

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

PARALLEL BETWEEN THE FOREGOING THE UNITED STATES -  
ANALYSIS OF ROE VS WADE DECISION, AND THE INSTITUTE OF  
EFFECTIVENESS TRANSCENDENT MEMORANDUM DETERMINANTS IN  
BRAZIL - ANALYSIS OF THE DECISION BY STF ADPF 54

**Luciana Ferreira Mello**

Faculdade Paranaense - FAPAR – Curitiba – Paraná – Brasil

**Estefânia Maria de Queiroz Barboza**

Universidade Federal do Paraná – UFPR - Curitiba- Paraná - Brasil

*"A distância entre o sonho e a realidade é a quantidade certa  
de tempo e trabalho."*

William Douglas

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

**PALAVRAS-CHAVE:** precedentes, ADPF 54, controle de constitucionalidade, *Common Law*.

**ABSTRACT:** This article aims to make a comparison between the previous practice of the American Judicial Review and Effectiveness of transcendent reasons determinants in Brazil. Therefore, after the presentation of concepts 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 reasons transcendent can bring to the paternal specific issue of abortion.

**KEYWORDS:** Precedents, ADPF 54, control of constitutionality, *common Law*,

## 1 INTRODUÇÃO

Antes de adentrar ao tema central do presente estudo, faz-se necessário realizar uma breve distinção entre dois dos mais importantes sistemas de direito contemporâneo: o *Common Law* e o *Civil Law*.

Em primeiro lugar, no que tange com o surgimento do primeiro sistema a ser abordado: o *Common Law*, verifica-se que sua origem remonta à conquista da Inglaterra no anos de 1066 (MERRYMAN, 2007, p.1) – num contexto de feudalismo na Inglaterra. Neste 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 isto se justifica o nome *Common Law*, como um direito comum a todos, em oposição aos costumes locais (MERRYMAN, 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)

Glissen (1986) aponta as seguintes vantagens para este direito erudito: i) 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”; ii) era comum a todos tendo sido reconhecido como *ius commune* da Europa continental; iii) era mais completo que os direitos locais, tornando-se, por isso, supletivo aos direitos locais; iv) era mais evoluído, pois elaborado com base num direito de uma sociedade mais desenvolvida.

Com a evolução deste sistema, o movimento da codificação buscou reunir em um único texto diversas normas (CHEVALLIER, 2009, p. 145). Ou

seja, buscava-se, através da codificação, tornar o direito mais conhecido da população e deste modo garantir a segurança jurídica de modo mais abrangente. O direito deveria ser conhecido por todos e a codificação faria este papel (GLISSEN, 1986, p. 448). Não obstante as boas intenções, os Códigos acabaram precisando de estudiosos para serem interpretados.

Assim, ante a 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, 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, 2007, p. 23-24).

Assim, deve se ter em mente que a doutrina de precedentes desenvolveu-se 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 Patrícia Perrone CAMPOS 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.” (MELLO, 2008, p. 114).

Neste 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 seu desenho animado favorito. (MELLO, 2008) 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, sendo que, o irmão mais

novo não tem essa necessidade, e por isso, lhe foi negado o pedido. Assim, verifica-se que o motivo e a situação fática é determinante 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, com relação ao modelo de controle de constitucionalidade difuso adotado nos Estados Unidos<sup>1</sup> verifica-se que, qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade de lei que esteja em dissonância com a Constituição norte-americana.<sup>2</sup>

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 em 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: Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, sendo-lhe conferido o poder de analisar a adequação de leis e 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 diverso.

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

---

<sup>1</sup> Salutar trazer os ensinamentos de SARLET (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 conflitivos, deve analisar a relação da lei com a Constituição, entendeu-se que o juiz americano poderia realizar, incidentalmente, o controle de constitucionalidade.”

<sup>2</sup> 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 SARLET (2012, p. 774-775), não existira, a rigor, diferença entre eles, pois o que ocorre sempre é um controle difuso, sendo que, 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.”

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 que, no direito brasileiro, pode ser equiparado à doutrina dos precedentes e, como este instituto tem sido recepcionado em nosso ordenamento. Igualmente, será trazida a recente decisão do STF sobre o aborto a fim de detectar como este 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.

## 2 PRECEDENTE

Primeiramente, cabe esclarecer que, apesar deste trabalho se ater à questão de utilização de precedentes, especificamente, no controle de constitucionalidade norte-americano, este instituto originou-se na jurisdição civil e, que de acordo com SARLET (2012)<sup>3</sup> a doutrina do *stare decisis*<sup>4</sup> norte-americana demorou quase um século para desenvolver uma teoria a respeito.

De acordo com os ensinamentos de BARBOZA (2013), 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. (BARBOZA, 2013, p.168)

<sup>3</sup> “É certo que a doutrina americana demorou para individualizar os precedentes constitucionais – isto é, os precedentes que tratam de questões constitucionais – diante dos precedentes da *commom 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 dos sistema judicial americano. Havia experiência com os precedentes do *commom 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”. (SARLET, 2012, p. 844-845).

<sup>4</sup> Barboza (2013, p. 167) 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 *commom Law*. O nome completo da doutrina é: *stare decisis ET quieta non movere*.”

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, esta 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, a complexidade das relações de gênero e de família, aumentam a sensação de que as normas jurídicas, assim 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 ao invés 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.” (BARBOZA, 2013, 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. (BARBOZA, 2013, p. 193)

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*<sup>5</sup> e *overruling*<sup>6</sup>, desde que, o faça de modo fundamentado.

Ante a 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.

---

<sup>5</sup> O *distinguishing* é que o os juízes fazem quando, no processo de decisão, encontram distinção entre o caso concreto que estão enfrentando e um precedente que, foi decidido anteriormente. Assim, afastam a incidência do precedente por não encontrarem similitude entre o caso concreto e o precedente que, aparentemente, seria aplicável. (BARBOZA, 2013, p. 194)

<sup>6</sup> 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. (BARBOZA, 2013, p. 196).

Para decidirem com base em precedentes devem analisar se os fatos se adequam aos do caso que ensejou o precedente, podendo, inclusive, afastá-lo caso entenda que este 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 por Dworkin (1999) acerca de seu conceito de interpretação, esta 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 dar continuidade a 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.

Para Dworkin (1999), a evolução jurisprudencial deve ocorrer tal qual o desenrolar da trama de um romance literário, ou seja, deve prosseguir sempre no sentido de evoluir sem importar em retrocessos. Os julgadores devem levar em consideração os posicionamentos expressados em casos anteriores e prosseguir no mesmo raciocínio, sendo que, para mudar o rumo devem fundamentar o motivo da mudança.

### **3 TRATAMENTO DA QUESTÃO DO ABORTO NOS ESTADOS UNIDOS: ROE VS WADE**

Neste tópico a finalidade será a de 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 esta análise seja possível será lançado mão dos estudos realizados por Dworkin (2006) sobre o assunto no livro *O direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*, quanto a questão alusiva à interpretação constitucional, conforme se verifica:

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

**Revista do Direito da UNISC**, Santa Cruz do Sul,  
v.2, n. 46, p. 86-103, maio – ago. 2015.

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.

Dworkin (2006, p. 73), ante a leitura do trecho acima 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 que esta decisão foi escolhida.

A Constituição norte-americana é omissa no que tange à existência, ou não, do direito das mulheres à realizar 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. 73).

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

Para o referido autor 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 (USA, 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 (USA, 1972), a Suprema Corte alargou o âmbito dos direitos de privacidade sexuais quando derrubou uma lei de Massachusetts que proíbe a venda de contraceptivos de casais não casados. A decisão, neste caso, estendeu a



proteção constitucional de todas as relações sexuais procriativo, e não apenas as relações sexuais entre parceiros casados.

Se esta última decisão fosse analisada apenas através 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 x Wade definiu que feto não é pessoa constitucional, e essa definição é a que mais se adéqua com outras partes do ordenamento jurídico. (DWORKIN, 1999, p. 76)

Logo, conclui-se que a decisão que descriminalizou a prática de aborto nos Estados Unidos, em sede de controle difuso de constitucionalidade, levou em consideração 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<sup>7</sup>, além, de utilizar a técnica de interpretação para definir que feto não é pessoa constitucional.

#### **4 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 se deram, 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

---

<sup>7</sup> Os precedentes analisavam a questão da possibilidade de proibir a venda de métodos contraceptivos nos estados.

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 começam a se aproximar, especialmente a partir da Revolução dos Direitos Humanos e da Judicialização da Política.

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

Como já dito, a utilização e vinculação aos precedentes garante maior previsibilidade nas decisões judiciais, garantindo a segurança jurídica e 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 com relação ao sistema brasileiro do *Civil Law*. E, ainda, que 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 tem 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 sendo análogos à prática de precedentes, tais como: súmulas, súmulas vinculantes, prática de exigência de repercussão geral para admissão de recursos e a 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, coerência, previsibilidade e 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) a segurança jurídica:

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 básica mente 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 Sarlet (2012), 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 obviedades, 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.

Deste modo, a doutrina de precedentes apresenta uma boa resposta para os anseios relacionados à segurança jurídica e previsibilidade. O presente estudo aponta o instrumento da transcendência dos motivos determinantes, como meio do nosso 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.

Neste 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 1987- DF que, em linha gerais desenvolveu-se da seguinte forma: o Tribunal Superior do Trabalho, mediante a edição da Instrução Normativa 11/97, criou novas hipóteses que autorizam o sequestro de verbas públicas para pagamento de precatórios trabalhistas, além da preterição de ordem de preferência estabelecida na CF; o governador do Estado de São Paulo ajuizou a ADI 1662 – 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 1662 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 11/97, e não possui vinculação, com outras normas que tenham o mesmo conteúdo.

Pois bem, tempos depois o Governo do DF, em face de ato do Presidente do TRT do DF, com fundamento na EC 30, determinou o sequestro de verbas públicas do DF, ajuizou a Reclamação 1987, sob a alegação de que a ordem da Presidente do TRT havia violado a decisão proferida na ADI 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 1662, e, se o tribunal poderia aplicar a decisão desta ADI haja vista tratar-se de órgãos diversos e Estados diversos da federação.

Houve desfecho no sentido de que, apesar de tratar-se de norma diversa, oriunda de órgão diverso e destinado a Estado diverso, haveria a obrigatoriedade de respeito à ADI 1662, pois os fundamentos da decisão eram aplicáveis também aos demais casos semelhantes.

Da fundamentação da ADI 1662 extrai-se que, os casos que permitem sequestros de verbas públicas estão previstos, exclusivamente, no texto constitucional, sendo que, é vedado o estabelecimento de novas hipóteses além daquelas já previstas.

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

Apesar deste *leading case* ter adotado a aplicabilidade da eficácia da transcendência dos motivos determinantes e, de toda a fundamentação ser possível concluir, logicamente, que este instituto é eficaz na promoção de previsibilidade e segurança jurídica, sua adoção no Supremo Tribunal Federal é considerada matéria controvertida, porquanto, esta corte ainda não adota totalmente este 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 nº 54.

## **5 TRATAMENTO DA QUESTÃO DO ABORTO NO BRASIL: ADPF 54**

A ADPF 54 (STF, 2012) objetivava a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, da interpretação dos artigos 124, 126, 2 128, inciso I e II, do Código Penal (decreto lei 2848/40) que criminalizava a antecipação terapêutica do parto de feto anencefalo, 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: (1) 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; (2) 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 à dignidade da mulher, pois não há a viabilidade de vida; “Aborto” é crime contra a vida, e neste caso não existe vida possível; (3) com base no julgamento da ADI 3510, destacou 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; (4) mesmo inadmitindo que exista o direito à vida do feto, de acordo com o relator e, em suas palavras, “por amor ao debate”, este suposto direito a uma vida que, segundo pesquisas, não ultrapassaria algumas horas, não deriva prevalecer no confronto com os direitos: à limitação da dignidade, liberdade, autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres que gestam fetos anencéfalos, e, por fim, (5) conclui pela inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro.

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

Aqui 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 54, que existe preocupação no sentido de tomar 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 antecipação terapêutica do parto, verifica-se a preocupação em não gerar um argumento a 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 referiam-se, num 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.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de tratar-se 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, através de medida fundamentada, pode afastar a incidência do precedente por entender que o caso não é idêntico, e, ainda, pode superar este precedente adequando-o ao caso atual.

Mediante a análise do caso *Roe vs 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 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 o 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 segurança jurídica é necessária em qualquer sistema jurídico por ser base do Estado de Direito. Neste 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.

Dentre os inúmeros instrumentos que a doutrina aponta similares aos precedentes, adotou-se para análise, por 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* apresentado, o STF ter se posicionado de maneira favorável à aplicabilidade do instituto, o tema ainda é controvertido em nosso ordenamento.

Mediante a 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 esta decisão levou em consideração 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 detecta-se neste julgado: a preocupação em descaracterizar o aborto, afirmando que tratou-se de questão que nada tem a ver com 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.

Logo, na hipótese de adotar este instrumento, além das conseqüências teóricas apresentadas no presente estudo vislumbra-se a possibilidade, no



caso concreto específico do aborto, que a fundamentação que foi utilizada para permitir a “antecipação terapêutica do parto”, também seja utilizada, futuramente, como permissão para a descriminalização do aborto em geral, pois fundamenta-se no fato de que: (1) feto não é vida; (2) dignidade da mulher. Argumento que, visivelmente, podem ser manejados para permitir aborto em qualquer caso, até mesmo, por questão de coerência entre as decisões.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 28 05. 2012. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>.
- CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.
- CHEVALLIER, Jacques. **O estado Pós-Moderno**. Tradução de 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.
- \_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- Estados Unidos. Suprema Corte. Caso 381 US 479. Disponível em: <  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html> > Acesso em 27 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. Suprema Corte. Caso 405 US 438 Disponível em: <  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/case.html> > Acesso em 27 jul. 2013
- Estados Unidos. Suprema Corte. Caso 381 US 479. Disponível em: <  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>> Acesso em 27 jul. 2013.
- GLISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 5. ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ratio Decidendi e Obiter Dicta* in: SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 853-857.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MERRYMAN, Jonh Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. ***The Civil Law tradition: na introduction to the legal systems of Europe and Latin America***. 3.ed. **Stanford University Press: Califórnia, 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***. Curitiba, 264 f. Tese de Doutorado em Direito apresentada ao Programa de Pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 2013.

ROSENFELD, Michel. **Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos**. In: Limites do Controle de Constitucionalidade, org. ALPINO BIGONHA, Antonio.