de entender o procedimento.

No mais, discorreu que a interpretação nos moldes da Constituição Federal é preferível a simples declaração de inconstitucionalidade, devendo ser descartada a vontade soberana do legislador. Ou seja, impôs limites ao fenômeno axiológico. E, inobstante, citou alguns projetos de lei em tramitação no congresso que visam incluir a excludente de culpabilidade no texto do código repressor.

O Senhor Ministro Ayres Britto também votou pela procedência da ação em conformidade com o Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello.

Em relação ao Senhor Ministro Gilmar Mendes, têm-se que esse se mostrou cauteloso em seu voto ao indicar a multiplicidade de fatores envolvidos no tema, citou casos anteriores que tratavam sobre o tema e tornou a citar argumentações de laicidade do Estado, tratamento do aborto no direito comparado e a anencefalia em si, concluindo:

Com essas considerações, voto no sentido da procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar interpretação conforme a Constituição, com efeitos aditivos, ao art. 128 do Código Penal, para estabelecer que, além do aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, **“não se pune o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia comprovada por junta médica competente, conforme normas e procedimentos a serem estabelecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)”**.

Para o cumprimento desta decisão, é indispensável que o Ministério da Saúde regulamente adequadamente, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia. Enquanto pendente regulamentação, a anencefalia deverá ser atestada por no mínimo dois laudos diagnósticos, produzidos por médicos distintos, e segundo técnicas de exame atuais e suficientemente seguras.

E em seguida Celso de Mello votou:

Em consequência, dou interpretação conforme à Constituição aos artigos 124, 126, “caput”, e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, para que seja declarada a inconstitucionalidade, com eficácia “erga omnes” e efeito vinculante, de qualquer interpretação que obste a realização voluntária de antecipação terapêutica de parto do feto anencefálico, desde que essa malformação fetal seja diagnosticada e comprovadamente identificada por profissional médico legalmente habilitado, reconhecendo-se à gestante o direito de se submeter a tal procedimento sem necessidade de prévia obtenção de autorização judicial ou de permissão outorgada por qualquer outro órgão do Estado.

O Ministro Cezar Peluso argumentou apontando para uma necessidade de exclusão dos princípios da liberdade e autonomia privada em face a comportamento tipificado como crime, ou seja, o ministro adotou uma visão totalmente legalista do tipo penal, imputando como aborto toda e qualquer interrupção dolosa do curso da vida intrauterina.

Intitula o ato como redução do feto à condição de lixo ou de outra coisa imprestável ou cômoda, desprovendo aquele que a defende da menor consideração ética ou jurídica. Inobstante, fundamenta-se no exemplo de doutrinas como satanismo e culto demoníaco, empregando palavras como “assassinato” e “pena capital”. Exemplo perfeito do tipo de discurso que não se deve ser trazido em um regime de democracia deliberativa. Nestes termos, sem margem de dúvidas o Ministro julgou improcedente a ADPF.

Por toda a argumentação aqui relatada o Tribunal, por maioria, e nos termos do voto do Relator julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012.

Assim, a referida o resultado da ação é nada mais nada menos a conclusão de conceder, frente a duas posições antagônicas constitucionalmente defensáveis o direito de exercício da dignidade da pessoa humana da gestante.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a analisar a aplicação da teoria dos desacordos morais como critério para resolução de conflitos, em especial por ser uma teoria que se preocupa com aspectos de ordem moral e racional que se levada a sério e aplicada corretamente é uma

excelente carta na manga dos operadores do direito no julgamento de hard cases. Para tanto, inicialmente, no primeiro capítulo do estudo abordou-se alguns aspectos que moldam a consciência humana e o que leva um indivíduo ou um grupo de pessoas a pensar do jeito como o fazem em uma representação de como a teoria deve considerá-los. Deixando claro, por exemplo, que sob um aspecto evolutivo seria impossível aplicar o Código Hamurabi nos dias de hoje.

Posteriormente, ainda no mesmo capítulo, a intenção foi de entender quando uma discussão pode ser classificada como um desacordo moral razoável considerando três principais aspectos, quais sejam, que o interlocutor precisa ter em mente que o seu adversário de debate possui barreiras cognitivas como qualquer ser humano, em segundo lugar antes de adentrar em um debate e julgar o interlocutor é preciso que a pessoa reflita se possui informações suficientes sobre tema antes de iniciar as tratativas e, por fim, A deve fazer valer do princípio da caridade para entender as razões pelas quais B adotou o posicionamento que está prestes a defender.

Outrossim, em atenção ao conceito de democracia deliberativa que deve ser um objetivo a ser alcançado em um Estado, ente este que pelo papel que ocupa deve ser o mediador na representação de todas as ideologias, sem a exclusão de nenhuma. Ou seja, mesmo quando da existência de doutrinas morais excludentes, a exemplo da religião, estas devem ser ponderadas no debate público, no entanto com ressalvas porque a conclusão entendida por este subscritor e evidenciada no estudo de caso analisado é que o Estado deve adotar uma postura de garantia do direito de escolha da gestante. Diga-se mais, afirmo que diante de desacordos morais em geral esta deve ser a atitude correta porque além de se revestir de toda uma técnica arranjada de procedimentos e métodos como aqueles explanados no primeiro capítulo, também é uma teoria que contém, em si, o conceito de democracia e de representatividade tão importante quando o assunto são políticas públicas.

No segundo capítulo do trabalho, após a explicação pormenorizada dos direitos da personalidade, a conclusão que fica é que estes direitos têm uma carga histórica extremamente forte de evolução e servem como conceitos basilares de qualquer ordenamento jurídico, apesar de não serem absolutos porque em muitas ocasiões será necessário que um prevaleça sobre outro. Ainda, como aspecto marcante destes direitos está a supremacia da dignidade da pessoa humana porquanto tratar-se de definir o mínimo existencial, ou seja, preserva em sua essência a qualidade do humano ser humano.

Por último mas não menos importante, com o presente estudo feito no terceiro capítulo é possível afirmar que a teoria dos desacordos morais razoáveis é perfeitamente aplicável em casos como o julgamento da ADPF 54, feito este que deve ser observado no julgamento de

questões antagônicas futuras em que há conflito entre duas posições constitucionalmente amparadas.

Outrossim, considerando toda a argumentação levantada nesta monografia este autor que vos subscreve carrega como opinião pessoal o posicionamento favorável a descriminalização do aborto porque o Estado não deve intervir em situações tão íntimas e tão complexas como a maternidade. Sobretudo frente a infinidade de fatores pessoais que levam a opção pelo procedimento.

Ante o exposto, conclui-se que a teoria dos Desacordos Morais Razoáveis é uma solução viável e com técnica suficiente para resoluções de casos em que o Estado deve se posicionar quanto a temas polêmicos que versem sobre direitos personalíssimos. Sobretudo quanto a problemática principal, qual seja a existência no ordenamento jurídico de elementos legais aptos a corroborar ambas as posições. Outrossim, da junção de todos estes elementos não me parece justo que o Estado, instituição revestida de um viés democrático de salvaguarda de todos os ideais e visões de mundo existentes, como assim deve ser, restrinja a opção por determinado direito personalíssimo se a situação em cheque permita que o indivíduo encontre respaldo constitucional de proteção deste direito.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Direito de a pessoa não nascida: o problema do estatuto jurídico do nascituro**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do supremo tribunal federal**. 1a Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2022.

CAVERO, José Martinez De Pisón apud NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997, p. 91

CHAVES, Cristiano. **A aplicação do Direito Civil e os desacordos morais razoáveis**. 2016.

CUPIS, Adriano apud FARIAS, Edilsom Pereira Farias. Op. p. 134

DE MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 224.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

ESMERALDO, Jéssica Souza. **Os direitos do nascituro frente às problemáticas contemporâneas**. 2013.

FREITAS, Joana Teixeira de Mello. O desacordo moral razoável na sociedade plural do estado democrático de direito. Revista USCS, São Caetano do Sul, ano X, n. 17, p. 39-51, jul/dez, 2009. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/14191315/revista-uscs>. Acesso em ago. 2022.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

McMAHON, Christopher. **Reasonable Disagreement: A Theory of Political Morality**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio

MÁRTIRES COELHO, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000.

SANTOS, Carlos Alexandre Nunes dos. **Perspectivas jurídicas quanto ao momento da aquisição da personalidade jurídica pelo nascituro**. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 1º, III. In: CANOTILHO, José Joaquim G. et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. **A quebra do sigilo bancário e o fisco**. Palestra proferida em 02/08/2001, no Ciclo de Palestras Jurídicas, promovido pelo UNIBANCO e FEBRABAN. São Paulo.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

SILVA, Wildemar Felix Assunção e. **O princípio da moralidade política segundo Ronald Dworkin e o processo de impeachment: o caso de Dilma Rousseff**. – São Leopoldo, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017

VALLIER, Kevin. The Why and How of Reasonable Disagreement. Niskanen Center, April, 2017. Disponível em: <https://www.niskanencenter.org/the-why-and-how-of-reasonable-disagreement/>. Acesso em ago. 2022.