

ADPF-54: CRÍTICA À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL ADOTADA E SUAS REPERCUSÕES CIVIS

ADPF-54: CRITIQUE TO THE CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS USED AND YOUR CIVIL EFFECTS

Maria Coeli Nobre da Silva¹
Daniela Veloso Souza Passos²

RESUMO

A contemporaneidade sob a égide do Estado Democrático de Direito está a exigir decisões políticas - na qual se incluem as judiciais -, que sejam transparentes e que tenham legitimidade. Insuficiente é que se tenha a posituação de direitos, algo mais está sendo requerido: a sua legitimação, pelo que a produção judicial do direito há de submeter-se a um crivo democrático. Por sua vez, o hodierno tem gerado fenômenos sociais e jurídicos cada vez mais plurais, que não se coadunam com um modelo tradicional da produção do direito, em especial o advindo do Poder Judiciário. Em assim sendo as concepções meramente formalistas de dizer o direito (*formalismo clássico*) perdem, gradativamente, seu espaço dando azo a outra dimensão mais criativa, pela construção de uma *hermenêutica material*, de lentes direcionadas para a realidade social que contemple, sem qualquer refugio discriminatório, a cidadania em suas conquistas dos direitos fundamentais. Essa flexibilidade criativa, porém, não afasta a necessidade de observâncias das consequências da decisão e obrigatoriedade de que seja construído um discurso racional em termos da argumentação. Tal cautela não ocorreu com o STF no caso da ADPF-54, em que se verifica, com clareza meridiana, uma linha argumentativa incoerente e de simulado raciocínio para julgar procedente a inicial, e declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez do feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro. A proposta deste trabalho, de base bibliográfica e envolvendo estudo de caso, é identificar as contradições operadas na mencionada decisão do STF e suas repercussões civis. Para tanto cuidou-se de incursionar na seara hermenêutica, fazendo dela emergir uma análise crítica com base nas novas teorias argumentativas cujo valor referencial assimila os direitos fundamentais. A final, concluindo a pesquisa que ao negar como real o conflito existente, na verdade houve a utilização do princípio da ponderação pelo STF laborando em equívoco sobre o caso difícil posto a julgamento, não apenas por desconfigurar a natureza humana do feto anencéfalo e fulminá-lo do polo de interesse, mas por terem atuado os julgadores usurpando atividade legislativas quando ‘*enxertou*’ no diploma punitivo uma exclusão não extraível da norma existente, acarretando efeitos devastadores na legislação infraconstitucional em todas as esferas.

PALAVRAS-CHAVE: Anencefalia; Hermenêutica Constitucional; Argumentação jurídica.

ABSTRACT

The contemporaneity under the auspices of a democratic state is requiring policy decisions - which includes the court - that are transparent and have legitimacy. Is that there is insufficient positivization rights, something more is required: its legitimacy, so the production in court of law must submit to a democratic scrutiny. In turn, has generated the present-day social and legal phenomena increasingly plural, not in keeping with a traditional model of production of law, especially coming from the Judiciary. That being so purely formalistic conceptions

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, área de concentração em Direitos Humanos. Professora do Curso de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade Federal da Paraíba. Doutoranda pelo PPGCJ/UNIFOR na área de Direito Constitucional. Juíza de Direito do Estado da Paraíba, aposentada.

² Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional/Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza (Unifor).

of saying the right (classical formalism) lose gradually their space giving rise to another dimension more creative, by constructing a hermeneutic material, lens directed to the social reality that would, without any scrap discriminatory, citizenship in their conquests of fundamental rights. This creative flexibility, however, does not remove the need for observance of the consequences of the decision and mandate that a rational discourse is constructed in terms of the argument. Such caution was not observed with the Supreme Court in the case of ADPF-54, which notes with crystalline clarity, a line of argument inconsistent and simulated reasoning to uphold the original, and declare the unconstitutionality of the interpretation that the termination of pregnancy conduct of the anencephalic fetus is typified in the art, 124, 126, 128, sections I and II, the Brazilian Penal Code. The purpose of this work, based on bibliographic and involving case study is to identify the contradictions mentioned operated in the Supreme Court decision and its repercussions civilians. Well cared for is hermeneutic incursion in the camp, making it emerge from a critical analysis based on new theories of argumentation whose reference value builds on fundamental rights. The final, concluding that denying the research as real the conflict actually was using the principle of consideration by the Supreme Court in laboring misconception about the difficult case put on trial, not just by human nature unconfigure the anencephalic fetus, and fulminates it from the pole of interest, but because they served the judges usurping legislative activity when 'grafted' in a statute punishing the exclusion of non-extractable existing standard, leading to devastating effect in the legislation in all spheres.

KEYWORDS: Anencephaly; Constitutional Hermeneutics, Legal Argumentation.

UM ANTELÓQUIO NECESSÁRIO

A contemporaneidade sob a égide do Estado Democrático de Direito está a exigir decisões políticas, na qual se incluem as judiciais - pela carga moral de que se reveste -, que sejam transparentes e que tenham legitimidade. Por sua vez, o direito construído no interior de complexas interações sociais tem gerado fenômenos sociais e jurídicos cada vez mais plurais, que não se coadunam com um modelo tradicional de sua produção, em especial o advindo do Poder Judiciário.

É assente, no hodierno, ser insuficiente a positivação de direitos, há algo mais que está sendo requerido: a sua legitimação, pelo que a sua produção no âmbito judicial há de submeter-se a um crivo democrático. Em assim sendo as concepções meramente formalistas de dizer o direito (*formalismo clássico*) perdem, gradativamente, seu espaço dando azo a outra dimensão mais criativa, pela construção de uma *hermenêutica material*, de lentes direcionadas para a realidade social sem refugio à cidadania. O que não afasta a obrigatoriedade de construir um discurso racional em termos da argumentação, em outras palavras, ao aplicar o direito compete ao magistrado não apenas trabalhar os conteúdos jurídicos para determiná-los, mas, também, justificá-los racionalmente, isto é, fundamentá-las sem incongruências para que a atividade judicante adquira, em sua completude, a legitimação.

Entretanto, tão justificção racional não apresentou o STF quando do julgamento da ADPF-54, cujo exame permite verificar, com clareza meridiana, que a decisão usou de falácia argumentativa para julgar procedente o pedido formulado da inicial, declarando a “inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez do feto

anencéfalo é conduta tipificada nos arts, 124, 126. 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro”.

A mais alta Corte do país patrocinou um verdadeiro ecletismo justificatório para a tese adotada, passeando ora pelos argumentos *ab auctoritatem*, ora *a simile ou pari ratione*, ora *a fortiori*³, identificando-se, ainda, o argumento *ab absurdum*, utilizado na esfera hermenêutica para forçar a aceitabilidade de uma determinada interpretação sob pretextos de que está havendo: antinomia entre a norma interpretada e o sistema em que essa norma esta inserida; contradição com a norma superior; inconstitucionalidade, dentre outros. E, o mais grave; o emprego de raciocínio falacioso, travestindo a realidade com roupagem não condizente, sem considerar as peculiaridades que tornam o caso excepcional.

Sabe-se que argumentar no universo jurídico exige raciocínio apropriado, pois a transitar por mutáveis realidades diante do que é provável, verossímil, do razoável, e de valores, portanto, resulta de um trabalho mais flexível do que o permitido pela lógica formal das ciências exatas. Face o atual paradigma, aceitável que o julgador, nesse seu processo intelectual, seja um ser permeável a interagir, a dialogar com o objeto observado, assim, não sendo ele isento a uma construção interpretativa segundo sua apreensão da realidade estudada. Todavia, a flexibilidade daí decorrente não prescinde da indagação sobre se os argumentos utilizados resistem a uma análise racional, sob pena de serem tidos como inválidos.

A proposta deste trabalho, de base bibliográfica e envolvendo estudo de caso, é incursionar na seara hermenêutica fazendo dela emergir, no tocante à ADPF-54, uma análise crítica com base nas novas teorias argumentativas, cujo valor referencial assimila os direitos fundamentais. E sob essa perspectiva demonstrar que os dissensos de interpretação na referida Ação foram elaboradores de uma falácia argumentativa sem precedentes, pois afastada do próprio objetivo da relação hermenêutica que é a de aproximar a ciência da realidade do mundo da vida, através de um discurso racional, podendo gerar sérias consequências na seara civil. Daí que o desenvolvimento do tema, sem a audácia de esgotá-lo em sua verticalidade, se dará através de tópicos, perpassando estudos centrados na Hermenêutica Jurídica, seu conceito, métodos de interpretação do direito, teorias da interpretação e, com vistas à hermenêutica constitucional, o que lhe for correlato no tocante à interpretação e aplicação do

³ *Ab auctoritatem*, argumento de autoridade, funda-se ou na qualidade de respeitabilidade e prestígio do testemunho invocado ou na quantidade da maioria da doutrina invocada; *a simile ou a pari*, argumento fundado na analogia; *a fortiori*, (com razão mais forte) argumento que se baseia também na analogia para sob ponderação de valores

direito. Adverte-se, porém, que sem adentrar a grande complexidade e à vastíssima literatura jurídica a respeito pelos limites do modesto objetivo deste artigo.

Por derradeiro, pretende-se concluir a pesquisa indicando que, ao negar como real o conflito existente, a utilização do princípio da ponderação pelo STF procedeu em ledó equívoco sobre o caso difícil posto a julgamento, não apenas por desconfigurar a natureza humana do feto anencéfalo e fulminá-lo do polo de interesse, mas por terem atuado os julgadores usurpando atividade legislativas quando ‘*enxertou*’ no diploma punitivo uma exclusão não extraível da norma existente, ignorando, dentre outros fatores as repercussões de sua decisão na seara civil, acarretando efeitos devastadores na legislação infraconstitucional em todas as esferas.

1. HERMENÊUTICA JURÍDICA/HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: APORTES DE IDENTIFICAÇÃO

Assiste a contemporaneidade às mudanças de matizes do Direito, como a responder ao reclamo feito já há algum tempo por Maximiliano (1996, p. 6) ao proclamar que “*o direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também individual*”. Um alerta significativo no sentido de que, para o alcance dessa transformação, impende trabalhar o direito abstrato em moldes de efetividade, isto é, trazer o direito à leitura, traduzi-lo, enfim, interpretá-lo, fazendo-o abandonar sua abstração para que deite seu olhar sobre a realidade, encargo a ser desincumbido pela hermenêutica jurídica.

Desenhando o perfil identificatório da hermenêutica, de logo cabe distinguir - embora, erroneamente, a doutrina nem sempre o faça, que Hermenêutica e Interpretação não têm sentido unívoco, não se confundem.

Sob o lume da abalizada doutrina do clássico autor supranominado, a “Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”, enquanto considera a Interpretação como “a técnica para chegar ao fim colimado” (Ibid., p.1). Cuida ele, ainda, de pontuar com clareza que “Do exposto ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, Interpretação. Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”. E acrescenta o preclaro doutrinador (Ibid., p.6-8) “A aplicação não prescinde da Hermenêutica: a primeira pressupõe a segunda, como medicação a diagnose”.

No espaço de convivência da Hermenêutica/interpretação/aplicação do direito, no qual o julgador experimenta um momento ímpar, constata-se um cenário de inúmeras controvérsias, um palco de várias discussões travadas que envolvem: o mister do aplicador do direito diante da obrigação que tem o mesmo de decidir, ainda que enfrentando ambigüidade, omissão, obscuridade da norma; o seu poder interpretativo; os limites de sua interpretação; seu poder discricionário e sua criatividade, dentre outras.

A ninguém, em sã consciência, é dado desconhecer o papel do juiz como intérprete, ao aplicar o direito ao caso concreto, e a discricionariedade que desfruta nessa interpretação quando operacionaliza e realiza a sua escolha. Nesse sentido, Jean Cruet (2002, p. 24) é brilhante:

O juiz, esse ente inanimado de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional. Esta participação do juiz na renovação do Direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia-se dizer uma lei natural da evolução jurídica: nascido na jurisprudência, o Direito vive pela Jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o direito evoluir sob uma legislação imóvel. É fácil dar a demonstração experimental deste asserto, por exemplos tirados das épocas mais diversas e dos países mais variados.

Com a mesma percepção, Pierre-André Côté (1995, p.196) sustenta que: “l’interprétation exige une opération de reconstruction du sens a partir des signes linguistiques, opération de reconstruction nécessairement marquée par la personnalité du lecteur”⁴ Inconteste que essa (re)construção perpassa a ideologia, instigue a concepção que tenha o aplicador do direito sobre a justiça e sobre a realidade do contexto social em que se insere.

Percebível, pelo ancoradouro doutrinário trazido á colação, uma linha de pensamento já imbuída de uma nova expressão do ato de interpretar, tendente a afastar-se daquele apegado à crença da sistematicidade e da completude do ordenamento jurídico, sob a concepção formalística da interpretação e aplicação do direito, que tão bem caracterizava o modelo clássico. A postura tradicional das atividades dos tribunais, argamassada no paradigma objetificante da filosofia da consciência, sob a qual acosta-se o entendimento de não caber aos julgadores criar o direito para o caso concreto, pois deviam ater-se ao sentido da norma, ao que era querido pelo legislador através de mera dedução lógica, essa não mais se sustenta. No que diz respeito às motivações dos Tribunais, outros caminhos foram percorridos desde que abandonado o predomínio da escola da exegese, das compreensões teleológicas, funcional e

⁴ a interpretação exige uma operação de reconstrução do sentido a partir dos sinais linguísticos, operação de reconstrução necessariamente marcada pela personalidade do leitor. (Tradução livre da autora)

sociológica do Direito, chega à concepção tópica do raciocínio jurídico, como mostrado por Perelman (1999, p. 87), até adentrar às novas teorias que trabalham as decisões judiciais fundamentadas em princípios, estes emergidos do construído histórico em que firmaram os direitos do homem e das respectivas garantias para sua efetividade.

Assim orientado, traz o hodierno uma convergência cada vez maior de concepções anti-formalistas que creditam aos juízes dimensão criativa no seu mister de interpretação e de argumentação, cujo horizonte do sentido, como ensina Streck (2005, p. 18,19), é dado pela compreensão que se dá através da linguagem.

Essas mudanças paradigmáticas permitiram verificar entre a valoração judicial e os direitos fundamentais uma imbricação de ordem deontológica referentemente a cada período histórico em que a jurisdição se justificou frente à afirmação dos direitos do homem nas democracias constitucionais. Assim, reconhece hoje a doutrina de que a tópica e a racionalidade, a teoria argumentativa, o uso da ponderação, apresentam-se como métodos prioritários de aplicação da lei ao caso concreto.

Na linha do que foi exposto, arrasta-se o discurso para o campo da hermenêutica constitucional, porque, como mais uma vez assevera Streck (Ibid., p.245) “a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico”. Continuando em sua doutrina, alerta ainda esse autor que a “Constituição não pode ser entendida como um ente disperso ‘no mundo’. Tampouco pode ser entendida como uma espécie de *topos* conformador/subsuntivo da atividade interpretativa, o que igualmente seria resvalar em direção à metafísica, ocultando a diferença ontológica.

Ora, é de importância considerar que no terreno fértil dos direitos fundamentais, em seus limites, a matéria deve ser contextualizada sob o pálio específico da hermenêutica constitucional. Nas expressivas palavras de Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p.20):

Um aspecto determinante no desenvolvimento da atuação criativa do Judiciário foi precisamente a atribuição a este da função de garante dos direitos fundamentais, viabilizada pela disseminação do controle da constitucionalidade e a correlata aceitação da idéia de Constituição como norma jurídica.

Foi nesse contexto de aceitação e valoração da Constituição como norma que exurgiu, como reflexo do pós-positivismo no Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo, amparado no triplo ideário: garantir os direitos dos cidadãos, criar um órgão para controlar a constitucionalidade das leis, e, reconhecer, permanentemente, os direitos e liberdades.

O neoconstitucionalismo, de acordo com Barroso (2006, p.10) alicerça-se na aceitação da imperatividade das normas jurídicas, na supremacia da Constituição e por ser a Constituição considerada como ponto central da interpretação. Cabe observar, também, em relação ao neoconstitucionalismo que o mesmo se caracteriza tanto pela adoção do princípio da proporcionalidade como pela forma clara de incorporação de valores e opções políticas no texto constitucional.

Assim acolhido, a compreensão do direito cinge-se a algo que só tem sentido no campus da linguagem. Em outras palavras, o objeto está na linguagem, e sem esta inexistente o objeto, de onde se conclui que a segurança jurídica é decorrência de uma bem fundamentada teoria da argumentação, pelo que a idéia moderna de Constituição envolve uma compreensão nova do positivismo jurídico na medida em que nega a completude do ordenamento e do formalismo jurídico – que explicava a lei por mero raciocínio lógico, próprio da hermenêutica tradicional, como já referenciado.

Decorrência natural desse processo é que os Tribunais conquistam um patamar elevado diante dos demais Poderes. Fenômeno muito bem analisado por Cappelletti (1984, p. 608) ao enfatizar que o desencanto do povo com a realidade social gerada pelo insucesso do modelo intervencionista e o gigantismo do Estado, abalando a confiabilidade do Legislativo e do Executivo, lança sobre o Judiciário novas responsabilidades que pode emergir como “o terceiro gigante na coreografia do Estado Moderno.

2. INTERPRETAÇÃO/CONSTRUÇÃO/ARGUMENTAÇÃO PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO

De logo, bom esclarecer que a interpretação, de multifacetadas acepções na doutrina, é neste trabalho encarada em seu sentido amplo, abrangendo as atividades intelectuais no momento de determinação e atribuição de significados dos textos relevantes, e a solução do conflito jurídico submetido a exame, de acordo com os parâmetros normativos escolhidos. Na dicção de François Ost (2002, p.153), o procedimento da interpretação é aquele que envolve o “conjunto de operações intelectuais necessárias para resolver uma questão de direito sob a égide de textos jurídicos dotados de autoridade”.

Assim, o acolhimento de uma nova hermenêutica que rompe com a idéia da subsunção do caso às regras, como visto, constitui-se em eficaz ferramenta para a aplicação do direito à realidade do mundo da vida. Neste diapasão, tendo em vista a abertura material das constituições e seu acatamento como norma, a aplicação do direito na esfera constitucional

com o fim de dar envoltório mais firme às normas de direitos fundamentais, se efetiva sob forte dimensão ética enlaçando direito e moral no plano dos valores, ipso facto, promovendo-se a reinserção dos valores no discurso jurídico contemporâneo. No diálogo concernente a este discurso, sustenta Jane Reis Gonçalves Pereira (Ibid., p.31), com apoio de Norberto Bobbio e Luis Roberto Barroso, que “já não prevalece a idéia do direito ‘como expressão dos mais fortes e não dos mais justos’ e da norma jurídica como uma estrutura puramente formal, uma embalagem para qualquer produto”.

O novo entendimento de permeação de valores na interpretação judicial trouxe como consequência a exigência de uma nova forma de argumentação que proporcione o controle das decisões jurídicas, para impedir os excessos de subjetivismo e a arbitrariedade quando da interpretação. Nesse sentido, destacam-se as obras de Theodor Viehweg (1979) e a Chaim Perelman (1996), que em “teoria tópico-retórica edifica um sistema explicativo do raciocínio decisório que substitui a lógica formal, pela lógica do razoável; o apolítico, pelo dialético; a discricionariedade pela criatividade racional; e a força, pela persuasão”. Vale citar o registro a esse respeito Maria Luisa Balaguer Callejon (1997, p.96-98) ao lecionar:

A normatividade constitucional é assim um fato determinante da configuração não somente do Direito, mas também da interpretação do Direito. Isto não significa somente que o Direito deva ser interpretado de maneira congruente com a constituição, mas também, e, sobretudo, que a própria atividade interpretativa deve ser congruente com a Constituição.

Portanto, algo diferente da dogmática tradicional emerge no palco da interpretação jurídica. Este foco permite, ainda, trazer à baila um ponto oscilante na doutrina que diz respeito ao processo interpretativo em si, qual seja, apreender qual a medida da atividade interpretativa, se permite uma construção transformadora a tal ponto que recrie o objeto interpretado. Algumas discussões se operam doutrinariamente em digressões de recepcionamento da norma, ora “norma dado”, “norma preexistente”, “norma produto” ou “norma resultado”. Ora, no espaço/momento da interpretação jurídica a norma tanto se reveste da natureza de *um dado*, pois abstração legislativa, como de *um produto*, ao ser aplicada judicialmente ao caso concreto. São dois polos, mas não extremos, cada um se fazendo merecedor de singular exame na caminhada convergente para, no final, se unirem, ‘resultarem...’. Dessa forma é relevante afirmar-se nessa operacionalidade que a interpretação será efetivada com menor ou maior liberdade dependendo do grau de clareza da norma.

Nesse tocante a dicção de Cristina Queiroz (2000, p.104) é esclarecedora ao dizer que “existe um relação universalmente proporcional entre a clareza do texto da norma e o poder

de interpretação conferido ao operador jurídico. É, pois, essa precisão ou vaguidade dos textos jurídicos que distribui de forma variável os poderes do legislador e do juiz”.

Essa leitura, com mais razão, se faz coadunável diante da norma constitucional, em que situações textuais abertas tornam-se permeáveis à interpretação em seara valorativa.

Quanto à interpretação constitucional, deve-se reconhecer que a mesma guarda suas especificidades, tais como: a natureza de suas normas e de sua linguagem, estrutura normativa diferenciada, aspecto formal distinto das normas infra, a supremacia hierárquica que desfruta, o conteúdo político-social que encerra.

Tem-se assente na atualidade a compreensão da Constituição em duas dimensões: uma, de norma jurídica, a outra, uma Constituição real investida de grande complexidade, pois a congrega forças políticas e sociais constitucionalmente de maior relevância. O que significa dizer, é recepcionada como texto normativo (regras e princípios) e, ao mesmo tempo, é realidade política, econômica e social, funcionando como reguladora da vida estatal e da sociedade, interagindo com esta (a sociedade) nos seus reflexos. Em sua operacionalidade, a interpretação constitucional transita pelo texto, pelo contexto histórico em que se insere e pelo problema jurídico sob decisão, o que exige, segundo a doutrina, uma pré-compreensão, esta como decorrência do conjunto de experiências vivenciadas pelo intérprete em seus *ethos*.

Contudo, embora observe Cristina Queiroz (Ibid., p.104) que “o direito constitucional criado pelo poder constituinte pretende de forma consciente ser complementado e colmatado”, deve ser sublinhado com relevo que no processo de construção admitido para a interpretação constitucional, face a qual o intérprete completa a elaboração da norma, pois a atividade criativa do intérprete não é ilimitada ou desprovida de parâmetros. É exigência inarredável que a interpretação tenha coerência, objetividade e capacidade de persuasão.

É com respaldo no referencial esposado que se cuida de analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em tema da ADPF-54, objetivando identificar a falácia argumentativa desse julgado, como um incentivo, um estímulo a que se discuta o controle das decisões judiciais, uma vez que é inconteste a flexibilidade interpretativa orientada pela moderna doutrina para desafiar a rigidez lógico-formal dos sistemas jurídicos e judicial. Como resultante dessa flexibilização, sujeita à variação interpretativa em dado momento histórico, cabe gizar que a mesma não dispensa um desenvolvimento racional. Isto é, ainda que não seja possível ao julgador dar explicações sobre os motivos de sua convicção, é a racionalidade que promoverá o processo de justificação da decisão para fins de controle da

determinação de seu conteúdo jurídico face ao acompanhamento da argumentação desenvolvida, das razões práticas que a estearam.

3. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL SOB CRÍTICA: UM ESTUDO DE CASO

De muito discernimento a colocação de Nalini (2009, p.202) de que “malgrada a blindagem pétrea dos direitos fundamentais [...] o rumo que a sociedade toma, estimulada por uma intensa campanha midiática, é no sentido da flexibilização dos preceitos constitucionais”. Ao se defrontar com a plêiade argumentativa que ancorou a decisão do STF sobre a interrupção da gravidez de feto anencéfalo sob exame, tem-se a nítida confirmação dessa assertiva. A tutela da vida humana, o postulado da dignidade da pessoa humana constantes da normatividade pátria como direitos fundamentais desaguaram pelo ralo de argumentação não condizente. Nesse passo é interessante citar a pertinência manifestada por Ledur (1998, p.28) quando referencia que o surgimento dos direitos fundamentais em documentos escritos foi precedido pela formação daqueles em nível ‘axiológico, ético e filosófico’. Assim, não se pode olvidar a relevância do aspecto axiológico quando se pretende transitar no espaço de aplicabilidade desses direitos a envolver enfoques teóricos diversos, não se limitando a textos normativos.

Com efeito, no sentido de contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais autores, como Chaïm Perelman (1996), Manuel Atienza (2000) Robert Alexy (2008), dentre outros, ocuparam-se com a doutrina constitucional para a estruturação desses direitos fundamentais, reconhecendo uma tutela normativa composta de *regras*, com caráter mais rígido (de cumprimento ou não), e *princípios*, estes alicerçados em valores operacionalizados com maior flexibilidade. Não obstante, ao se tomar por base um princípio, este não pode estar dissociado do mínimo de coerência para se fazer plausível. Os autores citados empenharam, através de suas teorias interpretativas e argumentativas, na tentativa de prescrever modelos de racionalidade para as decisões jurídicas.

Especialmente, da parte de Alexy (1995, p.46-47), é lecionado que a teoria interpretativa deva se unir a uma teoria argumentativa, para um resultado correto do julgado. Para que isto aconteça faz-e necessário ir além tanto de uma teoria argumentativa empírica, descritiva de argumentos jurídicos existentes, como daquela analítica que cuida de nela classificar os argumentos jurídicos sob análise de sua estrutura. Propõe esse autor (Ibid., p.48) uma teoria do discurso racional, com natureza processual de correção prática, cujo

embasamento é encontrado em um sistema de regras do discurso, dentre estas a ponderação, e de regras concernentes ao processo do discurso, estas utilizadas para assegurar a imparcialidade da argumentação prática pela mais ampla, livre e igual participação no discurso, não ficando adstrita à mera formação de consensos (Ibid., 49-50). Não obstante essa orientação, Robert Alexy faz um advertência que o sistema de regras da teoria do discurso não oferece um procedimento que possibilite, em um número limitado de operações, o alcance sempre de resultados exatos, considerando que tais regras não determinam o ponto de partida do processo. Em outras palavras, o autor esclarece que as respectivas convicções normativas existentes e os interesses interpretativos dos participantes não demarcam todos os passos da argumentação, exatamente por reconhecer que há uma série de regras do discurso com caráter ideal, cuja satisfatibilidade vai depender da aproximação, o que faz com que a teoria do discurso seja acolhida como uma teoria de decisão não definitiva (Ibid., p. 51-52).

No que concerne às teorias argumentativas, Victoria Sesma (2003, p.13) pontua que as discussões sobre a argumentação jurídica em geral e a judicial em particular oscilam entre dois extremos: a) o de admitir que para qualquer caso individual existe sempre um solução correta, situação em que caberia ao julgador apenas a tarefa de descobrir a solução a partir do texto da lei, ou b) o de considerar todos os casos como difíceis, e nesta hipótese, a aplicação do direito não poderia estar divorciada da atividade criativa do juiz.

Interessante pincelar neste contexto interpretação/argumentação a doutrina de Manuel Atienza (2005, p.32) ao ressaltar que o processo de decidir não se confunde com o de argumentar, com muita lucidez esclarecendo que os argumentos não são decisões, são apenas as razões ou certo tipo de razões em prol da decisão. Para esse autor, há duas espécies de razões: as que são *explicativas*, que tentam responder qual a causa e com que finalidade a decisão foi tomada, e as que são *justificativas*, que se destinam a fazer com que a decisão seja aceitável ou entendida como correta. Porém, segundo os escólios de Manuel Atienza, laborar sobre essas espécies não é suficiente, em face de várias concepções que envolvem argumentação - a formal, a material e a pragmática (Ibid., p. 38-39)⁵⁻⁶, assinalando que as mesmas podem ser entendidas como complementares numa teoria da argumentação, pois não se opõe obrigatoriamente. De verdade, deixa apreender o autor, que, no todo, o que acontece

⁵ Na concepção formal o argumento corresponde a uma inferência dedutivamente válida cuja veracidade das premissas levaria necessariamente à verdade da conclusão; Na concepção material, os argumentos equivaleriam a tópicos que apoiariam a resolução do problema; Na concepção pragmática os argumentos se representariam através da interação lingüística que ocorre em certas situações, em uma atividade determinada por regras de comportamento lingüístico dos sujeitos que atuam.

⁶ Segundo Manuel Atienza, essa concepção pragmática ou algo muito similar seria adotada por Toulmin, Habermas, Perelman e Alexy.

é um aspecto ser mais enfatizado que outros: a validade formal das premissas e da conclusão (formal, o conteúdo dos argumentos(material) e o processo argumentativo e comportamento dos participantes (pragmática), no que concorda Sesma (Ibid., p.23) para quem os enfoques distintos não são antagônicos, sobrepõem diferentes tipos de discurso, cabendo, como tarefa prévia da análise acerca da aplicação e da argumentação jurídica, distinguir as diferentes aproximações postas ao caso concreto.

Tais enfoques, juntamente com os demais verificados, no campo da interpretação/argumentação, são úteis ferramentas na fixação de parâmetros, face aos quais podem ser vislumbrados os bons ou maus argumentos, e nestes últimos, os que se identificam como falaciosos, como se constada no caso da ADPF-54.

Após uma longa tramitação o STF julgou procedente a ADPF-54 com o desiderato favorável no sentido de que possa a gestante de feto anencefálico proceder à interrupção de sua gravidez sem sofrer represália penal. Em assim tendo decidido, para que se possa atingir o objeto central da análise deste trabalho – que é o de apontar a falácia dos argumentos usados e o de reconhecer nessa *práxis* do STF uma hermenêutica de violação aos direitos fundamentais em relação ao feto anencefálico, impende explorar os fundamentos do voto do Ministro Relator, acatados por larga maioria do Plenário diante da votação de 8 a 2, em confronto com as teses sustentadas nos votos vencidos dos Ministros Cezar Peluzo e Ricardo Lewandowski.

Após delimitar o Relator, pela inicial, o objeto sob exame⁷, esclarecer o fato de “não se postular a proclamação de inconstitucionalidade dos tipos penais, porque os retiraria do sistema jurídico”, e defender que “os enunciados sejam interpretados conforme a Constituição” desenvolve, em 46 laudas digitadas, articulações as mais diversas e em todos os sentidos no seu voto para justificá-lo, valendo-se de argumentos incongruentes e resultando num construído hermenêutico constitucional a serviço da violação de direitos fundamentais podendo gerar graves repercussões jurídicas, não pensadas da análise da decisão.

Em sede da anenfalia, o exame dos tópicos supra transcritos permite verificar, com clareza meridiana, que a decisão do STF, capitaneada pelo Ministro Relator Marco Aurélio,

⁷ “a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretende-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

seguido por mais sete Ministros⁸, portanto, em linha majoritária, a argumentação usou de falácia em suas várias acepções (formal, material, pragmática)⁹, na linguagem de Atienza, para julgar “procedente o pedido formulado da inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez do feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro”. A assertiva lançada segue justificada em articulada contra-argumentação dos pontos que se reputam como principais da falaciosa argumentação:

A **uma**, porque não houve interpretação conforme a Constituição. De acordo com as lúcidas palavras do então Procurador da República Cláudio Fonteles em Parecer na ADPF - 54, “A interpretação “conforme” a Constituição tem como pressuposto uma bem consciente demarcação dos níveis jurídico-constitucional e jurídico-legislativo ordinário” Cuidando esse membro do “parquet” de esclarecer, ainda, que:

[...] mesmo as teorias que se preocupam com a possibilidade da interpretação conforme a Constituição de contrariar a intenção do legislador (histórico) nos casos em que a lei em causa haja sido editada sob um outro regime. [Mesmo neste caso, porém], deve ficar claro que está vedada aos juízes a “feitura” de uma nova lei com conteúdo diferente da anterior.

Essa interpretação “conforme”, como expressado no voto do Ministro Moreira Alves quando Relator da ADIN nº 1.344-1, é “técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco [...]” Na espécie, a técnica utilizada pelo legislador em relação à norma – as hipóteses do art. 128 do CP -, não pertence ao rol exemplificativo, com oferecimento de balizas a serem completadas em suas lacunas. É técnica de restrição, de rol taxativo, *numerus clausus*, não permitindo ao intérprete afrontar sua expressão literal a pretexto de extrair dela digressões de conteúdo criando um novo tipo para ‘conformá-lo’ ao texto constitucional.

A **duas**, porque o ponto nodal de todo o discurso tem por base um vergonhoso falseamento de um dado: o de que a Constituição de 1988 é silente quanto ao início da vida,

⁸ Votaram a favor do voto do Relator Marco Aurélio os Ministros: Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Ayres de Brito, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia e Rosa Weber.

⁹ Na falácia formal, o sentido da premissa de que se parte é modificado, de modo não facilmente perceptível, para se chegar a uma conclusão que não deriva das premissas iniciais, mas da versão modificada; Na falácia material, o problema não é percebido na relação lógica entre premissas e conclusão, mas no conteúdo das premissas quando não constitui uma boa razão ou porque se equivocou no balanço de razões; Na falácia pragmática, igualmente não se trata de uma contradição lógica. Os envolvidos no processo argumentativo divergem, nesse caso, quanto à finalidade ou alcance do conteúdo jurídico, sem que isso represente uma oposição.

por conseguinte, afastaram-se os senhores Ministros da matriz ‘concepcionista’ da tradição brasileira, inserta, inclusive, na legislação civilista infra, para negar ao feto anencéfalo uma perspectiva como nascituro. Ocorre que, se não fosse suficiente o fundamento maior da proteção do direito à vida previsto no caput do art. 5º da CF, – impensável de não ser acolhida por um aplicador do direito que ocupa a Suprema Corte, indica-se como de deslavada inverdade tal afirmação na citada ADPF diante da inquestionável incorporação do art. 40., I, do Pacto de San José da Costa Rica, tornando indubitosa na normatividade brasileira a proteção da vida como direito desde a concepção.

A três, por obscurecer o Relator, na espécie, a existência concreta da colisão de direitos fundamentais. Escamoteando, sustenta o Ministro que “não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente”, em arcabouço construído sob falsos argumentos que implicaram descarte/eliminação do direito fundamental mais elementar de proteção à vida, do valor da dignidade intrínseca do ser humano nascituro do outro polo de interesse - o feto anencefálico, que passou a ser categorizado como ‘inumano’, ‘sem vida’, ‘sem dignidade’, ipso facto, sem o direito de ser beneficiário dos ‘direitos e garantias fundamentais’. Tais fundamentos, repete-se, raiam em incoerências quando o Ministro Relator, no mesmo voto, contraditoriamente, menciona que “inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada a sua dignidade e, de outro, os interesses da parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer” e quando referencia que a “melhor ponderação de valores em jogo conduz à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres”. Ora, tendo o feto anencefálico sido, de plano, eliminado, não há outrem ou mesmo algo a ser confrontado, já que confrontar significa ‘acarear’, ‘estar virado para’. Vê-se, pois, a falácia do aplicador ao ignorar uma das bases da questão posta a exame, reduzindo-a a nada, e, incoerentemente, chegando a uma conclusão derivada dessa base ignorada.

No caso sob exame refuta-se a tese de ‘*conflito aparente*’, pois salta aos olhos interpretativos a autêntica colisão entre direitos fundamentais: proteção à vida do feto anencefálico em reconhecimento de sua dignidade, de um lado, e, do outro, os direitos fundamentais que são apontados em prol da gestante de gravidez desse feto: dignidade, liberdade, autodeterminação, saúde, direitos sexuais e reprodutivos. A matéria torna-se compreensível pela leitura dos ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes (2003, p. 185) quando assevera que “Fala-se de colisão entre direitos individuais quando se identifica conflito decorrente do exercício individual por diferentes titulares. A colisão pode decorrer,

igualmente, de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade”. E diz mais adiante: “Tem-se, pois, autêntica colisão apenas quando o direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual”. Apontando o autor, em complementação, o traço diferenciador quando se trata do “conflito aparente”:

Dessarte, muitas questões tratadas como relações conflituosas de direitos individuais configuram conflitos aparentes uma vez que as práticas controvertidas desbordam da proteção oferecida pelo direito fundamental em que se pretende buscar abrigo. A precisa identificação do âmbito de proteção do direito indica se determina conduta se acha protegida ou não

Sabe-se que a ponderação, como técnica de decisão, é invocada quando, para solucionar um conflito normativo, mostram-se deficientes os elementos clássicos da hermenêutica jurídica (o semântico, o lógico, o histórico, o sistemático, o teleológico) ou, quando, pela moderna hermenêutica constitucional, sejam incapazes para essa solução os princípios de interpretação propriamente constitucional (interpretação orientada pelos princípios, interpretação conforme.). Estudos que se encontram muito bem delineados em Barroso (2001, p.56) para quem “A ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês ‘hard cases’) em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado [...]”. Explicita o autor que, se antes era privativa aos princípios, se apresenta “Atualmente como técnica de decisão jurídica autônoma [...] é aplicada em diversos outros ambientes que não o do conflito de princípio”, Apresenta, ademais, esse autor uma estrutura dessa técnica: uma primeira fase de “identificação dos comandos”; uma segunda fase pertinente ao “exame das circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos”; e a terceira fase que é a da decisão, quando “examina-se conjuntamente grupos de normas e repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos elementos da disputa. Concluindo, oferece como parâmetros para essa ponderação: “a) as regras têm preferência sobre os princípios; e, b) os direitos fundamentais têm preferência sobre as demais disposições normativas – ou a solução que prestigia a dignidade humana tem preferência sobre as demais” (Ibid., p.60-70).

Por tudo que o suporte doutrinário trouxe, a hipótese amolda-se como uma luva ao caso ‘difícil’ e/ou ‘trágico’ em análise em que se faz presente uma genuína colisão de direitos fundamentais a merecer um juízo de ponderação, no verdadeiro sentido dessa técnica. Entretanto, do que foi erigido, confirma-se que houve desvirtuamento da técnica de ponderação na ADPF-54 ao ser eliminado, de pronto, o feto anancéfalo do outro polo da

titularidade. Com isso, foram gerados óbices a que ocorresse corretamente o ‘balanceamento’ dos valores que representavam a expressão do princípio/pressuposto fundante da dignidade humana daquele feto para protegê-lo na inviolabilidade de sua vida como nascituro. A bem dizer, de plano foi afastado o peso valorativo que uma vida comporta e que a faz ser protegida como um direito precedente aos demais, em especial sobre os da gestante, pois no caso em comento os direitos foram forjados em bases de incongruência dos argumentos emergidos da decisão da mencionada ADPF-54.

A respeito, pertinentes são as palavras de Dworkin (2002, p. 430) Ao admitir que os direitos podem ser controversos e opondo-se à teoria popular de que os juízes têm o poder discricionário para decidir os casos difíceis, conclui, lucidamente seu pensamento

“Contudo, insisto que, mesmo nos casos difíceis é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização”.

A **quatro**, porque o decisum emergido da ADPF-54, efetivamente, fabricou o ‘invento’, na acepção dworkiana, ao elaborar seus escólios escamoteando o real sentido do que pretendia ao nominar de “antecipação terapêutica de parto”, levando-se em conta que a tipologia sobre a qual foi trabalhada a interpretação emana do Código Penal, arts. 124, 126, e o 128 que dispõe – “*Não se pune o aborto praticado por médico*”. O ordenamento citado do qual é oriunda a tutela penal ao nascituro em nenhuma de suas passagens trata de “antecipação terapêutica de parto”. A expressão tem seu significado - *interrupção da gravidez antes de seu termo*, portanto, à luz do direito se está diante do ‘*aborto*’, palavra latina derivada de *aboriri = morrer ou perecer*. Na literalidade da lei, morte deliberada de um embrião/feto provocado em si mesma pela gestante ou esta consentindo que outrem lho provoque.

A **cinco**, porque a falácia se apresenta mais fortemente quando percorre o princípio/pressuposto da dignidade da pessoa humana. Neste percurso discursivo vale referenciar a expressiva colocação de Diskin (2000, p.57) em seu alerta de que “Os conceitos, como tudo o que é gerado pelo homem, têm história – movem-se no tempo adquirindo as feições que lhes empresta a dinâmica cultura e social”. Também Dijon (1993, p. 44) explica que “o sentido de uma palavra [...] não designa somente o seu significado (o que ela quer dizer) mas também a sua direção (para onde ela vai)”. Com efeito, no que se refere à “dignidade humana” seus termos não fogem a essas regras. Daí ser de extrema relevância tomar consciência dos problemas que podem resultar da leitura equivocada do princípio da dignidade para impedir os abusos interpretativos de seu conceito. E é exatamente pela dificuldade de conceituá-la, por se constituir em princípio aberto, por seus contornos “vagos,

imprecisos, ambíguos, porosos”, por sua “natureza polissêmica”, como reconhece Ingo Sarlet (2005, p. 14), que se faz imprescindível evitar o seu desgaste semântico, atentando-se para os riscos de uma concepção de dignidade humana que redunde no desastroso efeito de sua própria negação, a exemplo do que ora se analisa. A dignidade transcende, e sua concepção conforma-se, acima de tudo, com o respeito pelo ser humano, como o diz de forma bem simples, mas não menos consubstanciada de essência, André Malraux: “*Não sei muito bem o que é a dignidade humana, mas conheço bem, muito bem, o que é a humilhação.*”.

Em contrapartida, não são detectadas falácias nas posições minoritárias, que se mantêm com linha argumentativa coerente, como a do Ministro Cezar Peluso ao frisar que a “*imposição de pena capital ao feto anencefálico atentaria contra a própria idéia de um mundo diverso e plural, defendida pelos partidários da arguente. Retirar-se-lhe-ia, também, a dignidade advinda de sua incontestável ascendência e natureza humanas*”. E, dentre os argumentos desenvolvidos critica a discriminação, tendo-a como não diferente “*do racismo, do sexismo e do especismo*”, concluindo mais adiante para negar o direito ao abortamento tratado naquela Ação que “*o simples fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à espécie humana garantir-lhe-ia, apesar da deficiência, proteção jurídica e constitucional Não haveria como legitimar, portanto, a prática de condutas semelhantes antes do parto*”; e do Ministro e Ricardo Lewandowski que discorreu sobre a questão sob julgamento centrando sua objeção na doutrina que sustenta que “*Não é lícito ao maior órgão judicante do país envergar as vestes de legislador criando normas legais*”.¹⁰

¹⁰ a) síntese do voto **Min. Ricardo Lewandowski** sublinhava que o legislador infraconstitucional isentara de pena, excepcionalmente, o aborto, desde que praticado por médico, em duas hipóteses taxativamente definidas: no chamado “aborto necessário” e no denominado “aborto sentimental” (CP, art. 128, I e II). Reconhecia que, na hipótese de aborto necessário ou terapêutico, não seria legítimo o aborto eugenésico, ainda que provável ou até mesmo certo que a criança nascesse com deformidade ou enfermidade incurável. Assim, seria penalmente imputável o abortamento induzido de feto mal formado. Além disso, afastava o argumento de que, à época da promulgação do Código Penal ou de sua reforma não existiriam métodos científicos para detectar eventual degeneração fetal. Frisava que, caso desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, poderia ter alterado a legislação para incluir o aborto de fetos anencéfalos dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isentas de pena. No tocante à interpretação da lei conforme a Constituição, nos termos em que requerido, rememorava o princípio básico da conservação das normas — derivado da presunção de constitucionalidade destas —, segundo o qual seria desejável conferir às leis interpretação conforme a Constituição, sem declará-las inconstitucionais, considerada a vontade soberana do legislador. Asseverava, ademais, que quando a lei fosse clara não haveria espaço para interpretação, de modo que não seria dado ao intérprete afrontar sua expressão literal, a pretexto de extrair dela conteúdo em conformidade com o texto constitucional. Reputava caber ao STF apenas o papel de legislador negativo, para extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição. Consignava que o Poder Legislativo, por sua vez, estaria dividido em relação ao tema — dada a existência de projetos de lei a seu respeito —, sem consenso até o momento.

b) síntese do voto do Ministro **Cezar Peluso** Destacava que todos os fetos anencéfalos, a menos que já estivessem mortos, seriam dotados de capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe seria imanente. Sintetizava que, se o anencéfalo morresse, ele só poderia

É de se reconhecer, extreme de dúvidas, a exigência da Carta Magna (art.93, IX) de ter o aplicador que fundamentar suas decisões, não apenas para que estas sejam transparentes diante dos jurisdicionados, mas para que sejam compreendidas, sejam inteligíveis ao cidadão. Segundo a explanação de Zenni (2006, p.168) nesse “papel” a motivação da sentença é direcionada às partes, ao universo de operadores do direito (tribunal, os juristas em geral), e, também, à opinião pública, razão por há de ser demonstrado que o veredicto consultou a razoabilidade, tanto no que toca à prova, quanto ao direito, acima de tudo, que refutou o arbítrio.

Com pensamento consonante se coloca Scalia (1998, p.23), da cátedra de sua experiência como Juiz da Suprema Corte Americana, discorre criticamente sobre o ‘textualismo’, observando que não deve o mesmo ser confundido com o chamado construcionismo estreito, que é uma forma degradante de textualismo. Para ele, um texto deve ser construído com razoabilidade, a fim de conter tudo que de maneira justa quer significar. Sobre a interpretação constitucional (Ibid., p.37-41) é categórico em reconhecer que o propósito de uma Constituição é prevenir a mudança, incrustar alguns direitos para que a gerações futuras não os extirpem, não se podendo concluir que seu único efeito é retirar o poder de alterar direitos dos legisladores e dá-lo aos juízes, às cortes. Manifesta-se (Ibid., p.47) que “se as cortes se virem livres para escrever a Constituição de novo, eles irão, por Deus, escrevê-la do jeito que a maioria quer. Isto é, o fim da Declaração de Direitos cujo significado será comprometido com o próprio corpo contra que deveria se proteger: - a

fazê-lo por estar vivo. Enfatizava haver nítida diferença entre o aproveitamento científico-terapêutico de material genético congelado e qualquer hipótese de aborto. Esclarecia que a morte encefálica seria situação de prognóstico, de irreversibilidade em que não haveria sequer respiração espontânea, o que não seria a situação do anencéfalo. Lembrava que a audiência pública, realizada na Corte acerca do tema, produzira resultados contraditórios e, portanto, inaproveitáveis quanto à questão da existência de atividade e ondas cerebrais no anencéfalo. Consignava que a morte encefálica seria distinta da anencefalia, a qual integraria, ainda que brevemente, processo contínuo e progressivo da vida. Assim, sua evolução natural não poderia ser abreviada em nome de razões autorizadoras da extração de órgãos no caso de morte encefálica. Afastava a invocação dos princípios da autonomia da vontade, da liberdade pessoal e da legalidade como fatores de legitimação do aborto doloso de anencéfalo. Registrava que a conduta seria claramente banida pelo direito penal pátrio, e que bastaria, para a configuração do crime, a eliminação da vida, abstraída toda especulação quanto a sua viabilidade futura ou extrauterina. Não se poderia cogitar, sem contraste ostensivo com o ordenamento jurídico, de resguardo à autonomia da vontade, quando preordenada ao indisfarçável cometimento de delito. Frisava que a imposição de pena capital ao feto anencefálico atentaria contra a própria ideia de um mundo diverso e plural, defendida pelos partidários da arguente. Retirar-se-lhe-ia, também, a dignidade advinda de sua incontestável ascendência e natureza humanas. Considerava que essa discriminação não seria diferente do racismo, do sexismo e do especismo. Asseverava que o simples fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à espécie humana garantir-lhe-ia, apesar da deficiência, proteção jurídica e constitucional Não haveria como legitimar, portanto, a prática de condutas semelhantes antes do parto. Concluía não se poder invocar esses direitos para, egoisticamente, eliminar a vida de outrem.

maioria”. Em conclusão, diz “ que ao se tentar fazer a Constituição implementar tudo que precisa fazer de tempo em tempos teremos causado sua inércia total”¹¹.

Na direção do que ora se escreve, vale citar palavras de Larenz (1997, p. 516-517) de que o manuseio do poder nas decisões judiciais é limitado diante da argumentação empreendida, para evitar as consequências desarrazoadas e inaceitáveis. Lembrando, ainda este autor, que “em situações excepcionais, o tribunal deva prever as consequências ulteriores de suas decisões”, referindo-se aos aspectos sócio-econômicos ou políticos, a própria idéia de bem comum, que não se desgarrar de dimensões ético-filosóficas.

No caso da ADPF-54 somente sob uma visão utilitarista de resultados pode ser recebida a decisão prolatada, em larga maioria, pelo STF, quando o labor hermenêutico/ interpretação/ argumentação se desenvolveu a serviço da violação dos direitos fundamentais. Utilitarista porque fundamenta-se numa antropologia individualística-hedonista (maximização do prazer e minimização da dor: busca-se o bem-estar), calcada em inúmeras intervenções da antropóloga Débora Diniz, citada em todos os votos majoritários e numa ética consequencialista (o melhor saldo de prazer para o maior número de pessoas.). Utilitarista porque, tal qual esse paradigma, no “caso trágico’ sob interpretação foi colocado ao centro da reflexão bioética o princípio da igual consideração dos interesses dos sujeitos capazes, perspectiva que o direito decidido assume a função de garantir o útil, na procura política do bem-estar, e em que a justiça, nesta mentalidade, tem por meta assegurar a satisfação dos interesses da qualidade de vida a ser dada ao maior número possível de indivíduos. E nesse caso, esse maior número é lido, traduzido, interpretado não para todos: é reconhecido somente a quem tem uma vida digna de ser vivida, nesta não se incluindo os grupos frágeis da sociedade, os anormais físico/neurológico e/ou psíquicos por que estes não atingiriam este standart de qualidade de vida. O julgamento da ADPF-54 nada mais fez do que absorver o utilitarismo que objetiva recuperar produtivamente o doente para a sociedade, reduzindo o valor da vida à qualidade de vida, quem não desfruta dessa qualidade é desconsiderado. Portanto, o que é levado em conta é relacionado ao cálculo custo/benefício

Ademais, cabe ser aquilatada como de gravíssimas as repercussões do julgado em comento, a espargir negativas conseqüências no presente e para o futuro, face à construção

¹¹ “If the courts are free to write the Constitution anew, the appointment and confirmation process will see to that. This, of course, is the end of the Bill of Rights, whose meaning will be committed to the very body it was meant to protect against: the majority” [...] By trying to make the Constitution do everything that needs doing from age to age, we shall have caused it to do nothing at all” Tradução livre do texto do autor em inglês, p.47

principiológica feita, que se indica como de ‘interpretação absurda’, nos escólios de Neves (2006, p.211) para quem “Enunciado interpretativo ‘estranho’ significa aqui interpretação absurda, inteiramente implausível, isto é, totalmente insusceptível de ser de ser atribuída ao respectivo texto na esfera pública”.

4. DIREITOS ASSEGURADOS AO NASCITURO FRENTE ÀS DISSIMILAÇÕES NASCITURO/NASCITURO ANENCEFÁLICO E POSSÍVEIS REPERCUSSÕES CIVIS DA ADPF-54.

As repercussões da hermenêutica adotada na ADPF-54 sobre as normas infraconstitucionais podem ser catalogadas a partir da falácia de que é assegurada a liberdade à gestante de feto anencéfalo que, por opção, não aceita se submeter ao nominado procedimento de “antecipação terapêutica do parto”. Se assim for a escolha, com certeza, a gestante será conduzida a situações bem vexatórias, em alguns exemplos que são demonstrados.

A tradição do ordenamento jurídico brasileiro exige, para o reconhecimento de direitos civis, unicamente o nascimento com vida, ainda que precária sua viabilidade. Assim, independente da má formação ou da expectativa de vida do nascituro, o simples fato do seu nascimento com vida é suficiente para tornar o feto sujeito de direitos atraindo para si os efeitos jurídicos imediatos na ordem jurídica, seja na esfera pessoal ou patrimonial.

São inúmeros os efeitos jurídicos que podem emanar para o nascituro em seu favor ou mesmo o de seus familiares. O elenco, que não se esgota no Código Civil, permeia outros aparatos. Como importantes direitos assegurados ao nascituro pelo ordenamento civil pátrio identificam-se: os direitos inerentes à personalidade (Art. 11e 12 CC); direitos provenientes do parentesco (arts. 1.596/1597 do CC); direitos para fins de receber doações/ser donatário (Art. 552 CC); direitos necessários para ser Curatelado e beneficiário em testamento (Art. 1.779, 1.799, 1800 CC); direitos em relação à paternidade (art. 1609 CC); direitos referentes à sucessão amalgamados ao princípio do *saisine* (Art. 1.798); direitos oriundos em leis extravagantes em sua proteção como o Estatuto da Criança e Adolescente (arts. 7º e 8º do ECA) e a lei que disciplina o direito a alimentos gravídicos (Lei 11.804/ 2008).

Assim, diante da liberdade de escolha conferida à mãe de não interromper a gravidez, não há dúvidas quanto a capacidade que tem o nascituro anencefálico de ser sujeito susceptível de relações jurídicas, da mesma maneira que indubitável é o fato de os direitos concedidos ao anencefálico como nascituro, após o seu nascer com vida, se reverterem, no

que for cabível e aplicável, em efeitos jurídicos aos que ao anencefálico se vinculam na ordem sucessória estabelecida na lei civil brasileira.

Nesse desiderato, a decisão do Supremo acarretará grandes repercussões para o ordenamento jurídico brasileiro. Ao decidir que o anencéfalo é inumano, não tem vida, optando a gestante pela não interrupção, ao nascer o anencéfalo, alguns questionamentos podem ser levantados: Se estamos diante de uma coisa, onde ficará assentado o registro de nascimento? Em advindo a morte, onde e fará esse registro? Com a decisão *erga omnes* e efeito vinculante do STF, quando o feto portador dessa anomalia, cumprindo a gestação a termo, for separado do ventre materno, esse fato não gerará nenhum efeito jurídico que possibilite inscrevê-lo seja no Livro de Natimorto, seja no Livro de Nascimento, pois são livros destinados ao *Registro Civil de Pessoas Naturais*. Uma vez que ao anencéfalo foi negado o reconhecimento como ser/nascituro por ter sido categorizado na sub-espécie de inumano, de algo coisificado, quem gerou tal “coisa”, querendo registrar a ocorrência, só poderá fazê-lo através da ‘*escritura pública de elementos desconhecidos e/ou inexistentes/descartáveis*’ a cargo de notarial específico, sem que possa o anencéfalo nascido usufruir dos direitos personalíssimos quanto a nome, paternidade, patronímico. Da mesma forma, se o anencéfalo vier a nascer com vida como ficarão as questões patrimoniais? Terá o STF conferido à mãe o poder de mexer na legítima após o nascimento do feto? O que justificaria os alimentos gravídicos, se para o STF não estamos diante de uma gestação de pessoa, logo não merece proteção?

Por derradeiro, como orienta Jane Reis Gonçalves Pereira (Ibid., p.74) é primordial que se aceite que os limites do poder de interpretar não pode impingir ao Judiciário amarras para decidir os chamados ‘casos difíceis’, pois podendo recorrer a valores substantivos e técnica de ponderação como ferramentas metodológicas, pelo que se reconhece à interpretação constitucional uma incontestável dimensão criativa, especialmente diante das omissões legislativas. Contudo, a flexibilidade para essa ‘criação’ não significa legitimar o arbítrio ou o subjetivismo, muito menos se imbuir o intérprete da condição de legislador ordinário, devendo ter a ciência e a consciência de ver o texto como um limite ao poder de interpretar. Deve-se, assim, nos moldes da assertiva de Mauro Cappelletti (1999) manter um olhar de cautela para esse “terceiro gigante” como guardião e controlador do poderes políticos do Estado ante o risco de não se fazer imune à perversão e ao abuso.

À GUIA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fática e indubitosa a construção do direito emergido no interior de complexas interações sociais, cada vez mais geradoras de fenômenos plurais, não mais podendo se

manter esse direito vinculado a um modelo tradicional de sua produção. Por conseguinte, tratando-se do Estado Democrático de Direito, este exige decisões judiciais submetidas ao crivo democrático, portanto, transparentes e legitimadas e não apenas positivadas.

Inadmissível a falácia com que se ateu a maioria dos Ministros do STF ao julgar, em definitivo, a ADPF 54, afrontando a hierarquia dos valores embasadores da norma. Ao autorizar o *abortamento*, escamoteado na nomenclatura tipológica de ‘antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico’, a proteção do direito à vida do nascituro anencefalo, o respeito à dignidade humana deste como valores maiores preservados na cultura jurídica do país foram banidos sob o viés interpretativo do STF. A maior Corte de Justiça brasileira, tal qual o mágico tira de sua cartola o pombo ou o coelho, extraiu de uma tipificação legal não expansiva a construção, não uma interpretação, e com esse procedimento fez o ‘enxerto’ de uma nova tipologia de excludente de punição.

Mesmo abandonando as intrigantes e áridas discussões a teoria constitucional sobre a divisão dos poderes nos moldes clássicos para entendê-la sob uma moderna teoria, não se reconhece ao poder Judiciário a competência derogatória de leis ou criação de tipologia de exclusão de licitude. A incongruência se nominar de “antecipação terapêutica de parto” em seara de exceção de dispositivo que trata do “aborto” é escamoteio, é encobrir, é esconder, é empalmar, é mecanismo para roubar, com sutileza, o real sentido da norma protetiva.

A análise feita sobre a hermenêutica adotada pela mais alta Corte de Justiça do país na ADPF-54 demonstra que se a mesma não pisou o caminho interpretativo da concepção formalística do modelo clássico (exegese, teleológico, funcional, sociológico), também não exercitou a decisão” conforme a Constituição”, além de não haver aplicado de forma correta e lógica do princípio da ponderação. Os argumentos foram forjados no sentido de oferecerem a clareza necessária à discussão para possibilitar o almejado controle, seja por aqueles diretamente envolvidos seja pela sociedade. Esta permanecerá antônima ao conteúdo discursivo do caso concreto e sem mais apelos, já que a palavra final foi dada.

Na verdade, o que se extrai do julgamento da ADPF-54 é a postura identificada como de ativismo judicial, em que o Poder Judiciário se investiu de atribuições legislativas, o que lhe é defeso, pelos riscos que isso pode acarretar de desaguar esse Estado de Direito para o Estado Judicial. Manifestada essa compreensão, e por tudo o mais recorrido, são devastadoras as conseqüências do julgamento da ADPF-54, razão por que se tem a hermenêutica ali consubstanciada e sob invólucro de simulação, de falácia dos oito (08) votos vencedores, como violadora dos direitos fundamentais, ressaltando a corrente minoritária,

dissidente dos votos dos Ministros Cezar Peluzo e Ricardo Levandowski, por suas articulações acauteladoras, verossímeis e plausíveis.

A partir da falácia de que é assegurada a liberdade à gestante de feto anencéfalo que, por opção, não aceita se submeter ao nominado procedimento de “antecipação terapêutica do parto” surgem as repercussões que a decisão do Supremo poderá gerar para o ordenamento jurídico brasileiro, por ter se imiscuído das funções legislativas, em uma atividade hermenêutica limitada sem se ater às consequências de sua decisão.

Assim, ao decidir que o anencéfalo é uma coisa, optando a gestante pela não interrupção da gravidez, alguns questionamentos deixaram de ser respondidos como as questões de ordem pessoal e patrimonial que deveriam advir para o nascituro anencefálico se não fosse considerado inumano e, portanto, indigno de proteção.

Muitas foram as questões que não foram assentadas pelo STF na decisão supra, o que demonstra a “incapacidade” da Suprema Corte, por sua própria natureza, para decidir questões que somente teriam condições de ser aferidas em um procedimento democrático e legítimo promovido pelo legislativo. Assim, a falácia argumentativa, tentando retirar do anencéfalo a condição de ser humano, não encontrando guarida no ordenamento jurídico legal, utilizou-se de uma imposição decisória no patamar constitucional que, por todas as suas incoerências, repercutirá em outras esferas do direito. Essas e outras questões, mais cedo ou mais tarde terão que ser respondidas. Até que isso não ocorra resta à sociedade a insegurança e ter que aceitar as consequências devastadoras da decisão imposta no julgamento da ADPF-54.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria Del discurs y derechos humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **As modernas formas de interpretação constitucional**. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência política*, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 45-50, jul./set. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____ **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF-54**. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954> Acesso em: 24 de julho de 2012.

CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico**, Tecnos, Madrid, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico**. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 30-51.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

_____ **Necesidad y legitimidad de La justicia constitucional**. In FAVOREU, Louis, et al. *Tribunales constitucionales europeo y derechos fundamentales*. Madri:Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CONDE, Heliana. **O sujeito psicológico e os direitos humanos: ideologias em questão**. In: SILVA, Marcus Vinicius de Oliveira (Org.). *Psicologia e direitos humanos: subjetividade e exclusão*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004. p. 169-177.

CÔTÉ, Pierre-André. **Fonction Législative et Fonction Interprétative: Conceptions Théoriques de Leurs Rapports**. In: AMSELEX, Paul (Org.). *Interprétation et droit*. Bruxelles: Presses Universitaires D'aix-Marseille, 1995. p. 189 -199.

CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. 1. Ed. Leme-São Paulo: CL Edijur, 2002.

DIJON, Xavier. **Méthodologie juridique, l'applicaton de La norme**. Bruxelas: Ed. Story et Scientia, 1993.

DISKIN, Lia. **Ética: um desafio à desigualdade**. In: Esteves, Sérgio. *O Dragão e a Borboleta. Sensibilidade e responsabilidade social nos negócios*. São Paulo: Axia undo/AMCE, 2000, p: 53-62.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____ . **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciências do Direito**. Trad. José Lamego, 3ª.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian ,1997).

MAXIMILIANO, Carlos. **Da hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

OST, François. **Ancora Sull' interpretazione**, trad. it. di G. Gorgoni, in "Ars interpretandi. Annuario de ermeneutica giuridica". Padova: CEDAM, 7, 2002, págs. 145-268.

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

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de argumentação: a nova retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 1996

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional.** Coimbra: Coimbra, 2000

SANCHIS, Prieto L. **Ideología e interpretación jurídica.** Tecnos: Madrid, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna.** Rio de Janeiro: Edições Graal. 1899.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. **A construção da viagem inversa: ensaio sobre a investigação nas ciências sociais.** *Cadernos de Sociologia*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 55-58. jan./jul. 1991.

SANTOS, Tânia Steren dos. **Da Neutralidade ao compromisso: a construção do conhecimento científico na pesquisa social.** *Cadernos de Sociologia*, Porto Alegre, Vol. 3, n. 3, p. 33-53, jan./jul. 1991.

SCALIA, Antonin; **A Matter of Interpretation. Federal Courts and The Law.** Princenton University Press, Princenton, New Jersey: 1998.

SESMA, Victoria Iturralde. **Aplicación Del derecho y justificación de la decisión judicial.** Valença: Tirant lo Blanch, 2003

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(M) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 6a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Brasília: Ministério da Justiça-UNB, 1979

WOLKMER, Antônio Carlos. **Crise da justiça e democratização do direito.** v. 1. Joaçaba: UNOESC, 1999.

_____. **Ideologia, estado e direito.** 3 ed. V. 1. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito.** 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

ZENNI, Alessandro Severino. **A crise no Direito Liberal na Pós-modernidade.** Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris editor, 2006.