

PARALELO ENTRE OS PRECEDENTES DOS ESTADOS UNIDOS – ANÁLISE DA DECISÃO ROE VERSUS WADE, E O INSTITUTO DA EFICÁCIA TRANSCENDENTE DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO BRASIL – ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF NA ADPF N. 54

PARALLEL BETWEEN THE FOREGOING OF THE UNITED STATES – ANALYSIS OF ROE VERSUS WADE DECISION, AND THE INSTITUTE OF EFFECTIVENESS TRANSCENDENT OF THE DETERMINANT REASONS IN BRAZIL – ANALYSIS OF THE DECISION BY STF ADPF N. 54

Luciana Ferreira Mello*
Estefânia Maria de Queiroz Barboza**

“A distância entre o sonho e a realidade é a quantidade certa de tempo e trabalho.” (William Douglas)

Resumo: Este artigo destinou-se a fazer uma comparação entre a prática dos precedentes do Judicial Review americano e a Eficácia dos transcendentais motivos determinantes no Brasil. Para tanto, após a apresentação dos conceitos, serão analisadas duas decisões sobre o aborto, uma do sistema norte-americano, por meio da prisma da prática dos precedentes em *Roe versus Wade*; e outra do sistema brasileiro por intermédio da análise do caso de aborto de fetos anencéfalos. Finalmente, será analisado o impacto que a adoção da eficácia das razões determinantes transcendentais pode trazer para a paternal questão do aborto específico.

Palavras-chave: Precedentes. Aborto. *Roe versus Wade*. ADPF n. 54. Controle de constitucionalidade. *Commom law*. *Civil law*. Eficácia transcendente dos motivos determinantes.

Abstract: This article aimed to make a comparison between the previous practice of the American Judicial Review and Effectiveness of transcendent determinant reasons in Brazil. Therefore, after the presentation of concepts it will be reviewed two decisions on abortion, one of the American system, through the prism of the practice of precedent in *Roe vs. Wade*, and another of the Brazilian system by examining the case of abortion of anencephalic fetuses. Finally, it will analyze the impact that the adoption of the effectiveness of the decisive transcendent reasons can bring to the paternal specific issue of abortion.

Keywords: Precedents. Abortion. *Roe versus Wade*. ADPF n. 54. Control of constitutionality. *Commom law*. *Civil law*. Transcendent efficacy determinants of reasons.

* Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (Emap), PR; Mestranda em Direito Constitucional – Direitos Humanos – pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil), PR; Advogada; Rua Arnaldo Francisco Serrmim, 100, apto. 107, Bacacheri, 82600-059, Curitiba, Paraná, Brasil; rluciana_mello84@hotmail.com

** Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR); Professora do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil), PR; Professora convidada do Doutorado em Direitos Humanos da Università degli Studi di Palermo, Itália em 2012 e 2013; Rua Konrad Adenauer, 442, Tarumã, 82820-540, Curitiba, Paraná, Brasil; estefaniaqueiroz@uol.com.br

Introdução

No campo da jurisdição constitucional, muito se discute acerca do modo pelo qual os ministros têm fundamentado suas decisões, da forma pela qual alcançam os resultados obtidos nas decisões judiciais e, se tais decisões expressam segurança jurídica. Assim, o objetivo do presente estudo foi abordar a técnica de decisão por meio de precedentes, por intermédio da abordagem comparativa entre o modo pelo qual o instituto dos precedentes judiciais é manejado nos Estados Unidos, utilizando por amostragem o caso *Roe versus Wade*, e como o Supremo Tribunal Federal decidiu ao julgar a ADPF n. 54.

Em primeiro lugar, faz-se necessário realizar uma breve distinção entre dois dos mais importantes sistemas de direito contemporâneo: o *Common Law* e o *Civil Law*. Referente ao surgimento do primeiro sistema a ser abordado, o *Common Law*, verifica-se que sua origem remonta à conquista da Inglaterra no ano 1066 (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 1) em um contexto de feudalismo na Inglaterra. Nesse período, os conquistadores normandos estabeleceram Cortes Reais e um sistema de justiça real que substituiu as antigas Cortes e regras feudais.

O processo de formação da justiça era centralizado na atividade jurisdicional, criando um novo corpo de direito substantivo que seria aplicado a todos os cidadãos ingleses, por isso, justifica-se o nome *Common Law* como um direito comum a todos, em oposição aos costumes locais (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 2). Assim, *Common Law* significa o direito comum a todo o reino da Inglaterra comum, justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster. Logo, o *Common Law* se opunha a todos os direitos locais que se baseavam nas tradições e eram distintos de um local para outro.

Já o sistema do *Civil Law* teve seu advento atrelado aos estudos sobre o Direito Romano realizados nas Universidades. Assim, foi desenvolvida uma ciência do direito pelos professores das Universidades, direito este teórico e erudito, que se aproximava mais do direito romano do que dos direitos positivos (GLISSEN, 1986, p. 203).

O autor aponta as seguintes vantagens para este direito erudito:

- a) era um direito escrito, em oposição à maioria dos direitos consuetudinários na época, “com todas as consequências que derivam da incerteza e da insegurança do costume”;
- b) era comum a todos, tendo sido reconhecido como *ius commune* da Europa continental;
- c) era mais completo que os direitos locais, tornando-se, por isso, supletivo aos direitos locais;
- d) era mais evoluído, pois foi elaborado com base em um direito de uma sociedade mais desenvolvida.

Com a evolução desse sistema, o movimento da codificação buscou reunir em um único texto diversas normas (CHEVALLIER, 2009, p. 145). Ou seja, buscava-se, por meio da codificação, tornar o direito mais conhecido da população e, desse modo, garantir a segurança jurídica de modo mais abrangente. O direito deveria ser conhecido por todos e a codificação faria esse papel (GLISSEN, 1986, p. 448). Não obstante as boas intenções, os Códigos acabaram precisando de estudiosos para ser interpretados.

Assim, diante da breve explanação acerca dos dois sistemas, uma diferenciação básica pode ser extraída entre eles; enquanto o *Common Law* é construído com base nas decisões judiciais, o *Civil Law* tem como fonte a lei oriunda do Poder Legislativo.

Logo, no contexto do *Civil Law*, no qual a lei é apenas aquela advinda do Poder Legislativo (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 24), não faz sentido a doutrina de precedentes. Ou seja, enquanto os precedentes são familiares no sistema do *Common Law*, no sentido de as Cortes basearem suas decisões em decisões anteriores, ela não faz sentido nos países de *Civil Law* que adotam o princípio da separação de poderes de forma estrita, até porque nesses países as decisões judiciais não são leis (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 23).

Assim, deve-se ter em mente que a doutrina de precedentes se desenvolveu no âmbito do *Common Law*, no qual impera o princípio do *Judge Made Law*, ou seja, no qual a atividade jurisdicional é fonte de direito. No Brasil, por sua vez, impera o sistema do *Civil Law*, no qual as decisões partem de uma moldura previamente definida em lei.

Prosseguindo, é importante delimitar de que se trata quando se fala em precedentes. De início, pode ser citada a sucinta explicação de Mello (2008, p. 114) acerca de precedentes: “A operação com precedentes é um mecanismo enraizado culturalmente, apreendido por um senso comum de justiça como igualdade, como repetição, que, por isso, pode ser compreendida a partir de exemplos presentes em nosso dia-a-dia.”

Nesse ponto, a autora cita o exemplo de como se desenvolve o raciocínio de um pai que permite ao filho mais velho, como medida excepcional, ficar acordado até mais tarde para assistir a um programa de televisão, e proíbe o caçula de ficar acordado além do horário para assistir ao seu desenho animado favorito (MELLO, 2008, p. 114). Na primeira hipótese, a medida excepcional se justifica no fato de que o filho mais velho precisa assistir ao programa para realizar um trabalho para a escola; o irmão mais novo não tem essa necessidade, e por isso, foi-lhe negado o pedido. Assim, verifica-se que o motivo e a situação fática são determinantes para a tomada de decisões, mesmo em se tratando de situações cotidianas.

Para atingir o objetivo específico do presente estudo, ainda, uma distinção torna-se necessária: esclarecer as especificidades do modelo de controle de constitucionalidade. Primeiramente, em relação ao modelo de controle de constitucionalidade

de difuso adotado nos Estados Unidos,¹ verifica-se que qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade de lei que esteja em dissonância com a Constituição norte-americana.²

O ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, elege um modo muito peculiar de analisar a constitucionalidade das leis, pois ele é misto, ou seja, ao mesmo tempo que adota o sistema difuso inspirado no modelo norte-americano, também adota o sistema concentrado inspirado no modelo austríaco, no qual a Constituição Federal elege um órgão: o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, sendo-lhe conferido o poder de analisar a adequação de leis e de atos normativos com o Texto Magno.

Logo, tais esclarecimentos serviram para deduzir que o sistema norte-americano do *Common Law* difere do sistema brasileiro do *Civil Law*, bem como a forma como ambos procedem ao controle de constitucionalidade também é diversa.

Desse modo, o estudo não tem como finalidade defender a importação de um instituto oriundo do direito norte-americano, mas demonstrar como a adoção do sistema de precedentes tem íntima ligação com o alcance da igualdade de tratamento entre os jurisdicionados, da segurança jurídica e da força normativa da Constituição.

Em um primeiro momento, será abordado o conceito de precedentes, para que se possa ter em mente de que, além disso, será analisada a questão de como a decisão sobre o aborto foi tratada à luz da doutrina de precedentes.

Posteriormente, será apresentado qual o instituto, no direito brasileiro, pode ser equiparado à doutrina dos precedentes e como esse instituto tem sido recepcionado nesse ordenamento. Igualmente, será trazida a recente decisão do STF sobre o aborto a fim de detectar como esse tema foi tratado pela Corte brasileira.

Por fim, após a apresentação dos dois modelos, buscar-se-á traçar uma perspectiva entre os dois sistemas e suas implicações.

1 Precedente

Primeiramente, cabe esclarecer que, apesar de este trabalho se ater à questão de utilização de precedentes, especificamente, no controle de constitucionalidade norte-americano, esse instituto originou-se na jurisdição civil e, de acordo com Marinoni e Mitidiero, 2012, p. 844-845), a doutrina do *stare decisis* (QUEIROZ BAR-

¹ Salutar trazer os ensinamentos de Marinoni e Mitidiero (2012, p. 842) sobre o controle de constitucionalidade difuso norte-americano, veja-se: “A partir da premissa de que o juiz, para decidir os casos conflituos, deve analisar a relação da lei com a Constituição, entendeu-se que o juiz americano poderia realizar, incidentalmente, o controle de constitucionalidade.”

² Neste estudo, faz-se a diferenciação entre o sistema brasileiro e o norte-americano com a nomenclatura de difuso e concentrado, todavia, de acordo com Marinoni e Mitidiero (2012, p. 774-775), não existira, a rigor, diferença entre eles, pois o que ocorre sempre é um controle difuso; o que há para diferenciar é entre as formas: incidental ou principal: “Isto quer dizer que, nos sistemas em que os juízes exercem o controle de constitucionalidade diante de qualquer caso, e, ao lado disso, este controle também é deferido à Suprema Corte mediante a via direta, há, na realidade, controle difuso decorrente das vias incidental e principal.”

BOSA, 2011)³ norte-americana demorou quase um século para desenvolver uma teoria a respeito.⁴

De acordo com os ensinamentos de Queiroz Barboza (2011, p. 168), a utilização de uma doutrina de precedentes depende do registro de conhecimento e de decisões anteriores, como se infere a seguir:

O corpo de precedentes disponíveis para serem considerados em qualquer sistema jurídico representa, assim, uma acumulação de conhecimento do passado. Não é sempre, e não tem que ser sempre, que existe uma perfeita equivalência entre um novo caso e algum precedente. É mais provável que, para cada caso novo, um conjunto de decisões prévias garanta alguns modelos similares que possam ser adotados ou adaptados para solucionar o problema que se enfrenta atualmente.

Assim, depreende-se que a doutrina no *stare decisis* tardou para se estabelecer, mas atualmente define que os precedentes devem ser seguidos quando os fatos materiais relevantes forem idênticos aos da decisão anterior.

No entanto, essa prática não engessa a atividade jurisdicional vez que não impede que os precedentes sejam superados; inclusive, existem inúmeros motivos para resistir à ideia de estabilidade absoluta de precedentes estabelecidos há muito tempo.

Fatores importantes seriam as mudanças na tecnologia, no comércio e na indústria e a complexidade das relações de gênero e de família, que aumentam a sensação de que as normas jurídicas, bem como as doutrinas, estão em descompasso com as novas necessidades e aspirações da sociedade. Para além disso, as novas concepções sobre direitos fundamentais aumentam a sensação de que o respeito aos precedentes em vez de representar o conhecimento adquirido no passado, acaba por se tornar um peso morto no progresso social, ou seja, no afã de se estabelecer uma justiça formal de tratar de modo igual os casos similares (*treat like cases alike*) se chegaria a uma injustiça ou desigualdade substantiva (QUEIROZ BARBOZA, 2011, p. 192).

Logo, cabe à jurisdição constitucional a sensibilidade de detectar as mudanças ocorridas na sociedade e consolidadas na realidade para promover a mudança nos precedentes para que se adaptem às novas realidades e, também, com vistas à maior correção das decisões (QUEIROZ BARBOZA, 2011, p. 193).

³ A autora explica que: “A doutrina que estuda o uso dos precedentes se chama *stare decisis* que é o nome abreviado da doutrina de respeito aos precedentes que se encontra na base dos sistemas jurídicos da *common Law*. O nome completo da doutrina é: “*stare decisis ET quia non movere*”. (QUEIROZ BARBOSA, 2011).

⁴ “É certo que a doutrina americana demorou para individualizar os precedentes constitucionais – isto é, os precedentes que tratam de questões constitucionais – diante dos precedentes do *common law* e de interpretação legal. É provável que isso tenha ocorrido em virtude de a jurisdição constitucional representar algo absolutamente novo para os juristas das origens do sistema judicial americano. Havia experiência com os precedentes do *common law*, mas não com os precedentes constitucionais. A doutrina precisou de tempo – quase um século – para desenvolver uma teoria capaz de esclarecer as relações entre as diferentes espécies de precedentes”. (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 844-845).

É possível que um juiz, ao vislumbrar que um precedente deve ser superado ou que este não está adequado ao caso que enfrenta, afaste-o mediante a aplicação dos institutos *distinguishing* (QUEIROZ BARBOZA, 2011, p. 194)⁵ e *overruling* (QUEIROZ BARBOZA, 2011, p. 196),⁶ desde que o faça de modo fundamentado.

Diante de todo o exposto, pode-se depreender que a doutrina do *stare decisis* estuda a operação com precedentes, esta operação determina que os juízes, ao decidirem os casos concretos com os quais se defrontam, devem observar os casos julgados anteriormente.

Para decidirem com base em precedentes, devem analisar se os fatos ajustam-se aos do caso que ensejou o precedente, podendo, inclusive, afastá-lo caso entenda que esse precedente não mais atende à realidade da sociedade, ou que os fatos são diversos e que a adoção do precedente não conduz à solução mais adequada. Noção que traduz a ideia de Romance em Cadeia desenvolvido por Dworkin (1999), ao tratar de métodos de interpretação.

Romance em cadeia é a teoria desenvolvida pelo autor acerca de seu conceito de interpretação, essa teoria propõe aos operadores do direito encontrarem uma resposta correta mesmo para os casos complexos. A teoria do aludido autor refuta a teoria da discricionariedade do juiz e defende a interpretação construtiva como forma de continuar com um conceito interpretativo de direito, fazendo uma alusão do direito à literatura, um romance em série ou romance em cadeia, e não uma elaboração de um novo direito (DWORKIN, 1999, p. 272).

Para o autor, a evolução jurisprudencial deve ocorrer tal qual o desenrolar da trama de um romance literário, ou seja, prosseguir sempre no sentido de evoluir sem importar em retrocessos. Os julgadores devem considerar os posicionamentos expressados em casos anteriores e continuar no mesmo raciocínio, visto que para mudar o rumo devem fundamentar o motivo da mudança.

2 Tratamento da questão do aborto nos Estados Unidos: *Roe versus Wade*

Nesse tópico, a finalidade será analisar como evoluiu o debate jurisdicional acerca do aborto nos Estado Unidos, a fim de verificar como se instrumentaliza, na prática, a adoção da técnica de precedentes no controle de constitucionalidade.

Para que essa análise seja possível, será lançada mão dos estudos realizados por Dworkin (2006, p. 71) sobre o assunto no livro *O direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana* quanto à questão alusiva à interpretação constitucional, conforme se verifica:

⁵ O *distinguishing* é o que os juízes fazem quando, no processo de decisão, encontram distinção entre o caso concreto que estão enfrentando e um precedente decidido anteriormente. Assim, afastam a incidência do precedente por não encontrarem similitude entre o caso concreto e o precedente que, aparentemente, seria aplicável.

⁶ O *overruling*, por sua vez, é um modo de revogar a decisão anterior e substituí-la por uma nova, e, portanto, é considerada uma iniciativa jurisdicional mais radical.

A questão principal do debate em torno de *Roe VS. Wade* não é uma questão metafísica sobre o conceito de pessoa nem uma questão teológica sobre a existência da alma do feto, *mas sim uma questão jurídica acerca da correta interpretação da constituição*, questão essa que, em nosso sistema jurídico, tem que ser resolvida de um jeito pelo judiciário, pela Suprema Corte, e não politicamente. Trata-se da questão de saber se o feto é uma pessoa constitucional, ou seja, uma pessoa cujos direitos e interesses têm que ser considerados tão importantes quanto os de outras pessoas no esquema de direitos individuais estabelecido pela Constituição.

Não há incoerência alguma em pensar, que um feto é tão ser humano quanto um adulto, e que mesmo assim a Constituição, não garante ao feto os mesmos direitos que garante a outras pessoas.

Referido julgado representou a abordagem de um direito constitucional muito delicado, porquanto é tema diretamente ligado à vida, que além de ser de fundamental importância, sobre ele ainda pairam diversas dúvidas, pois apesar de algumas teorias a respeito, nunca foi cabalmente comprovado desde quando se inicia a vida. Logo, a Suprema Corte se deparou com um tema muito controverso.

Dworkin (2006, p. 73), diante da leitura do trecho citado, entende que o tema aborto é questão constitucional. Exatamente por se tratar de tema constitucional e de conflito entre interesses e direitos constitucionalmente protegidos é que essa decisão foi escolhida. Assim, para além de tentar definir cientificamente se o feto é dotado de vida, o que se discutiu e se tentou definir foi se o feto, de acordo com a Constituição, de acordo com a interpretação do Texto Constitucional, poderia ser considerado dotado de vida e de proteção constitucional especial.

A Constituição norte-americana é omissa no que se refere à existência, ou não, do direito de as mulheres realizarem aborto. Em 1973, a Suprema Corte Americana declarou que as mulheres têm o direito de realizar o aborto nos primeiros estágios da gravidez. “Segundo a decisão, o aborto não poderia ser considerado crime nos primeiros três meses de gravidez, e poderia ser considerado crime antes de o feto tornar-se viável, exceto quando necessário para proteger a saúde da mulher.” (DWORKIN, 2006, p. 77).

No entanto, para que a Corte culminasse na decisão de permissão à prática do aborto, foi necessário que ela embasasse essa medida no fundamento de outros julgados sobre casos anteriores que discutiam lides semelhantes, ou seja, houve a aplicação da prática de precedentes.

Dworkin (2006, p. 77) informa que as decisões anteriores da Suprema Corte, ou seja, os precedentes estabeleciam que cada pessoa tem o direito constitucional fundamental de controlar seu próprio papel de procriação – por isso, nenhum Estado poderia proibir a venda de anticoncepcional.

Exemplo disso é a decisão proferida em 1965 no caso 381 US 479 (ESTADOS UNIDOS, 1965), na qual a Suprema Corte permitiu o uso de anticoncepcionais por pessoas casadas, o que não ajudou muito os solteiros que continuaram proibidos de comprar contraceptivos. Somente em 1972, no caso 405 US 438 (ESTADOS UNIDOS, 1972), a Suprema Corte alargou o âmbito dos direitos de privacidade sexuais

quando derrubou uma lei de Massachusetts que proíbe a venda de contraceptivos para casais não casados. A decisão, nesse caso, estendeu a proteção constitucional de todas as relações sexuais procriativas, e não apenas as relações sexuais entre parceiros casados.

Se essa última decisão fosse analisada apenas por meio do prisma da colisão entre direitos – o direito à vida do feto e demais direitos da mãe – não seria possível afirmar que o direito à vida do feto deveria ceder em face à livre disposição sobre a procriação. Todavia, a decisão *Roe versus Wade* definiu que feto não é pessoa constitucional, e essa definição é a que mais se adapta com outras partes do ordenamento jurídico (ESTADOS UNIDOS, 1972, p. 76).

Logo, conclui-se que a decisão que descriminalizou a prática de aborto nos Estados Unidos, em sede de controle difuso de constitucionalidade, considerou o direito constitucional fundamental da mulher de controlar seu próprio papel na procriação, já anteriormente definido em decisões que formavam o arcabouço dos seus precedentes,⁷ além de utilizar a técnica de interpretação para definir que feto não é pessoa constitucional.

3 Transcendência dos motivos determinantes: precedentes no Brasil?

Mediante a análise do sistema do *Civil Law* e do *Common Law*, é possível verificar que as duas tradições, apesar de contextos históricos diversos, influenciaram no desenvolvimento humano. No entanto, o primeiro buscou assegurar a completude do direito e a segurança jurídica, limitando o Poder Judiciário. Nos países que adotaram a tradição do *Common Law*, os limites ao juiz ocorreram não pela existência de um código, mas pela adição de um sistema de precedentes vinculantes, no qual os julgadores ficavam obrigados a respeitar as decisões anteriores.

Ou seja, ambos visavam garantir a segurança jurídica por meio da limitação dos julgadores. Mesmo no sistema do *Common Law*, no qual as regras são construídas mediante a atuação jurisdicional, os juízes encontram no sistema de precedentes a limitação que garante, da mesma forma, a previsibilidade e a segurança jurídica.

E, ainda, é importante salientar que, apesar das diferenças entre os dois sistemas, a partir da segunda metade do século XX os sistemas começaram a se aproximar, especialmente a partir da Revolução dos Direitos Humanos e da Judicialização da Política.

Assim, instrumentalmente ou historicamente, apesar de o sistema de precedentes ser um instrumento tipicamente do *Common Law*, identifica-se a possibilidade de aplicação de tal mecanismo no Brasil, país cujo sistema é baseado no *Civil Law*.

⁷ Os precedentes analisavam a questão da possibilidade de proibir a venda de métodos contraceptivos nos Estados.

Como já dito, a utilização e a vinculação aos precedentes garante maior previsibilidade nas decisões judiciais, garantindo a segurança jurídica e a maior confiabilidade no Poder Judiciário, sem descuidar da possibilidade de afastamento e/ou superação do precedente, desde que realizada de maneira fundamentada.

Também já foi dito que o sistema adotado nos Estados Unidos de *Common Law* apresenta diferenças e especificidades em relação ao sistema brasileiro do *Civil Law*. E, ainda, mesmo nos Estado Unidos foi necessário um tempo para que o controle de constitucionalidade se conformasse com essa prática.

Assim, feitos os devidos esclarecimentos, o presente estudo não teve a intenção de importar institutos do direito comparado e implantá-los no ordenamento brasileiro sem as devidas ressalvas. Certo é que qualquer ordenamento jurídico necessita de previsibilidade e de segurança jurídica, fatores que, mediante a experiência norte-americana, comprovadamente a técnica de precedentes garante.

Parcela da doutrina apresenta alguns institutos no ordenamento jurídico pátrio como análogos à prática de precedentes, como: súmulas, súmulas vinculantes, prática de exigência de repercussão geral para a admissão de recursos e eficácia da transcendência dos motivos determinantes das decisões. Todos os instrumentos citados guardam similitudes e diferenças com os precedentes, porém, somente o último instituto será analisado neste estudo.

Hodiernamente, questões referentes à racionalidade, à coerência, à previsibilidade e à segurança jurídica das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal têm gerado preocupação. A segurança faz parte da vida humana, sendo necessária para que o homem possa planejar e conduzir sua vida; por tal razão, o princípio da segurança é elemento constitutivo do Estado de Direito. A segurança jurídica, por sua vez, é esperada em diversas áreas do direito, desde contratos, família, até questões empresariais, trabalhistas e tributárias.

Para Canotilho (1995, p. 373),

Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.

Salutar trazer a completa citação de Marinoni e Mitidiero (2012, p. 844) a respeito da necessidade da adoção de precedentes no controle de constitucionalidade no sistema do *Civil Law*:

É intuitivo que, num sistema que ignora o precedente obrigatório, não há racionalidade em dar a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade da lei. A introdução no *civil Law* do método de controle de constitucionalidade conduziria à consequência de que uma lei poderia não

ser aplicada por alguns juízes e tribunais que a entendessem inconstitucional, mas, no mesmo instante e época, ser aplicada por outros juízes e tribunais que a julgassem constitucional.

[...]

Além dessa obviedade, não há como se esquecer da falta de racionalidade em obrigar alguém a propor uma ação para se livrar dos efeitos de uma lei que, em inúmeras oportunidades, já foi afirmada inconstitucional pelo judiciário.

Desse modo, a doutrina de precedentes apresenta uma boa resposta para os anseios relacionados à segurança jurídica e à previsibilidade. O presente estudo aponta o instrumento da transcendência dos motivos determinantes como meio do ordenamento, que mais se aproxima da prática de precedentes.

A transcendência dos motivos determinantes, de acordo com os ensinamentos de Marinoni (2011, p. 469-470), é equiparada à doutrina dos precedentes, conforme se infere *in verbis*:

A adequada tutela jurisdicional da Constituição e a Autoridade do Supremo Tribunal Federal dependem da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão proferida no controle abstrato de normas. E é na medida em que se admite essa eficácia vinculante que a decisão, até então vista apenas como produtora de coisa julgada *erga omnes*, passa também a ter a qualidade de precedente constitucional.

Nesse trecho, o autor equipara a transcendência dos motivos determinantes aos precedentes. A discussão a respeito da transcendência dos motivos determinantes teve advento com o *leading case* Reclamação n. 1.987-DF que, em linha gerais, desenvolveu-se da seguinte forma: o Tribunal Superior do Trabalho, mediante a edição da Instrução Normativa n. 11/97, criou novas hipóteses que autorizam o sequestro de verbas públicas para o pagamento de precatórios trabalhistas, além da preterição de ordem de preferência estabelecida na Constituição Federal (CF); o Governador do Estado de São Paulo ajuizou a ADI n. 1.662-SP, cuja decisão foi pela inconstitucionalidade da IN do 11/97 TST.

Até então, não se verifica nada de anormal no caso em tela, a ADI n. 1.662 declarou a inconstitucionalidade da Instrução Normativa com eficácia, como de costume, *erga omnes*. No entanto, a declaração de constitucionalidade vincula o poder judiciário e executivo à inconstitucionalidade, em específico da Instrução Normativa n. 11/97, e não possui vinculação, com outras normas que tenham o mesmo conteúdo.

Tempos depois, o Governo do DF, em face ao ato do Presidente do Tribunal Regional do Trabalho do DF, com fundamento na EC n. 30, determinou o sequestro de verbas públicas do DF e ajuizou a Reclamação n. 1987 sob a alegação de que a ordem da Presidente do TRT havia violado a decisão proferida na ADI n. 1662.

O STF, ao se deparar com a questão, teve que enfrentar a dificuldade em definir se haveria, por parte da Presidente do TRT do DF, a obrigatoriedade de respeitar a decisão proferida na ADI n. 1662, e, se o Tribunal poderia aplicar a decisão dessa ADI, haja vista se tratar de órgãos diversos e Estados diversos da Federação.

Houve desfecho no sentido de que, apesar de se tratar de norma diversa, oriunda de órgão diverso e destinado a Estado diverso, haveria a obrigatoriedade de respeito à ADI n. 1.662, pois os fundamentos da decisão eram aplicáveis também aos demais casos semelhantes.

Da fundamentação da ADI n. 1.662 extrai-se que os casos que permitem sequestros de verbas públicas estão previstos, exclusivamente, no Texto Constitucional; é vedado o estabelecimento de novas hipóteses além daquelas já previstas.

Logo, seria irracional o STF ter que enfrentar novamente essa questão, que versa a respeito do mesmo tema, novamente apenas por se tratarem de Entes diferentes, porquanto, os fatos são os mesmos.

Apesar desse *leading case* ter adotado a aplicabilidade da eficácia da transcendência dos motivos determinantes e, de toda a fundamentação ser possível concluir, logicamente, que esse instituto é eficaz na promoção de previsibilidade e de segurança jurídica, sua adoção no Supremo Tribunal Federal é considerada matéria controvertida, porquanto, essa Corte ainda não adota totalmente esse procedimento como padrão.

No próximo tópico, analisar-se-á como foi tratado o pedido de descriminalização do aborto ou da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos no STF quando do julgamento da ADPF n. 54.

4 Tratamento da questão do aborto no Brasil: ADPF n. 54

Antes de adentrar a análise da ADPF n. 54 propriamente dita, faz-se mister informar que, em 18 de dezembro de 2007, o STF já havia enfrentado tema semelhante a este mediante a análise da ADI n. 3.510, na qual se questionou a constitucionalidade da permissão de pesquisas com células-tronco embrionárias, sendo chamado a delimitar qual o conteúdo e a extensão do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, e concluiu que:

Assim, julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei n. 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. (BRASIL, 2012).

Em sua fundamentação, o Ministro Relator Gilmar Mendes demonstra a preocupação que se tem nas decisões proferidas por juízes embasadas unicamente em suas convicções e cita a decisão de *Roe versus Wade*, como um exemplo entre os quais tais decisões têm sido proferidas em maior frequência pelo poder Judiciário do que pelo Poder Legislativo, sem que isso importe em ofensa à democracia ou à segurança jurídica.

Segundo o Relator, não existem ainda respostas irrefutáveis acerca do marco inicial e do final da vida, e por isso não caberia ao STF discutir a respeito desse aspecto específico. De acordo com o relatório, o que deveria ser discutido é se a fase pré-natal deveria ser protegida pelo Estado de um lado, e de outro, o que essa proteção significaria para o progresso científico quanto a tais pesquisas.

Desse modo, o Relator concluiu que, com base na proporcionalidade, fundamentando-se em ética, as pesquisas científicas poderiam ser manejadas, desde que mediante prévia aprovação de comitê competente. Ou seja, seria uma forma responsável de limitar as pesquisas e, de certa forma, proteger os embriões. Donde se depreende que tal decisão analisou o pedido sem adentrar à polêmica em relação ao marco inicial e final da vida.

Já no que se refere à ADPF n. 54 (BRASIL, 2012), essa Ação constitucional objetivava a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, da interpretação dos artigos 124, 126, e 128, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n. 2848/40), que criminalizava a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado.

Ou seja, em apertada síntese, o que se buscou foi o reconhecimento do direito da gestante, cujo feto apresenta anencefalia, de submeter-se ao procedimento de antecipação terapêutica do parto sem incidir no tipo penal aborto. Em suma, buscou-se a “interpretação conforme” para descriminalizar os procedimentos de aborto realizados nos casos em que os fetos apresentavam anencefalia.

No Acórdão, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Marco Aurélio, depreendem-se os seguintes fundamentos:

- a) preocupação em retirar do campo de incidência do tipo penal “aborto” o procedimento de antecipação terapêutica do parto, argumentando tratar-se de conceitos distintos, porquanto, aborto significa a interrupção da gravidez de um feto sadio, situação diversa de gestação de feto anencéfalo;
- b) esforço em fundamentar que anencefalia e vida são termos antitéticos, sustentando que, no caso em tela, o conflito entre direitos fundamentais é aparente, pois o anencéfalo não tem potencialidade de vida. Não há conflito entre o direito à vida e a dignidade da mulher, pois não há a viabilidade de vida; “Aborto” é crime contra a vida e, nesse caso, não existe vida possível;
- c) com base no julgamento da ADI n. 3.510, destacou-se que a CF tutela o indivíduo-pessoa, o que não é o caso do feto; e que, a potencialidade é um argumento suficiente para a tutela de determinado direito, no entanto, no referido caso, não há sequer a potencialidade de vida extrauterina;
- d) mesmo inadmitindo que exista o direito à vida do feto, de acordo com o Relator e, em suas palavras, “por amor ao debate”, esse suposto direito a uma vida que, segundo pesquisas, não ultrapassaria algumas horas, não

- deriva prevalecer no confronto com os direitos: à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde e dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres que gestam fetos anencéfalos;
- e) conclui pela inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro.

Mediante análise da decisão, verificou-se a preocupação em determinar que o aborto de fetos anencéfalos não é o aborto descrito na norma penal, propriamente dito, mas trata-se de antecipação terapêutica do parto. Dito de outra forma, houve uma especial preocupação até mesmo quanto à nomenclatura de deixar muito claro que a antecipação terapêutica do feto é aplicável somente nos casos de fetos anencéfalos, não podendo ser aplicada por analogia ao aborto, que se enquadra em uma infração tipificada pelo Código Penal pátrio.

Ora, nesse trecho, demonstra-se a evidente preocupação em confirmar que não está sendo discutido o aborto com a nítida finalidade de evitar que os argumentos dessa decisão, futuramente, sirvam como precedentes ou fundamentos para um eventual requerimento de descriminalização do aborto de qualquer caso.

Identifica-se que, embora o sistema de precedentes não seja adotado tal qual ocorre nos Estados Unidos, há evidências, mediante a análise da decisão da ADPF n. 54, que existe preocupação no sentido de ter um certo cuidado com a fundamentação das decisões, para que estas não sejam tomadas como fundamento para outras decisões. Pois quando o STF se preocupa em desqualificar o aborto em casos de gestações de anencéfalos, para a antecipação terapêutica do parto, verifica-se a preocupação em não gerar um argumento em favor da descriminalização dos abortos em geral.

Pois, como já explicado, nos Estados Unidos, para chegar até a decisão de permissão para a realização do aborto, houve toda uma evolução jurisprudencial, cujos precedentes se referiam, em um primeiro momento, às decisões anteriores que analisaram a legalidade da comercialização de pílulas anticoncepcionais. Foi com base nos argumentos dos precedentes gerados nas decisões que permitiam a venda de anticoncepcionais que se fundamentou a decisão de permissão para a legalização do aborto.

Conclusão

Apesar de se tratarem de dois sistemas diversos, o *Common Law* e o *Civil Law*, verifica-se que o instituto dos precedentes adotado no primeiro é de grande utilidade nos ordenamentos jurídicos que adotam o segundo sistema. E existe, desde a Segunda Guerra Mundial, um movimento de aproximação entre ambos.

A prática de precedentes consiste em vincular a atividade jurisdicional à fundamentação de decisões anteriores cujo suporte fático seja semelhante. Esclareceu-

-se que, apesar de o juiz estar vinculado às decisões anteriores, por meio de medida fundamentada, pode afastar a incidência do precedente por entender que o caso não é idêntico, e, ainda, pode superar esse precedente, adequando-o ao caso atual.

Mediante análise do caso *Roe versus Wade*, que enfrentou a questão da descriminalização do aborto, verifica-se que, para chegar à decisão de tornar legal o aborto, lançou-se mão da técnica de precedentes. Foram utilizados os fundamentos das decisões anteriores que decidiram sobre a possibilidade de proibição de venda de anticoncepcionais. Tais precedentes firmaram o entendimento de que todos têm o direito constitucional fundamental de conduzir sua possibilidade de reprodução – evitando que fossem proibidas as vendas de anticoncepcionais nos Estados.

Assim, mediante suporte dos precedentes que definiam o referido direito, bem como da análise sistemática do ordenamento norte-americano, concluiu-se que o aborto não seria considerado crime pelo fato de que o feto não é pessoa constitucional, e que, portanto, o Estado não tem a obrigação de protegê-lo.

Ficou claro que a segurança jurídica é necessária em qualquer sistema jurídico, por ser base do Estado de Direito. Nesse sentido, verificando que a prática de precedentes auxilia na previsibilidade e, conseqüentemente, na promoção da segurança jurídica, buscou-se detectar se no ordenamento brasileiro existe algum instrumento que se assemelhe aos precedentes.

Entre os inúmeros instrumentos que a doutrina aponta similares aos precedentes, adotou-se para análise, por se entender ser o que mais se assemelha ao instituto norte-americano, o instrumento da eficácia transcendente dos motivos determinantes.

Conferir eficácia transcendente aos motivos determinantes significa conferir, especificamente no controle concentrado, eficácia *erga omnes* e obrigatoriedade para além do dispositivo da sentença que analisa a constitucionalidade, estendendo tal efeito à fundamentação, conferindo previsibilidade e coerência ao sistema decisório do STF.

Apesar de em alguns casos, inclusive no exemplo citado neste trabalho como *leading case*, o STF tem se posicionado de maneira favorável à aplicabilidade do instituto; o tema ainda é controvertido nesse ordenamento.

Mediante análise da decisão proferida em sede da ADPF que analisou o pedido de descriminalização do aborto em casos de gestação de fetos anencefálicos, verificou-se que essa decisão considerou o parâmetro fixado em decisão anterior em sede de ADI para determinar que feto não é protegido pelo direito constitucional à vida, por ainda não poder ser considerado dotado de vida.

Todavia, algo de muito importante se detecta nesse julgado: a preocupação em descaracterizar o aborto, afirmando que se tratou de questão que não pode ser utilizada por analogia para permitir o aborto tipificado no Código Penal. Verifica-se, com tal atitude, a patente preocupação em evitar que os argumentos utilizados para permitir o aborto de fetos anencefálicos sejam utilizados em eventual pedido de descriminalização do aborto de uma maneira geral.

Referências

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 27 maio 2012. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 28 maio 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.
- CHEVALLIER, Jacques. *O estado Pós-Moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Caso 381 US 479*. 1965. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>>. Acesso em: 27 jul. 2013.
- ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Caso 405 US 438*. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/case.html>>. 1972. Acesso em: 27 jul. 2013.
- GLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Tradução António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ratio decidendi e obiter dicta. In: SARLET, I. W. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: na introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.
- QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria de. *Stare decisis, integridade, segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea*. 2011. 264 p. Tese (Doutorado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

ROSENFELD, Michel. Jurisdição constitucional na Europa e nos Estados Unidos. In: BIGONHA, A. A. (Org.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Data da submissão: 15 de setembro de 2013
Avaliado em: 19 de junho de 2014 (Avaliador A)
Avaliado em: 02 de julho de 2014 (Avaliador B)
Aceito em: 22 de julho de 2014