

**ADPF 54 – QUANDO O SUBJETIVISMO DO JULGADOR ATROPELA O
PROCESSO DEMOCRÁTICO DE ESCOLHA POLÍTICO-PENAL**

**ADPF 54 – WHEN THE SUBJECTIVITY OF THE JUDGE TRAMPLES THE
DEMOCRATIC PROCESS OF POLITICAL AND CRIMINAL CHOICE**

VINITIUS DE ALEXANDRIA RIQUE

FICHA CATALOGRÁFICA

R594a Rique, Vinitius de Alexandria.
ADPF 54 – Quando o Subjetivismo do Julgador Atropela o
Processo Democrático de Escolha Político-Penal /
Vinitius de Alexandria Rique.- João Pessoa, 2017.
18f.

Artigo (Especialização em Ciências Criminais) –
Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ

1. ADPF 54. 2. Ativismo Judicial. I. Título.

UNIPÊ / BC

CDU – 343.2

FOLHA DE APROVAÇÃO

ADPF 54 – QUANDO O SUBJETIVISMO DO JULGADOR ATROPELA O PROCESSO DEMOCRÁTICO DE ESCOLHA POLÍTICO-PENAL

Artigo apresentado a Pró-Reitoria De Pós-Graduação e Educação Continuada da Especialização em Ciências Criminais como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista.

APROVADO EM: 15/12/2015

NOTA: 8,5

Prof. Dr. Manoel Alexandre Cavalcante Belo

(Orientador(a): - UNIPÊ)

Prof. Dr. Márcio de Lima Coutinho

(Avaliador Interno – UNIPE)

RESUMO

O aborto de feto anencéfalo, ou interrupção terapêutica da gravidez de feto anencéfalo, sempre foi um tema controverso no meio jurídico, principalmente na jurisprudência pátria, a qual transmitia insegurança jurídica por causa de decisões antagônicas, ora autorizando a interrupção, ora negando. Em 2004, com o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, a discussão centrou-se no Supremo Tribunal Federal, que, na época, vacilou sobre o tema, pois o relator concedeu a liminar, e o pleno, em seguida, revogou-a. Oito anos mais tarde, o STF retoma o julgamento da ADPF 54; agora entra na discussão, por fazer-se necessário para o deslinde da questão posta em julgamento, elemento extrajurídico, qual seja a definição da presença ou não de vida no feto anencéfalo, o que só pode ser feito por outra ciência: a Ciência Médica. O resultado da audiência pública, convocada pelo Ministro Relator, revelou-se inconclusivo, havendo opiniões de especialistas tanto no sentido positivo quanto no negativo para o questionamento acima. Contudo, olvidando dessa controvérsia e do fato de que há projetos de lei sobre a matéria tramitando no Congresso Nacional, o STF, por maioria, seguiu o voto do relator e acolheu o pedido da CNTS, autorizando a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e, dessa forma, criou, ao arrepio da lei, mais uma excludente de ilicitude. A possibilidade de o STF, com base em interpretação conforme a Constituição, atuar como legislador positivo também é controversa, e foi levantada pela minoria no julgamento. O que este artigo propõe, portanto, com base na análise dos argumentos dos atores desse processo objetivo, principalmente nas fundamentações do Ministro Relator, é demonstrar que o Pretório Excelso, apoiando-se em critérios subjetivos, praticou um ativismo judicial - travestido de judicialização - pernicioso à Democracia, na qual a praça legítima para discussões dessa magnitude é a praça do povo - o Parlamento.

Palavras chave: Vida. Anencéfalo. ADPF 54. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The abortion of anencephalic fetus, or therapeutic interruption of pregnancy concerning to anencephalic fetus, has been a controversial topic in legal area, mainly in Brazilian jurisprudence, that transmitted legal insecurity because of different decisions, now allowing the interruption, sometimes denying. In 2004, with the Allegation of Disobedience of Fundamental Precept 54 by National Confederation of health workers, the discussion focused in Federal Supreme Court, that hesitated on the subject, because the relator granted the injunction and the Full Court revoked. Eight years later, the Federal Supreme Court retake the trial of ADPF 54; now enters in discussion, because it is necessary for the demarcation of the question put on trial, extralegal element, that is the definition about the presence of life in anencephalic fetus, but it can only be done by another science: the medical one. The result of public audience was inconclusive, there were specialists opinions in negative and positive sense concerning to question above. However, ignoring this controversy, the Federal Supreme Court, by a majority, followed the relator and accepted the ask of National Confederation of health workers, allowing the interruption of pregnancy concerning to anencephalic fetus and, in this way, created, outside the law, another exclusive of illegality. The possibility that the Federal Supreme Court, based on interpretation according to the constitution, acting as positive legislator is also controversial, and this was cited on judgment. This article proposes, therefore, based on analysis of acts arguments in the process, mainly on the relator Minister,

showing that the Court, supported on subjective criteria, practiced judicial activism maleficent to Democracy, because the place to discussions of this magnitude is the people place – the Parliament.

Key words: Life; Anencephalic; ADPF 54; Judicial Activism.

1 INTRODUÇÃO

A temática do aborto de fetos anencéfalos, ou, para alguns, interrupção terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, sempre causou controvérsia na seara jurídica, tanto no campo doutrinário quanto na jurisprudência, inclusive com decisões conflitantes em relação à autorização para a interrupção da gravidez de fetos portadores dessa anomalia. Essa polêmica, por óbvio, envolve a ciência jurídica, através da qual se extraem os elementos que embasam as mais variadas posições sobre a matéria. O tema envolve o direito fundamental à vida, garantido na Constituição Federal e protegido pelo ordenamento jurídico-penal. Acontece, porém, que conceituar vida e determinar o seu início é assunto pertencente a outra ciência, qual seja à Ciência Médica. A partir da fixação do termo inicial e de posse desse conceito, cabe à ciência Jurídica estabelecer o marco inicial da proteção daquele direito.

Diante do impasse jurisprudencial a cerca da possibilidade ou não de interrupção desse tipo de gravidez, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) acionou o Supremo Tribunal Federal através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 com o objetivo de salvaguardar esses profissionais de uma possível responsabilização penal, pleiteando uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal, a qual exclui da proibição o aborto de anencéfalo (interrupção terapêutica desse tipo de gravidez). Após a decisão proferida em sede de liminar em 2004, o STF julgou o mérito da ADPF 54 em 2012, acatando, por maioria, o pedido da CNTS. Mas, antes, o Ministro Marco Aurélio Mello, relator da Arguição, fazendo uso de permissivo legal e de bom senso, convocou audiência pública para debater a matéria e inteirar-se sobre o assunto, ouvindo, principalmente, especialistas na área Médico-Científica.

O presente artigo justifica-se porque, diferentemente do que se observou até agora em outros trabalhos, faz uma análise sobre o julgamento do mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, dentro dos limites apropriados para este tipo de trabalho, com o objetivo de apurar se a decisão foi coerente com o que se apresentou no processo, tanto em relação à fundamentação do voto do relator – condutor da ADPF 54 -, quanto ao que ficou demonstrado na audiência pública, ou se ela foi produzida com base em visão própria do julgador (subjetivismo), fruto de ativismo judicial.

Para alcançar esse desiderato, o trabalho, sob o método teórico-dogmático, desenvolveu-se apoiado em análise das opiniões dos especialistas ouvidos na audiência pública, nos argumentos da Confederação autora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, na fundamentação dos votos vencidos e, principalmente, na do voto do Ministro Relator.

2 O DIREITO À VIDA

A Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, “caput”, garante a todos, dentre outros, a inviolabilidade do direito à vida. No entanto, é preciso, aqui, identificar o início desse direito, a partir de qual momento o ordenamento jurídico pátrio passa a proteger a vida, bem como se essa proteção é ampla e irrestrita ou se depende de viabilidade da vida extrauterina.

Na seara civil, o Código, em seu art. 2º, dispõe que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Ou seja, a legislação civil considera que os direitos da personalidade passam a existir e a serem protegidos a partir do nascimento com vida, o que existe, antes, é apenas uma expectativa de direito, que também é resguardado pela lei. Desse modo, o Código Civil fez duas opções: a) Para se exercer os direitos da personalidade, é preciso que se nasça com vida; b) Tem como marco inicial, para proteger os direitos do nascituro, a concepção.

No campo penal, o Código resguarda a vida intrauterina criminalizando a prática do aborto, porém não o define, usando tão somente a expressão “provocar aborto”, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência o esclarecimento dessa expressão:

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação, que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 (quatorze) dias após a fecundação (GRECO, 2012, p. 300).

Os artigos 124 a 126 do Código Penal tutelam a vida humana em formação, a vida intrauterina, pois existe um ser em germe desde a concepção, que, com o passar do tempo, vai crescendo, se aperfeiçoando, executando funções típicas de vida (MIRABETE, 2002).

Já a Constituição não tratou do tema aborto diretamente. Porém, interpretando-a, a partir das tendências que se mostraram na Constituinte, parece que ela não o admite. A questão vai resolver-se com a decisão sobre o termo inicial da vida (SILVA, 2012). “Parece-

nos que no feto já existe vida humana [...] cabe à legislação penal decidir a questão, criminalizando ou descriminalizando o aborto”. (SILVA, 2012, p. 69)

Saber o marco inicial da vida é crucial para se determinar o momento a partir do qual passa a ser dever do Estado protegê-la:

Desde o primeiro e mais essencial elemento do direito à vida, vale dizer, a garantia de continuar vivo, é preciso assinalar o momento a partir do qual se considera haver um ser humano vivo (e quando cessa a existência humana), dessa forma se compreenderá o dever estatal quanto à vida, o dever de mantê-la e provê-la. [...] o alcance dessa inviolabilidade, com a identificação, no limite, das hipóteses de vida humana e de não vida ou da vida não humana, ou mesmo das hipóteses em que não há de prevalecer a vida, em face de outros valores, cai no âmbito da discussão intensamente marcada pelo desacordo moral e pela improvável ocorrência – ao contrário do que supõe Dworkin – de um consenso ou da aceitação de uma única resposta jurídico-impositiva por todos os segmentos sociais. No Brasil, em virtude de conexões normativo-constitucionais a seguir desenvolvidas, há de se reconhecer a tutela desde a concepção (TAVARES, 2013, p. 213).

Mas essa resposta fica a cargo das Ciências Naturais. À Ciência Jurídica cabe, de posse dessa resposta, definir o momento a partir do qual a vida recebe proteção jurídica. Nesse sentido, de grande valia são as palavras da ex-presidente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Jutta Limbach, resumidas por Sarlet (*apud* TAVARES, 2013, p. 214) “assim como é correto afirmar que a ciência jurídica não é competente para responder à pergunta de quando inicia a vida humana, também é certo que as ciências naturais não estão em condições de responder quando a vida humana deve ser colocada sob a proteção do direito constitucional”.

No plano do direito internacional, o Pacto de São José da Costa Rica, conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 27, em 26/05/1992, e promulgado pelo Decreto Presidencial n. 678, de 06/11/1992, determina, em seu art. 4, N. 1, “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”.

A vida humana constitui-se em fonte primária de todos os outros bens jurídicos. Não faria nenhum sentido a Constituição assegurar outros direitos fundamentais se não erigisse a vida humana num desses direitos. É por isso que é vedada a pena de morte, pois seria totalmente incoerente a Constituição assegurar o direito à vida e, ao mesmo tempo, permiti-la. A exceção fica por conta da sua admissão no caso de guerra externa declarada, conforme prevê o art. 5º, XLVII, “a”.

Assim é, também, que o Código Penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital; autoriza a legítima defesa contra qualquer agressão à vida; e legitima o ato de alguém que, estando em necessidade de salvar a sua vida, tira a de outrem.

Portanto, a vida é um valor assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil, e é pacífico que, a partir do seu início, ela recebe proteção ampla da legislação penal, punindo qualquer ato que atente contra o seu desenvolvimento, tanto intrauterino quanto após o parto. É nesse passo que o Código Penal estabelece crimes e comina penas diversas para atos que ataquem a vida: Aborto; Infanticídio (modalidade especial de homicídio); Induzimento, Instigação ou Auxílio a Suicídio; e Homicídio. Não se faz, assim, qualquer consideração a respeito de viabilidade da vida após o nascimento quando se trata de proteção constitucional e infraconstitucional do direito à vida. Essa condição, porém, é juridicamente suscitada, não à unanimidade, na jurisprudência, principalmente, e na doutrina quando se está diante de um fato anômalo concernente à gravidez, mais especificamente no caso de feto anencéfalo.

3 O ABORTO

Não é de hoje que a questão do aborto causa controvérsia, tanto entre a Ciência Médica e a Jurídica, quanto no campo político:

A matéria deste capítulo é uma das mais controvertidas do Código. Já Tardieu, no seu “*Étude Medico-Legale de L’Avortement*”, *assignalava* que todos os autores consideravam as questões do aborto criminoso como das mais *difficeis* e delicadas. O Dr. Souza Lima, no estudo sob a *epigraphe* – Figura do Aborto – observa que ainda não se dissiparam as controvérsias que tem reinado de todos os tempos entre médicos legistas e criminalistas (SOARES, 1907, p. 618, *grifo nosso*).

Já sob a égide do Código de 1940, (NORONHA, 1973, p. 51) leciona “Não estão acordes juristas e médicos no conceituar o aborto. As divergências, aliás, começam pelo próprio nome, opinando muitos que se deve dizer abortamento, reservando aquele vocábulo para designar o produto morto ou expelido”.

Na seara política, vários países, por exemplo, Estados Unidos, França, Alemanha e Japão não incriminam o aborto quando provocado até o terceiro ou quarto mês de gravidez, sob as mais diversas razões. No Brasil, no entanto, essa prática é proibida pelo ordenamento jurídico.

De outra banda, na consideração acerca da caracterização do aborto, não há divergência doutrinária a ser observada. O aborto caracteriza-se, assim, com a interrupção da gravidez, em qualquer das suas fases: ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após Três meses), com a destruição do produto da concepção. A objetividade jurídica, portanto, é a tutela da vida humana em formação, a vida intrauterina.

Bruno (*apud* GRECO, 2012, p. 299) preleciona: “Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a consequente morte do feto”.

Conforme Noronha, (1973, p. 53) “[...] é a vida, como bem claro deixa o Código, com a epígrafe do Capítulo I [...] claro é que não se trata de vida autônoma, mas não há negar que durante a gestação já existe vida”.

A par de outras controvérsias, resta claro, portanto, que o ordenamento jurídico-penal tutela a vida intrauterina, em consonância com a Constituição. Há, apenas, duas exceções feitas pelo legislador, no exercício de suas atribuições constitucionais, as quais estão previstas no art. 128, I e II, do Código Penal, denominadas de: a) Aborto Terapêutico (curativo) ou Profilático (preventivo); e b) Aborto Sentimental, Humanitário ou Ético.

4 INTERRUPÇÃO TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO

4.1 A ANENCEFALIA

Para alguns cientistas da área médica, a anencefalia consiste na malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. Consequência disso é que o feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico, faltando-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Portanto, faltam não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. Assim, por não possuir atividade cortical, consideram o anencéfalo um morto cerebral.

Corroborando esse entendimento, Petterson (*apud* MELLO, 2012, p. 22) “Para a medicina, o feto anencéfalo pode ser considerado natimorto neurológico, diante da inviabilidade de alteração no diagnóstico e de formação de massa encefálica”.

Nesse passo, Gollop (*apud* MELLO, 2012, p. 23) “Não há ocorrência de atividade cortical no feto anencéfalo, semelhante a um morto cerebral. Existe somente vida visceral – meramente vegetativa – capaz de fazer bater o coração e respirar”.

Também nessa toada, Pinotti (*apud* MELLO, 2012, p. 19), ao se referir aos diagnósticos de certeza na Ecografia Obstétrica, “Há dois diagnósticos de certeza: o óbito fetal e a anencefalia. Inexiste presunção de vida pós-parto também no caso dessa última”.

Em sentido contrário, diversos especialistas afirmam que na anencefalia há uma insuficiência do fechamento da porção anterior do tubo neural, que implica, evolutivamente, em perda de uma expressiva parte do encéfalo, restando uma outra parte, mais posterior. Por isso, a criança com anencefalia pode respirar espontaneamente e esta função exclui por completo a equivalência com a morte encefálica. Desse modo, sustentam que a anencefalia não é algo certo e determinado, mas algo contínuo que vai de formas menos graves a formas mais graves, sendo um dado estabilizado na ciência e que não há de ser retrucado.

Os bebês nascidos vivos com diagnóstico de anencefalia possuem sinais clínicos de atividade cerebral, por exemplo, reação pupilar, movimento ocular espontâneo, resposta auditiva, sucção e respiração espontânea. E que o protocolo para o diagnóstico de morte encefálica indicado pelo CFM só pode ser aplicado a um paciente que tenha mais de sete dias de vida extrauterina, sendo impossível fazê-lo no caso de feto anencéfalo Specian (*apud* MELLO, 2012, p. 26)

No mesmo norte, Cerqueira (*apud* MELLO, 2012, p. 27) afirma “Não há a possibilidade de determinar a morte encefálica do feto anencéfalo nascido vivo”.

No entendimento de Garcia (*apud* MELLO, 2012, p. 23), deve-se defender o respeito pela vida do feto anencéfalo não só no interior das correntes religiosas ou humanísticas, mas, por prudência, também no meio científico, já que os estudos desenvolvidos sobre essa matéria não atingiram ainda uma profundidade necessária.

Desse modo, diante de afirmações antagônicas de especialistas na área, é manifesto que, mesmo no estágio atual da ciência, com toda a tecnologia à disposição, não há consenso quanto à presença ou não de vida no feto portador dessa anomalia.

5 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54

5.1 O PLEITO DA CNTS

Em defesa dos interesses dos profissionais da saúde, e com o argumento de que, se se interpretar o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade desses profissionais virem a ser responsabilizados em decorrência do enquadramento no Código Penal, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) formalizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. O pedido feito pela Confederação tem

como tema central a afirmação, categórica, de que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo e aborto são figuras que não se confundem pela existência de potencialidade de vida que há neste. Desse modo, pleiteou a técnica da Interpretação Conforme a Constituição, firmada a premissa de que apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo do crime de Aborto, tendo citado Nelson Hungria:

[...] 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. Hungria (apud MELLO, 2012, p. 3)

Por fim, citou literatura médica a qual sustenta que a malformação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intrauterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência, no máximo, algumas horas após o parto.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde trouxe ao pedido opinião de importante jurista e posicionamento de parte da literatura médica que corrobora o entendimento de inviabilidade do feto. Porém, percebe-se que a lição do Príncipe do Direito Penal não presta para o caso aventado na inicial, é que, na primeira parte, ele se refere à gravidez molar (patológica), e na parte final, à extrauterina (tubárica, por exemplo), pois faz referência à presumida possibilidade de continuação da vida do feto, ou seja, de algo (vida) que já existe, mas que não poderá chegar ao termo, e não do que não existe, até porque essa afirmação é da década de 50, época na qual a ciência não dispunha de meios para que se aventasse a hipótese que a autora se refere. Aliás, o Ministério Público, através da Procuradora-Geral da República em exercício, bem assentou isso no julgamento “Ressaltou a inexistência dos meios científicos aludidos quando da promulgação do Código Penal brasileiro, em 1940, a contemplar a hipótese da anencefalia como excludente de ilicitude, razão pela qual não poderia incidir o tipo na espécie” Pereira (apud MELLO, 2012, p. 30-31). Já em relação à literatura médica, trouxe aos autos aquela que atende aos seus interesses. Tudo isso, porém, é plenamente justificável, porque, mesmo num processo objetivo, o autor vai buscar elementos que justifiquem e embasem a sua tese, dando interpretação nesse sentido.

Sobre a assertiva em relação à interpretação do arcabouço normativo com base em visão positivista pura, lapidares são as lições de Lênio Luiz Streck:

Portanto, não devemos confundir “alhos” com “bugalhos”. Obedecer “à risca o texto da lei” democraticamente construído (já superada a questão entre direito e moral) não tem nada a ver com a “exegese” à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária [...] Repito: “cumprir a letra [sic] da lei” significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência: é positivista tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que “texto e norma estão descolados” (no caso, as posturas axiologistas, realistas, pragmaticistas, etc.). Para ser mais simples: Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas. E disso todos sabemos as consequências. Ou seja: apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista ou pode não ser (STRECK, 2010, p. 170).

5.2 O VOTO DO RELATOR

Passados oito anos desde a concessão da liminar (2004) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido feito pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), por oito votos a favor e dois contra, ficando impedido o Min. Dias Toffoli, tendo a maioria seguido o voto do Relator em seus fundamentos.

O Ministro Marco Aurélio conduziu o seu voto tendo como premissas, basicamente, a laicidade do Estado brasileiro, o direito à saúde, à dignidade, à liberdade, além de discorrer sobre a anencefalia, doação de órgãos de anencéfalos, direito à vida destes e o caráter não absoluto do direito à vida.

Sua Excelência, após o relatório, inicia seu voto citando trecho do Sermão da Primeira Domingo do Advento:

E como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde o seu princípio nasceram juntas com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar um momento, mas com perpétuo moto, e resolução insuperável passar, e ir passando sempre. Vieira (*apud* MELLO, 2012, p. 32).

Em seguida, discorre a respeito da laicidade da República Federativa do Brasil.

O Relator, ao tratar da laicidade, destaca uma passagem bíblica: “Dai a Cezar o que é de Cezar e a Deus o que é de Deus”, Evangelho de São Marcos, capítulo XII, versículos 13 a 17, e afirma “O Brasil é um Estado secular tolerante, em razão dos artigos 19, inciso I, e 5, inciso VI, da Constituição da República. Deuses e Césares têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro” (MELLO, 2012, P. 32). Por fim, arremata:

A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução (MELLO, 2012, p. 43).

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que é, no mínimo, contraditório o Estado, num ato emanado de um de seus Poderes, o Judiciário, assentar a separação existente entre Estado e Igreja buscando inspiração em palavras eivadas de sentimento religioso, ainda que usadas por força da retórica, em *Obiter Dictum*; as palavras, ademais, de Padre Antônio Vieira, na continuidade do trecho do referido Sermão (não citadas no voto), assim seguem:

[...] A segunda razão ainda é mais natural e mais forte: o nada. *Todas as coisas se resolvem naturalmente, e vão buscar com todo o peso o ímpeto da natureza, o princípio donde nasceram.* O homem porque foi formado da terra, ainda que seja como dispêndio da própria vida, e suma repugnância da vontade, sempre vai buscar a terra, e só descansa na sepultura [...] *Assim todas as coisas deste mundo, por grandes e estáveis que pareçam, tirou-as Deus com o mesmo mundo do não ser ao ser; e como Deus as criou do nada, todas correm precipitadamente, e sem que ninguém lhes possa ter mão, ao mesmo nada de que foram criadas* [...] De sorte que estas são as duas razões por que todas as coisas passam. Passam, porque voam com o tempo, e passam, porque vão caminhando para o nada donde saíram Vieira (*apud* ESPÍNOLA, 2014, p. 6, *grifo nosso*).

E continua, ainda, nesse terreno, ao buscar fundamentação na própria bíblia para afirmar que Estado e Igreja não se confundem.

No campo doutrinário, Medina (2014, p. 1) entende que, apesar de o Brasil ser um Estado laico, isso não quer dizer que o Estado não atente aos valores inerentes às religiões “A laicidade do Estado não permite que se afirme inexistir um princípio que norteia a atuação

estatal e que também deve guiar as pessoas [...] é difícil negar que o ser humano não tenha uma dimensão espiritual, e esta aspiração foi incisivamente expressada, no texto Constitucional”.

No regime constitucional brasileiro vigora a separação entre Estado e Igreja. O princípio da laicidade foi inaugurado na Constituição de 1891 (art. 11, § 2º; 72, §§ 3º e 7º; 28 e 29), porém já havia sido previsto no Decreto 119-A, de 7/01/1890, logo após a Proclamação da República. Hoje está previsto na Constituição Federal, art. 19, I.

[...] o regime constitucional brasileiro é de não identificação (Estado laico) com separação, o que não significa, vale frisar, oposição, que está presente numa concepção laicista (ao estilo francês), de relativa hostilidade à religião. Nem indiferente, e ainda menos hostil, a Constituição revela-se atenta, separada, mas cooperativa, não confessional, mas solidária, tolerante em relação ao fenômeno religioso (NETO, 2013, P. 708).

O Brasil, por ser um Estado laico, não acolhe, impõe, estimula ou segue dogmas impostos por qualquer religião, mas também não significa que reprova esta ou aquela. Como Estado não confessional, não está vinculado, nas tomadas de decisões, a questões religiosas. É claro que diversos valores que são caros à religião também o são ao Estado. Quando um desses valores não é mais coincidente, ou seja, quando a sociedade, no seu contínuo desenvolvimento, em sua maioria, não resguarda mais em suas práticas determinado valor, que antes era penalmente protegido, o Estado, através do Poder competente, descriminaliza a conduta que era considerada violadora daquele bem jurídico tido em alto preço. Por exemplo, a descriminalização do adultério.

Vemos, assim, que Direito e Religião são fenômenos distintos. Não obstante, a todo momento, buscam inspiração um no outro. Há normas jurídicas de conteúdo religioso, como a proibição do aborto, da bigamia etc. Ora, ao tentar organizar a vida em sociedade, o Direito não pode se esquecer das preocupações de cunho religioso, tão importantes para o homem. *Além do mais, a preocupação com o bem é inerente a ambos, Direito e Religião* (FIUZA, 2011, p. 708, grifo nosso).

O Relator faz, também, diversas ponderações sobre a saúde física da mulher, mencionando, inclusive, opiniões antagônicas, por exemplo, Cerqueira (apud Mello; 2012, p. 60-61) “ela enfatizou os riscos inerentes à antecipação do parto e questionou a óptica segundo a qual a manutenção da gravidez do feto anencéfalo mostra-se mais perigosa”. Também nesse

sentido, Brandão (*apud* MELLO, 2012, p. 81) “A criança anencéfala – vejam bem – não causa perigo à vida da sua mãe mais do que uma gestação gemelar”. Na contramão dessas posições, Temporão (*apud* MELLO, 2012, p. 61) afirma que a gravidez de feto anencéfalo “[...] pode levar a intercorrências durante a gestação, colocando a saúde da mãe em risco num percentual maior do que na gestação normal”. Assim também Moraes (*apud* MELLO, 2012, p. 61) “[...] realçou ser de alto risco a gravidez de anencéfalo, até pela probabilidade bastante aumentada de o feto perecer dentro do útero”.

Mais uma vez fica demonstrada a dissonância nas opiniões dos especialistas quando se trata da situação do feto anencéfalo, agora em cotejo com a da mãe.

O voto pugna, ainda, pela prevalência dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia e à privacidade da mulher em face do direito à vida do anencéfalo, vida esta que, para o Relator, não existe (MELLO, 2012, p. 69) “No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado -, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade [...]”. Acontece que se alegam, também, esses mesmos direitos quando se argumenta contra o aborto:

O exemplo típico, aqui, é a gravidez com comprovado risco de vida à mulher (inviolabilidade da vida da gestante). Nessa mesma linha, costumam ser invocados, ainda, diversos outros direitos contrapostos aos do feto: a dignidade da mulher, o direito à saúde, à liberdade, à personalidade e à privacidade, que, em determinadas situações, poderiam ensejar o afastamento da diretriz contida no dispositivo transcrito; essas propostas se apresentam sempre numa situação de solução no âmbito da teoria constitucional. Porém, a mesma dignidade como postulado geral, a mesma ideia de saúde pública e demais direitos referidos aqui também costumam aparecer como fundamentos para argumentos contrários ao aborto (TAVARES, 2013, p. 215).

Em relação à Anencefalia, o Ministro Marco Aurélio faz uma explanação e, aqui, cita opiniões de especialistas, já demonstradas anteriormente, que seguem no sentido de que o anencéfalo não possui vida, para justificar a posição que já tomou, apesar das outras posições abalizadas em contrário, “Cumpre rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas Nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial”. (MELLO, 2012, P. 48).

Quanto ao direito à vida do anencéfalo, como o Ministro não o considera um ser vivo, por consequência não lhe reconhece esse direito:

Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida (MELLO, 2012, p. 54).

Para corroborar seu entendimento, invoca ensinamentos de Hungria (*apud* MELLO, 2012, p. 55, *grifo do autor*) “O interesse jurídico relativo à vida e à pessoa é lesado *desde que se impede a aquisição da vida e da personalidade civil a um feto capaz de adquiri-las[...]*”.

Fica, aqui, cristalina a tomada de posição intransigente do relator, pois a citação acima, no voto, continua “[...] Por outro lado, ainda que não se pudesse falar de vida em sentido especial ou próprio, relativamente ao feto, *não deixaria de ser verdade que este é dotado de vida intrauterina ou biológica, que também é vida, em sentido genérico [...]*” Hungria (*apud* MELLO; 2012, p. 54, *grifo nosso*)

Sarlet (2013, p. 192), ao tratar dos casos especiais de titularidade dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal, afirma:

No caso dos embriões (e fetos) em fase gestacional, com vida uterina, nítida é a titularidade de direitos fundamentais, especialmente no que concerne à proteção de suas vidas [...] Na seara da proteção penal de bens fundamentais, situa-se a proibição – ainda que não absoluta – do aborto. Por outro lado, embora a tendência dominante de assegurar à vida intrauterina pelo menos uma proteção jurídico-fundamental objetiva, segue intenso o debate sobre os limites desta proteção [...]

A vida humana é um direito fundamental. E ela, como não surge de um estalo, ou seja, não é um fenômeno que surge no mundo dos fatos naturais pronta e acabada, pelo contrário, é fruto de um processo que se inicia na concepção, onde estiver presente, em qualquer de suas fases, recebe proteção do ordenamento jurídico-penal a fim de resguardar o seu livre desenvolvimento. Assim é que, como já dito anteriormente, o Código Penal criminaliza as condutas que atentem contra a vida intrauterina e extrauterina, desde o seu limiar.

É cediço, ainda, que nenhum direito fundamental é absoluto. Nem a vida. A própria Constituição Federal relativiza-a, quando, no art. 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em

caso de guerra declarada na forma do art. 84, inciso XIX. O Ministro relator também faz alusão a isso, para tanto cita esses mesmos artigos.

Com efeito, a vida, no sistema constitucional de direitos fundamentais, é um valor tão caro que a situação prevista no art. 84, XIX, é excepcionalíssima. A exceção só se concretiza se a guerra for externa e declarada. Ou seja, se houvesse uma guerra interna, por exemplo, se um ou mais Estados quisessem separar-se da federação, e nessa guerra ficasse configurado algum fato típico previsto no Código Penal Militar que desse ensejo para pena de morte, nos termos do art. 355 e §§, essa não poderia ser aplicada, haja vista que, para tanto, a agressão deve ser externa, exatamente porque o valor vida da pessoa humana só cederá, como pondera José Afonso da Silva, em prol da sobrevivência da nacionalidade:

Ao direito à vida contrapõe-se à pena de morte. Uma constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte. É da tradição do Direito Constitucional brasileiro vedá-la, admitida só no caso de guerra externa declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. Quinto, XLVII, “a”), porque, aí, a Constituição tem que a sobrevivência da nacionalidade é valor mais importante que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento crucial (SILVA, 2012, p. 69).

Com relação à doação de órgãos de anencéfalos, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº1.949/2010, revogou a Resolução nº1.752/2004 que disciplinava essa matéria.

O Relator faz menção, ainda, em relação à relatividade do direito à vida, à causa específica excludente de ilicitude prevista no Código Penal:

Corroborar esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão (MELLO, 2012, p. 59).

Com efeito, pelo Princípio da Reserva Legal, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, a fonte de cognição imediata das normas penais incriminadoras e não incriminadoras é a lei; e, essa, é produzida pelo Estado, cuja função típica é,

constitucionalmente, atribuída ao Poder Legislativo. Apenas em relação à chamada norma penal em branco é que o legislador fixa o preceito primário e delega a complementação à administração – norma penal em branco em sentido estrito, também designada por parcela da dogmática jurídica de Reserva Relativa.

5.3 A DECISÃO

Como dito antes, a decisão favorável ao pedido feito na Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 54 foi por maioria de votos. Essa maioria, isso também já foi aqui demonstrado, seguiu o relator. Ficaram vencidos os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, que seguiram raciocínio diverso. Na Democracia é de bom alvitre saber o que pensa a minoria e levá-la em consideração. Desse modo, é importante saber qual a fundamentação do voto desses ministros, levando-se em consideração o que está sendo proposto neste trabalho.

O Ministro Lewandowski conduziu seu raciocínio seguindo na linha que delimita as competências dos Poderes da República. Que não cabe ao STF, conforme ocorre com as outras Cortes Constitucionais, o papel de legislador positivo, não lhe sendo lícito criar normas legais, ainda que a pretexto de dar a elas interpretação conforme a Constituição. Lewandowski (2012) afirma que essa tarefa é, constitucionalmente, atribuída ao Poder Legislativo – Congresso Nacional, que, num sistema representativo como o nosso, fala pelo povo. Ademais, Sua Excelência lembra que tramitam no Congresso ao menos dois projetos de lei que tem por fim normatizar a matéria, demonstrando, assim, que o parlamento ainda está discutindo o assunto, pois este é de enorme relevância e envolve vários aspectos que fogem da alçada judicial (LEWANDOWSKI, 2012).

Com efeito, o assunto é deveras controvertido. Além disso, é extremamente complexo sob o ponto de vista jurídico e, principalmente, científico. Por isso ainda se encontra em debate no Congresso Nacional, foro constitucionalmente adequado; não estivesse, aí sim talvez coubesse alguma resposta por parte do STF. Nesse sentido:

Em boa parcela desses pleitos, julgados por intermédio de ADIs, ADPF e HCs, a resposta do STF foi invasiva, por vezes ingressando nas competências dos demais poderes (não importa, aqui, se esses “demais poderes” “mereceram” essa invasão ou não, em face de suas inércias). Aliás, isso pode não ser de todo um mal. Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. Explico: a primeira acontece porque decorre de (in)competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaco para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a

segunda é, digamos assim, *behaviorista*, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável; o ativismo não. O ativismo não faz bem à democracia [...] (STRECK, 2012, P. 3)

No mesmo sentido do Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Cezar Peluso assentou que, constitucionalmente, cabe ao legislador descaracterizar tipicidades e instituir excludentes de punibilidade “o legislador se eximiu de incluir no rol das hipóteses autorizativas do art. 124 [do Código Penal]. Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização normativa, mediante atos lícitos de pressão política” (PELUSO, 2012, P. 411).

Quanto à vida do feto anencéfalo, na fase intrauterina, o Ministro Peluso nem se quer cogita de sua inexistência, uma vez que tem para si uma noção definida de vida: “Sustento, agora, que **todos** os fetos anencéfalos – a menos que, como tais, já estejam mortos, como parecem sugerir-lhes os partidários do abortamento – são inequivocamente dotados dessa capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe é imanente” (PELUSO, 2012, p. 378, *grifo do autor*). Com essa posição, o que o Ministro faz é atacar a alegação de que o ordenamento jurídico-penal protege a vida intrauterina apenas se ela for viável fora do útero. O tipo penal de aborto configura-se com a eliminação pura e simples da vida, sem se levar em conta especulações de qualquer ordem.

A matéria tratada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 é complexa e envolve, também, conhecimentos pertinentes à Ciência diversa da Jurídica. Mais ainda. Conhecimentos de especialistas na área Médico-científica. Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal, através do Relator da ADPF 54, com base no par. 1º do artigo 6º da Lei nº 9882/99, convocou audiência pública para ouvi-los, além dos seguimentos sociais e religiosos.

A audiência pública, como já foi demonstrado, não serviu para dissipar dúvidas sobre a existência ou não de vida no feto anencéfalo, ponto nevrálgico da questão posta em julgamento. Ora, se a Constituição e o ordenamento infraconstitucional, mais especificamente o penal, protegem a vida desde a concepção, caso ficasse provado, categoricamente, que naquele produto da concepção não há vida, a questão estaria resolvida. Não, por óbvio, pela inviabilidade dela fora do útero, mas pelo fato de se tratar de um produto sem vida (e não morto) – que não são a mesma coisa, como se extrai da afirmação de Garcia (*apud* PELUSO; 2012, p. 378) ao expor sua posição “o anencéfalo morre, e ele só pode morrer porque ele está

vivo. Se ele não estivesse vivo, ele não morreria” -, desprovido, portanto, de proteção do ordenamento jurídico.

Acontece que o STF, olvidando desse impasse científico, num ativismo exacerbado, imiscuiu-se em matéria pertinente à ciência que não domina e tomou uma decisão solipsista – tomando emprestado termo usado por Lênio Streck –, considerando o anencéfalo um ser sem vida e, conseqüentemente, negando-lhe este direito:

[...] Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. *Anencefalia e vida são termos antitéticos* [...] o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida [...] Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, *não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir* [...] (MELLO, 2012, P. 54, *grifo nosso*)

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal adentrou em competência reservada a outro Poder e criou outra excludente do crime de aborto. Isso já havia sido rechaçado, numa formação anterior do Supremo, pelo Ministro Carlos Velloso, ao preconizar a inadmissibilidade da ADPF “*o que se pretende é [...] que o STF estabeleça, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, mais uma causa de exclusão do crime de aborto. [...] No caso, o STF estaria inovando no mundo jurídico, vale dizer, estaria criando mais uma forma de exclusão do crime de aborto [...]*” Velloso (*apud* PELUSO, 2012, P. 412, *grifo do autor*).

Diante de tantas contradições e posições antagônicas, seja na ciência médica, seja na jurídica, encontradas no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, é conveniente indagar se decisões políticas desse jaez, numa democracia como a nossa, devem ficar a cargo do Judiciário, ainda que se trate da mais alta corte do país. Lembrando, como já ficou assentado, que judicialização é diferente de ativismo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se olvida que o Código Penal é fruto de um outro momento da realidade social brasileira, a Década de 40 do Século XX. Porém, esse é ainda vigente nestes dias de Século XXI, já que recepcionado pela Constituição de 88. E como lei vigente aplicam-se-lhe os princípios constitucionais penais. Dentre eles, o da Reserva Legal. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente o mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, inovou no ordenamento jurídico, criando uma nova excludente de ilicitude, e violou esse princípio basilar da Democracia.

Ainda que se considere legítima a atuação do STF neste caso, o que poderia ser considerado como judicialização de uma matéria que o Poder competente, por inércia, não deu uma resposta política a ela, não estaria ele legitimamente autorizado, pois há no Congresso Nacional projetos de lei sobre a matéria em tramitação. Também não justifica o argumento da demora na tramitação desses projetos, pois o próprio Pretório Excelso passou oito anos para julgar o mérito da ADPF 54.

A decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 mostrou-se profundamente contraditória em seus fundamentos. O mais grave foi o STF ter-se olvidado da controvérsia científica sobre a existência de vida no feto portador de Anencefalia. O sentido da audiência pública, neste caso, era exatamente inteirar-se sobre a patologia que, por óbvio, é de estudo pertencente a outra ciência. E essa ciência não ofereceu resposta segura à questão. Sim, por que este é o ponto chave na resolução do problema: se fica devidamente comprovado que não há vida no anencéfalo, não há falar-se em proteção pelo ordenamento jurídico (isso, é claro, levando-se em consideração a legitimidade do Supremo para decidir a matéria). Diante do impasse, o STF fez, então, uma escolha, o que é prejudicial à Democracia - na qual há espaços próprios, reservados à manifestação política, jurídica, científica etc. -, uma vez que o que se espera do julgador é que decida conforme o Direito, e não com base em visão particular da matéria sobre a qual vai decidir.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. **Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969)**. Disponível: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 01 nov. 14.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54/DF**, Plenário, Relator: Marco Aurélio Mello. Julgamento: 12/04/2012. Publicação: Diário da Justiça de 30/04/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>. Acesso em: 02 out. 14.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESPÍNOLA, Karina Beatriz. **Sermão da Primeira Domingo do Advento (1655)**. Edição Eletrônica. Disponível: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/fs000007pdf.pdf>. Acesso em: 18 out. 14.

FIÚZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 15. Ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 6. Ed. Niteroi: Impetus, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O Estado, sendo laico, deve defender a dignidade de todos**. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-26/estado-sendo-laico-defender-dignidade-todos>. Acesso em: 22 out. 14.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, Edgard de Magalhães. **Direito Penal**: vol. 2. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. 7. Ed. Rio de Janeiro: A. Garnier, 1907.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. Ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista NEJ – Eletrônica, vol. 15 – n.1 – p. 158-173/jan.-abr. 2010. Disponível em: www.univali.br/periódicos. Acesso em: 22 out. 14.

STRECK, Lenio Luiz. **O STF, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”**. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-de-ouro>. Acesso em: 22 out. 14.