



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



FRANCISCO PIMENTEL DE RANGEL MOREIRA

**DA INVESTIGAÇÃO SOBRE OS INSTRUMENTOS ARGUMENTATIVOS
UTILIZADOS PELOS MINISTROS DO STF QUANDO
DO JULGAMENTO DA ADPF 54/DF:
UMA ANÁLISE CARTOGRÁFICA DO DISCURSO PRÁTICO ADOTADO
PELO SUPREMO SOB A LUZ DA RETÓRICA DA OBJETIVIDADE**

FRANCISCO PIMENTEL DE RANGEL MOREIRA

**DA INVESTIGAÇÃO SOBRE OS INSTRUMENTOS ARGUMENTATIVOS
UTILIZADOS PELOS MINISTROS DO STF QUANDO
DO JULGAMENTO DA ADPF 54/DF:
UMA ANÁLISE CARTOGRÁFICA DO DISCURSO PRÁTICO ADOTADO
PELO SUPREMO SOB A LUZ DA RETÓRICA DA OBJETIVIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria Geral do Direito Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Júnior.

Recife
2018

M835i Moreira, Francisco Pimentel de Rangel

Da investigação sobre os instrumentos argumentativos utilizados pelos ministros do STF quando do Julgamento da ADPF 54/DF: uma análise cartográfica do discurso prático adotado pelo supremo sob a luz da retórica da objetividade / Francisco Pimentel de Rangel Moreira. – Recife, 2018. 197 f., tabs.

Orientador: Torquato da Silva Castro Júnior.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

Inclui referências.

1. Hermenêutica (Direito). 2. Juízes - Decisões. 3. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 4. Direitos fundamentais. 5. Retórica. 6. Aborto - Legislação - Brasil. 7. Feto - Anomalias. 8. Anencefalia. 9. Direito constitucional. 10. Direito - Filosofia. I. Castro Júnior, Torquato da Silva (Orientador). II. Título.

340.1 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2019-08)

FRANCISCO PIMENTEL DE RANGEL MOREIRA

**DA INVESTIGAÇÃO SOBRE OS INSTRUMENTOS ARGUMENTATIVOS
UTILIZADOS PELOS MINISTROS DO STF QUANDO**

DO JULGAMENTO DA ADPF 54/DF:

**UMA ANÁLISE CARTOGRÁFICA DO DISCURSO PRÁTICO ADOTADO
PELO SUPREMO SOB A LUZ DA RETÓRICA DA OBJETIVIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em: 27/02/2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Júnior (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias (Presidente)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Bruno César Machado Torres Galindo (2º Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva (Examinador Externo)
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Teresa e José, pelo incentivo diário oferecido e pela inabalável confiança em mim demonstrada.

À minha avó, Maria de Fátima, pelos sábios ensinamentos transmitidos, fruto de uma vida admirável.

Às minhas irmãs, Cecília e Luiza, cujos laços afetivos comigo mantidos só se fortalecem com a distância.

Aos meus cunhados, Gustavo e Aleiko, pelas ocasiões de lazer e descontração promovidas.

À minha sobrinha, Maria Eduarda, por ter colorido minha vida com tanta ternura e graça.

Ao Prof. Torquato Castro Jr., pela orientação e pelos *insights* brilhantes proporcionados nas aulas e no Central.

Ao Prof. Gustavo Just, pela grande relevância de sua obra para este trabalho, pelas inspiradoras lições e instruções dispensadas, dentro e fora do meu estágio docente, e pela postura acadêmica exemplar, a qual carrego sempre como modelo.

Aos Profs. Alexandre da Maia e Bruno Galindo, por igualmente aceitarem o convite para a banca examinadora e me prestarem valiosos conselhos e indicações.

A todos os amigos, particularmente Lucas e Daniel, que me propiciaram tantos momentos felizes, sem os quais jamais teria a perseverança necessária para cumprir esta árdua tarefa.

A todos os companheiros de mestrado, principalmente meus colegas de linha, Mariana, Tassiana e André, que percorreram comigo esta estrada e compartilharam os mesmos júbilos e percalços.

Aos muitos professores, servidores e funcionários do PPGD que de alguma forma me auxiliaram acadêmica ou administrativamente, com dedicação e presteza.

A todos vocês, minha profunda gratidão.

RESUMO

A dissertação se propõe a investigar o modo como cada ministro do Supremo Tribunal Federal argumentou, com vista a alcançar uma decisão, no famoso julgamento a respeito da constitucionalidade da interpretação que enquadrava a interrupção de gravidez de feto anencéfalo dentre as condutas tipificadas como aborto nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (a ADPF 54/DF). Para tanto, optou-se por utilizar como marco teórico a retórica da objetividade, expressão utilizada por Gustavo Just para se referir à postura argumentativa neutralizante em via de regra praticada pelos juristas. Ainda nesse sentido, Just instrumentaliza o conceito, transformando-o em um método de pesquisa, a partir de uma estratificação do discurso jurídico em quatro camadas. Assim, a proposta de Just servirá como referencial teórico ao presente trabalho. Como resultado, espera-se poder traçar um panorama sobre a distribuição dos argumentos em, ao menos, três níveis, organizados em tabelas: o individual, no voto de cada ministro; o global, com base no acórdão como um todo e um terceiro, “em bloco”, com fundamento no posicionamento decisório dos ministros (favorável/contrário), levando-se em consideração que a decisão não foi unânime. Desse modo, busca-se uma compreensão acurada do comportamento argumentativo dos ministros no caso em pauta – que deverá fundamentar a resolução de algumas questões sobre ele propostas –, bem como a formulação de algumas suposições sobre as razões e significados por detrás dessa conduta, que poderão, até mesmo, servir como base para estudos futuros de semelhante natureza.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica. Teoria da argumentação. Retórica da objetividade. Camadas discursivas. Métodos interpretativos. Ponderação de princípios. Direitos fundamentais. Argumentos não codificados juridicamente. STF. ADPF 54/DF. Interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

ABSTRACT

The master thesis purports to investigate the way each Brazilian Federal Supreme Court minister argued (aiming a decision) in the famous judgement about the constitutionality of the interpretation responsible to include the termination of anencephalic pregnancies among the criminal offences of abortion – Brazilian Criminal Code, sections 124, 126 and 128(I,II) –, known as ADPF 54/DF. With this purpose, the rhetoric of objectivity was chosen as theoretical framework, with the meaning introduced by Gustavo Just, in order to allude to the neutralizing argumentative behaviour usually adopted by lawyers. Furthermore, Just turns it into an operative concept, making it a research method, through a stratification of legal discourse in four layers. Therefore, Just's work will be a constant reference to this essay. As a result, it is expected to achieve a frame of arguments distribution in three levels at least, organized in tables: the individual one, considering each minister vote; the global one, based on the decision as a whole; and the “blocks” one, which divides the ministers in two positions (pros/cons), taking into account the decision was not unanimous. In this regard, a deep comprehension about the ministers' argumentative behaviour in ADPF 54/DF is intended – which must base some questions resolutions about this topic. In the end, some conjectures about the reasons and meanings behind this ministers' posture will be considered, which can act even as foundation of similar works in the future.

Keywords: Legal hermeneutics. Argumentation theory. Rhetoric of objectivity. Discursive layers. Interpretative methods. Balancing test. Fundamental rights. Legally non-codified arguments. STF. ADPF 54/DF. Termination of anencephalic pregnancies.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A RETÓRICA DA OBJETIVIDADE	15
2.1	AS TRADIÇÕES RETÓRICAS DO DIREITO NA ATUALIDADE (1945 – PRESENTE).....	15
2.1.1	Considerações preliminares	15
2.1.2	Tópica e Retórica	16
2.1.3	A teoria jurídica retórica (visão geral).....	24
2.2	O PODER SIMBÓLICO DO DIREITO	29
2.2.1	A força do Direito	29
2.2.2	Reflexões adicionais	33
2.3	APLICAÇÕES DA RETÓRICA DA OBJETIVIDADE	36
2.3.1	Pressupostos conceituais.....	36
2.3.2	Breves considerações sobre o papel da retórica da objetividade ao longo do direito moderno....	40
2.3.3	As camadas discursivas	42
2.3.4	Entre dois métodos (cartográfico e analítico).....	46
2.4	O MODELO ADOTADO.....	48
3	ANÁLISE HISTÓRICO-EVOLUTIVA DA INTERPRETAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICAS NO DIREITO MODERNO (REVOLUÇÃO FRANCESA – PRESENTE).....	50
3.1	DO POSITIVISMO LEGALISTA AO PÓS-POSITIVISMO	50
3.1.1	Protagonismo da lei	50
3.1.2	Os métodos clássicos (Savigny)	52
3.1.3	Crise do modelo liberal.....	59
3.1.4	Protagonismo da Constituição	62

3.2	OS MODELOS PÓS-POSITIVISTAS	73
3.2.1	Levando os direitos a sério (Dworkin)	73
3.2.1.1	<i>O contexto teórico</i>	73
3.2.1.2	<i>Entre princípios e regras</i>	75
3.2.1.3	<i>A ficção do juiz-Hércules e o Direito como integridade</i>	77
3.2.2	A Teoria Discursiva do Direito (Alexy)	79
3.2.2.1	<i>O discurso prático racional</i>	79
3.2.2.2	<i>A tese do caso especial</i>	81
3.2.2.3	<i>A teoria dos direitos fundamentais</i>	83
3.2.3	A interpretação histórico-evolutiva	86
3.2.4	A interpretação conforme a Constituição	90
4	O CASO	93
4.1	SOBRE O INSTRUMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)	93
4.2	NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O CASO	97
4.3	O CONFLITO E A DECISÃO INTERPRETATIVOS (1ª CAMADA).....	102
5	OS VOTOS (APRESENTAÇÃO INDIVIDUAL)	105
5.1	ESCLARECIMENTOS METODOLÓGICOS PRÉVIOS	105
5.2	MIN. MARCO AURÉLIO MELLO (RELATOR) – (IM/LNCA).....	108
5.3	MIN. ROSA WEBER – (IM/LNCA).....	117
5.4	MIN. JOAQUIM BARBOSA – (IM/LNCA).....	124
5.5	MIN. LUIZ FUX – (IM/LNCA).....	128
5.6	MIN. CÁRMEN LÚCIA – (IM/LNCA)	132
5.7	MIN. RICARDO LEWANDOWSKI – (IM/LNCA)	139
5.8	MIN. AYRES BRITTO – (IM/LNCA)	143
5.9	MIN. GILMAR MENDES – (IM/LNCA).....	148

5.10	MIN. CELSO DE MELLO – (IM/LNCA)	154
5.11	MIN. CÉZAR PELUSO (PRESIDENTE) – (IM/LNCA)	161
6	INTERPRETANDO OS RESULTADOS SOB A LUZ DO MÉTODO CATOGRÁFICO.....	169
6.1	COMENTÁRIOS SOBRE OS DADOS OBTIDOS	169
6.2	SINOPSE DOS VOTOS (TABELAS)	170
6.2.1	Perspectiva individual.....	170
6.2.2	Perspectiva global	172
6.2.3	Perspectiva pelo posicionamento decisório (favorável/contrário).....	173
6.3	RETORNO ÀS QUESTÕES INICIAIS	174
6.3.1	Todos os direitos são relativizáveis no modelo decisório contemporâneo?	174
6.3.2	Os métodos clássicos ainda se mostram relevantes no atual contexto jurisprudencial brasileiro?.....	177
6.3.3	Os ministros de fato decidem com base em argumentos propriamente jurídicos?	180
6.3.4	Existem divergências relevantes no <i>modus argumentandi</i> dos ministros entre um e outro posicionamento decisório?.....	182
6.4	CONJECTURAS A RESPEITO DO COMPORTAMENTO ARGUMENTATIVO DOS MINISTROS SOB A ÓTICA DA RETÓRICA DA OBJETIVIDADE	186
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	189
	REFERÊNCIAS	193

1 INTRODUÇÃO

A dissertação tem como tema a investigação do discurso argumentativo utilizado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal quando do famoso julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, do Distrito Federal (doravante ADPF 54/DF), a respeito da constitucionalidade da interpretação que enquadrava a interrupção da gravidez de feto anencéfalo dentre as condutas tipificadas como aborto nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Para tanto, optou-se por um marco teórico que pudesse absorver toda a riqueza argumentativa encontrada nas quinhentas páginas do acórdão e propiciar uma análise consistente a respeito do discurso adotado pelos ministros. Nesse sentido, a Retórica da Objetividade, a partir do modelo de pesquisa oferecido por Gustavo Just (com base na teoria desenvolvida pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu a respeito do poder simbólico do Direito), mostrou-se radicalmente pertinente ao presente trabalho.

Tal modelo parte da divisão do discurso jurídico em quatro camadas discursivas¹ – “decisão interpretativa”, “modelos interpretativos”, “argumentos não codificados juridicamente” e “estrutura discursiva” –, as quais serão pormenorizadamente explicadas no momento adequado.

Desse modo, os principais objetivos que se espera alcançar ao fim da dissertação são:

- a) Verificar detalhadamente o modo como cada ministro do STF se utiliza retoricamente das teorias argumentativas ao seu dispor, a fim de transmitir um aspecto de segurança e objetividade à sua decisão, abafando assim um possível caráter ideológico, político;
- b) Observar quais dessas teorias se mostram mais constantes no discurso;
- c) Desvendar eventuais argumentos extrajurídicos (morais, religiosos, filosóficos, históricos, técnicos, científicos) nos votos dos ministros e com que frequência eles aparecem;

¹ Nesse sentido, a ideia de discurso é recorrentemente utilizada no presente trabalho, na medida e nos termos em que o próprio Gustavo Just se vale desse conceito, como será adequadamente explicado em momento oportuno.

- d) Analisar, em suma, a distribuição dos argumentos em cada voto, tanto individualmente, como no acórdão como um todo e mesmo “em bloco”, isto é, com fundamento no posicionamento decisório dos ministros (favorável/contrário) – tudo isso com base nas quatro camadas discursivas referidas –, observando possíveis variações e levantando, por fim, algumas hipóteses sobre suas razões e consequências dentro do discurso, levando-se em consideração, inclusive, o referido fato de que a decisão não foi unânime (de tal modo que variações consideráveis são esperadas do ponto de vista das estratégias argumentativas adotadas entre aqueles que votaram a favor ou contra a procedência da ADPF 54/DF).

Almeja-se, por fim, ao término do trabalho, o fornecimento de respostas às seguintes questões, recorrentes no direito ocidental contemporâneo, sempre dentro dos limites do julgado selecionado, a exemplos das que se seguem:

(i) Todos os direitos são relativizáveis no modelo decisório contemporâneo? (ii) Os métodos clássicos ainda se mostram relevantes no atual contexto jurisprudencial brasileiro? (iii) Os ministros de fato decidem com base em argumentos propriamente jurídicos? (iv) Existem divergências relevantes no *modus argumentandi* dos ministros entre um e outro posicionamento decisório?

A partir dessas questões, serão propostas hipóteses, que nada mais são do que respostas diretas, plausíveis e positivas àquelas, as quais serão testadas junto com a resolução daquelas no último capítulo e terão seus resultados expostos nas considerações finais, que poderão indicar a sua confirmação, rejeição ou inconclusividade.

As hipóteses propostas, a serem testadas ao fim do trabalho, portanto, nada mais são do que as seguintes: todos os direitos são sim relativizáveis no modelo decisório contemporâneo; os métodos clássicos, ainda, se mostram efetivamente relevantes no atual contexto jurisprudencial brasileiro; os ministros de fato decidem com base em argumentos propriamente jurídicos; existem sim divergências relevantes no *modus argumentandi* dos ministros entre um e outro posicionamento decisório.

Já no que se refere ao procedimento metodológico utilizado, partiu-se de uma vasta pesquisa bibliográfica, seguida de uma imersão jurisprudencial, até a escolha do julgado em questão. Após a verificação da pertinência da Retórica da Objetividade à análise do caso selecionado, retomou-se o estudo da ADPF 54/DF, com o tecimento de uma miríade de

observações durante a leitura, já sob a luz do marco teórico adotado, para finalmente formular conclusões gerais sobre o caso e poder responder as questões, testar as hipóteses e cumprir os objetivos supracitados.

Utilizou-se, portanto, de um método de pesquisa dedutivo, partindo-se de uma teoria geral – a Retórica da Objetividade – para a investigação do caso particular escolhido – a ADPF 54/DF – a fim de tirar conclusões a seu respeito, dentro das questões e objetivos definidos, como já mencionado.

Quanto à organização do trabalho, optou-se por dividi-lo em cinco capítulos, distribuídos da seguinte maneira:

O primeiro capítulo cuida da Retórica da Objetividade. Parte-se de uma análise preliminar sobre algumas teorias retóricas que floresceram no universo jurídico após a segunda guerra mundial. Em seguida, apresenta-se brevemente a reflexão desenvolvida por Pierre Bourdieu a respeito do tema, dentro do âmbito da sociologia jurídica. Por fim, expõe-se detalhadamente o modelo de pesquisa construído por Gustavo Just, em torno da Retórica da Objetividade, com base nas quatro camadas mencionadas e em dois métodos possíveis (cartográfico e analítico), bem como a opção metodológica realizada na dissertação e a maneira como ela deverá guiar os capítulos subsequentes.

O segundo capítulo trata da evolução histórica pela qual passou o Direito, particularmente na esfera argumentativo-judicial, a partir de um padrão legalista de supremacia da lei e do congresso até o atual momento pós-positivista de protagonismo constitucional e judiciário. Haverá também uma exposição dos principais modelos interpretativos e argumentativos utilizados ao longo dessas épocas, desde os conhecidos métodos clássicos – gramatical, histórico, sistemático e teleológico (e o método integrativo da analogia) – até os hodiernos conceitos de ponderação de princípios, Princípio da Proporcionalidade, interpretação evolutiva, interpretação conforme a constituição, dentre outros.

O terceiro capítulo apresenta o caso selecionado (a ADPF 54/DF) e explica alguns elementos necessários à sua compreensão, particularmente no que toca às características formais do instrumento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Além disso, já será realizada a investigação sobre a decisão interpretativa, isto é, a primeira camada discursiva.

O quarto capítulo é certamente o mais extenso e se debruça sobre o voto de cada ministro e o modo como ele desenvolveu a sua argumentação dentro da segunda e terceira camadas discursivas apresentadas por Just (ou seja, os modelos interpretativos e os argumentos não codificados juridicamente). Nesse momento, o método de investigação empreendido foi predominantemente qualitativo, na ausência de marcadores textuais seguros para uma análise quantitativa.

Por fim, o quinto capítulo se volta para a última camada (estrutura discursiva), a partir da análise do discurso desenvolvido pelos ministros do STF, com base nos resultados apresentados no capítulo anterior, a fim de investigar como ocorre a distribuição de argumentos em, ao menos, três níveis, os quais serão organizados em tabelas: o individual, no voto de cada ministro; o global, com base no acórdão como um todo e um terceiro, “em bloco”, com fundamento no posicionamento decisório dos ministros (favorável/contrário), levando-se em consideração que a decisão não foi unânime. Nesse momento, por outro lado, a tentativa de sintetizar os resultados do capítulo anterior em tabelas apresenta sobretudo um caráter quantitativo (ainda que de maneira simplificada). Ademais, tudo isso será realizado com vista a responder os questionamentos e alcançar os objetivos acima colocados, podendo-se, por fim, tecer algumas conjecturas a respeito do comportamento argumentativo dos ministros sob a ótica da Retórica da Objetividade.

Adverte-se, mais uma vez, que a dissertação não tem a pretensão de tirar conclusões gerais sobre o comportamento discursivo de cada ministro ou do STF como um todo, ao longo de sua história, pois isso exigiria um amplo estudo de uma infinidade de julgados e um consequente procedimento indutivo, a fim de verificar tais padrões. Em vez disso, o trabalho se limita a alcançar essas mesmas conclusões dentro dos limites do caso concreto selecionado, o que já não é tarefa de pequena monta, considerando-se que a ADPF 54/DF gerou uma das decisões mais relevantes e polêmicas não só da história recente do STF, como de todos os tempos da jurisprudência brasileira.

Observa-se, ainda, que a dissertação não possui uma pretensão prescritiva, já que não procura estabelecer novas regras de como os ministros do STF devem realizar suas funções interpretativas e argumentativas, nem reiterar as já existentes na vasta literatura jurídica, com base em uma teoria qualquer. Ao contrário, busca apenas descrever o comportamento argumentativo encontrado no discurso de cada ministro, a fim de formular conclusões a seu respeito, com base no marco teórico definido.

Busca-se, por fim, realizar a análise mais neutra possível do caso, despindo-se de juízos valorativos em relação ao seu objeto e ao voto de cada ministro, reconhecendo, entretanto, a limitação de uma tal postura, que só pode ser definida como ideal a ser seguido, mas nunca como determinação plenamente concretizável.

Superados esses esclarecimentos introdutórios, procede-se ao primeiro capítulo, a respeito da Retórica da Objetividade.

2 A RETÓRICA DA OBJETIVIDADE

2.1 AS TRADIÇÕES RETÓRICAS DO DIREITO NA ATUALIDADE (1945 – PRESENTE)

2.1.1 Considerações preliminares

A retórica jurídica ressurgiu na Europa continental particularmente após a Segunda Guerra Mundial, como uma reação ao juspositivismo até então dominante, através de um resgate da tópica e do movimento conhecido como “nova retórica”, alavancados pelas obras de Theodor Viehweg e Chaïm Perelman, respectivamente. Não obstante, alguns pensamentos de cunho mais radical se originaram a partir desses primeiros, a exemplo da teoria jurídica retórica de Ottmar Ballweg.²

De acordo com Gustavo Just, as posições contemporaneamente adotadas no que concerne à interpretação jurídica podem ser classificadas como “cognitivistas” ou “não cognitivistas” (ou, ainda, “anticognitivistas”, ou “céticas”). Em linhas gerais, a distinção entre umas e outras diz respeito à crença na possibilidade de controlabilidade racional das interpretações. Nesse sentido, enquanto que as primeiras aceitam a atribuição dos predicados “verdadeiro” e “falso” para as diversas interpretações jurídicas, as teorias do segundo grupo a repudiam.³

Just ainda destaca uma terceira posição, intermediária – a exemplo do pensamento de Hart:

Segundo a qual a interpretação é controlável e, portanto, criticável em bases racionais apenas em determinadas situações (os “casos fáceis”) ou até determinado ponto, a partir do qual diferentes soluções são admissíveis, cabendo unicamente ao árbitro do intérprete a escolha de uma delas.⁴

² JUST, Gustavo. **Interpretando as Teorias da Interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 157-158.

³ *Ibidem*, p. 64.

⁴ *Idem*.

Nesse contexto, resta claro que a retórica jurídica, em suas diversas vertentes, enquadra-se na segunda corrente, isto é, no anticognitivismo, uma vez que analisa as interpretações e argumentos jurídicos a partir de sua “verossimilhança”, bem como da noção de “acordo” entre os envolvidos no debate – e não de sua “veracidade”. A esse respeito, afirma Perelman o seguinte:

Na ausência de técnicas unanimemente admitidas é que se impõe o recurso aos raciocínios *dialéticos e retóricos*, raciocínios que visam estabelecer um *acordo* sobre os valores e sobre sua aplicação, quando estes são objeto de uma controvérsia. Vê-se aparecer assim o caráter central da noção de acordo, tão desprezada pelas filosofias racionalistas ou positivistas, nas quais o que importa é a *verdade* de uma proposição, vindo o acordo por acréscimo, uma vez que a verdade foi estabelecida pelo recurso à intuição ou à prova. Mas a noção de acordo torna-se fundamental quando os meios da prova inexistem ou são insuficientes, principalmente quando o objeto do debate não é a verdade de uma proposição, mas o valor de uma decisão, de uma escolha, de uma ação, consideradas justas, equitativas, razoáveis, oportunas, louváveis, ou conformes ao direito.⁵

2.1.2 Tópica e Retórica

Pode-se afirmar, desse modo, que o livro “Tópica e Jurisprudência”⁶, publicado em 1953 pelo jusfilósofo alemão Theodor Viehweg, adquiriu uma significativa relevância ao resgatar uma tradição retórica no âmbito jurídico.

De início, o Autor procurou relembrar a distinção aristotélica entre raciocínios apodícticos (demonstrações) e dialéticos (em sentido semelhante ao que foi previamente explicado): os primeiros utilizam premissas verdadeiras em seus silogismos; enquanto que os últimos, atribuídos aos retóricos e sofistas, estão no campo do meramente oponível (*endoxon*), uma vez que se valem de opiniões amplamente acreditadas. Nas palavras do próprio Aristóteles:

⁵ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 139-140.

⁶ Importante observar que o termo “jurisprudência” é utilizado por Viehweg não em seu sentido habitual – qual seja, o conjunto de decisões dos tribunais –, mas sim em uma acepção mais abrangente, que envolve todo o Direito (de certo modo, como um substituto para a expressão “Ciência do Direito”, tida como inadequada pelo jusfilósofo).

Raciocínio dedutivo é um discurso no qual, dadas certas premissas, alguma conclusão decorre delas necessariamente, diferente dessas premissas, mas nelas fundamentada. Quando o raciocínio resulta de proposições primordiais e verdadeiras ou de princípios cognitivos derivados de proposições primordiais e verdadeiras, diz-se que temos uma demonstração; ao raciocínio obtido a partir de proposições geralmente aceites chama-se silogismo dialético. São verdadeiras e primordiais aquelas proposições que merecem crédito, não por recurso a outras proposições, mas sim por si mesmas (pois no que respeita aos princípios científicos não é pertinente perguntar porque são credíveis, uma vez que cada um desses princípios em si e por si deve ser credível); são fundadas na opinião comum aquelas proposições que parecem credíveis a todos, ou à maioria, ou aos sábios; ou ainda, de entre estes, a todos, à maioria ou aos mais conhecedores e reputados.⁷

A Tópica, nesse sentido, encontra-se no terreno do dialético – de acordo com a tradição retórica, portanto – e pode ser entendida como um modelo de raciocínio e argumentação “identificado”⁸ e desenvolvido por Aristóteles (ao menos em um primeiro momento).⁹ Dessa maneira, utiliza os chamados *topoi* como premissas. Nas palavras de Viehweg, os “*topoi* são, portanto, para Aristóteles, pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade”¹⁰. Em sequência, o alemão ainda cita Aristóteles, afirmando que ele “termina sua exposição com estas palavras ‘Os *topoi*, enumerados de um modo mais ou menos completo, são os que nos podem ajudar, em relação a cada problema, a obter raciocínios dialéticos’ (Top. VII. 5. 14)”¹¹.

Posteriormente, Viehweg fornece uma breve explicação sobre a Tópica de Cícero, que parte, naturalmente, da obra de Aristóteles, contudo apresenta um caráter mais prático, se comparada a essa última. Isso porque, apesar de ter um nível considerado inferior¹², acabou por

⁷ ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2007, pp. 233-234.

⁸ Na realidade, a tópica em si já existia, apesar do nome ter sido dado por Aristóteles. “Ademais, como vimos, de Aristóteles procede unicamente o nome ‘tópica’. Mas o assunto mesmo já existia; é um antigo patrimônio intelectual da cultura mediterrânea que emerge antes de Aristóteles, junto com ele e depois dele, em todas as formulas retóricas, com o nome de euresis, inventio, ars inveniendi ou algo semelhante.” In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, p. 31.

⁹ *Ibidem*, pp. 23-25.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 26-27.

¹¹ *Idem*.

¹² *Ibidem*, p. 28.

adquirir maior relevância histórica, em razão do modo como esquematizou um catálogo de *topoi*, tornando-o bem mais operacionalizável na *praxis* argumentativa.¹³

No capítulo seguinte, Viehweg descreve aquela que provavelmente é a principal característica da tópica: o fato de ser uma *techne* orientada para o **problema**. Nesse sentido, vale-se do método de trabalho aporético, isto é, aquele que indica a postura adequada diante da “falta de um caminho” (aporia) prévio.¹⁴

Para a melhor compreensão do tema, faz-se essencial a comparação entre os pensamentos problemático (o da tópica) e sistemático-dedutivo ou axiomático (o das ciências): enquanto que o primeiro põe o foco no caso concreto e contém poucas regras gerais e ordenadas para a sua solução, mas em vez disso os referidos *topoi*, conhecidamente flexíveis, fragmentários, oponíveis entre si e moldáveis ao problema; o segundo constrói um rigoroso sistema, com pretensões de unidade e coerência, e nele concentra sua atenção, procurando resolver todos os problemas dos casos concretos por meio da subsunção às regras gerais, ordenadas em complexas cadeias dedutivas.

É recomendável não perder de vista as mencionadas implicações que existem entre sistema e problema, quando se lê o que N. Hartmann escreveu: “O modo de pensar sistemático procede do todo. A concepção é nele o principal e permanece sempre como o dominante. Não há que buscar um ponto de vista. O ponto de vista está adotado desde o princípio. E a partir dele se selecionam os problemas. Os conteúdos do problema que não se conciliam com o ponto de vista são rejeitados. São considerados como uma questão falsamente colocada. Decide-se previamente não sobre a solução dos problemas, mas sim sobre os limites dentro dos quais a solução pode mover-se”. “...O modo de pensar aporético procede em tudo ao contrário”. A isto se acrescenta uma série de considerações, que termina com a seguinte frase: “(O modo de pensar aporético) não põe em dúvida que o sistema exista e que para sua própria maneira de pensar talvez seja latentemente o determinante. Tem certeza do seu sistema, ainda que não chegue a ter dele uma concepção”.¹⁵

A partir dessas reflexões, resta compreender onde se encontra o Direito diante desses modelos de pensamento. Desse modo, Viehweg não apenas se mostra crítico das tentativas de transformar a jurisprudência em ciência, típicas do positivismo jurídico, eliminando, dessa feita, o seu teor tópico (predominante anteriormente no direito ocidental, particularmente no *ius civile*

¹³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. *op cit.* p. 31.

¹⁴ *Ibidem*, p. 33.

¹⁵ *Ibidem*, p. 35.

romano), como se mostra absolutamente cético a respeito da real possibilidade de fazê-lo, argumentando que a tópica jamais lhe foi verdadeiramente extirpada.

Dentre as razões para sua afirmação, deve-se destacar as mais relevantes. Primeiramente, uma rigorosa sistematização da jurisprudência exigiria o estabelecimento de axiomas (pontos de partida), cuja seleção se mostra obviamente arbitrária de um ponto de vista lógico – já aí se verifica a influência tópica no Direito.¹⁶

Em segundo lugar, um tal sistema deveria apresentar uma absoluta integridade, compatibilidade e independência de seus axiomas, de tal modo que todas as demais proposições pudessem ser deles derivadas. Tal procedimento deveria ser realizado no âmbito global do direito positivo. Naturalmente, um modelo como esse não passa de um ideal intangível ou de uma ficção jurídica. Já nesse ponto, afirma Viehweg que “sua construção nunca se realizou, ainda que sua existência seja pressuposta usualmente em nosso pensamento jurídico”¹⁷.

Em terceiro lugar, observa-se o fato de o Direito se valer de uma linguagem natural, campo no qual, segundo o alemão, “opera uma tópica oculta”¹⁸. Em suas palavras, no que se refere à linguagem natural:

Hoje está claramente estabelecido que a linguagem unifica uma pleora quase ilimitada de horizontes de entendimento, que variam continuamente. A linguagem apreende incessantemente novos pontos de vista inventivos, à maneira tópica. Com isto demonstra a sua fecunda flexibilidade, porém, ao mesmo tempo, põe o sistema dedutivo em perigo, pois os conceitos e as proposições, que se expressam por meio das palavras da linguagem natural, não são confiáveis do ponto de vista de sistemática.¹⁹

Para superá-la, seria necessário, inicialmente, estabelecer sentidos unívocos para as palavras. “Ter-se-ia que tornar impossível acrescentar-lhes outros atributos com respeito à compreensão geral da vida ou do idioma ou à vista do problema correspondente, quer dizer, interpretá-los não só de uma forma teoricamente relacionada, mas também de qualquer outro

¹⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. *op. cit.* p. 77.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 78.

¹⁹ *Ibidem*, p. 82.

modo.”²⁰ Por fim, seria imprescindível a adoção de cálculos, fórmulas e símbolos, semelhantes aos da matemática, que regessem às relações entre os conceitos e as proposições jurídicas, dentro do ordenamento jurídico.²¹

Um sistema jurídico que siga o procedimento descrito, liberto de infiltrações tópicas (como a interpretação), ainda que fosse elaborável, simplesmente já não guardaria qualquer vínculo com a realidade, perderia completamente sua finalidade, pois não serviria para solucionar adequadamente os problemas concretos que a ele se apresentassem.²² Ademais, a própria adaptação do estado de coisas em fatos jurídicos, isto é, a sua compreensão sob a ótica do Direito só pode ser feita por meio de sua interpretação e, conseqüentemente, à maneira tópica.

O que de um modo simplista se chama aplicação do direito é visto de uma maneira mais profunda, uma recíproca aproximação entre os fatos e o ordenamento jurídico. Engisch falou neste sentido, de um modo convincente, ‘do permanente efeito recíproco’ e da ‘ida e volta do olhar’.²³

Por fim, Viehweg resume todo o processo, evidenciando o absurdo que seria uma rigorosa sistematização da jurisprudência:

Seria necessário: uma rigorosa axiomatização de todo o direito, unida a uma estrita proibição de interpretação dentro do sistema, o que se alcançaria de um modo mais completo mediante o cálculo; alguns preceitos de interpretação dos fatos orientados rigorosa e exclusivamente para o sistema jurídico (ou cálculo jurídico); não impedir a admissibilidade das decisões *non liquet*; conseguir uma ininterrupta intervenção de um legislador, que trabalhe com uma exatidão sistemática (ou calculadora) para tornar solúveis os novos casos que surgem como insolúveis, sem perturbar a perfeição lógica do sistema (ou cálculo). [...]

O procedimento que isto supõe já não é de busca do direito, senão de aplicação do direito, o que, como é sabido, representa uma considerável diferença, apesar da semelhança de terminologia.²⁴

Outro autor relevante nesse contexto é Chaïm Perelman. Em seu já mencionado movimento de resgate da retórica (e em sua tentativa de aplicá-la ao Direito), conhecido como

²⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. *op. cit.* p. 78.

²¹ *Ibidem*, pp. 78-79.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, 82-83.

²⁴ *Ibidem*, p. 84.

“nova retórica”, também se refere aos lugares-comuns argumentativos (os *topoi*). Em suas palavras, em sentido semelhante a Viehweg, afirma o seguinte:

Os lugares-comuns desempenham na argumentação um papel análogo ao dos axiomas em um sistema formal. Podem servir de ponto inicial justamente porque os supomos comuns a todos os espíritos. Mas diferem dos axiomas porque a adesão que se lhes concede não é fundamentada na evidência deles, mas, ao contrário, na ambiguidade deles, na possibilidade de interpretá-los e de aplica-los de modos diversos.²⁵

Logo em seguida, contudo, o pensador belga faz uma ressalva, ao explicar que nem todo lugar-comum será cabível em qualquer situação, pois o seu aceite em abstrato não implica a sua pertinência ao caso concreto. “Vê-se por aí que o acordo sobre os lugares-comuns, como o acordo sobre os fatos e os valores, de modo algum garante o acordo sobre sua aplicação concreta e, portanto, sobre as conclusões a que chegaremos.”²⁶

Já no âmbito do direito, em outra passagem, o Autor volta a comparar a lógica formal com a lógica (argumentação) propriamente jurídica, destacando, por parte dessa última, a importância de se demonstrar a plausibilidade de suas premissas (utilizando-se para tanto, certamente, os lugares-comuns). Em suas palavras:

O papel da lógica formal consiste em tornar a conclusão solidária com as premissas, mas o papel da lógica jurídica é demonstrar a aceitabilidade das premissas. Esta resulta da confrontação dos meios de prova, dos argumentos e dos valores que se defrontam na lide; o juiz deve efetuar a arbitragem deles para tomar a decisão e motivar o julgamento.²⁷

Apesar disso, Perelman apresenta uma visão ponderada sobre direito. Ao defender o resgate de uma retórica jurídica como método argumentativo, ele não despreza o seu viés sistemático. Em vez disso, acredita no equilíbrio entre o sistema e a pragmática²⁸ (âmbito

²⁵ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. *Op. cit.* p. 159.

²⁶ *Ibidem*, p. 160.

²⁷ *Ibidem*, p. 242.

²⁸ De acordo com a semiótica, desenvolvida por Charles Sanders Peirce, filósofo norte-americano, os signos linguísticos podem ser estudados sob três perspectivas: a sintaxe, a semântica e a pragmática. A sintaxe se volta apenas para as relações dos signos entre si, sendo assim a teoria da construção de toda a linguagem. A semântica, por sua vez, assume a tarefa de analisar os signos em suas relações com os objetos por eles designados. Importa a ela, portanto, as regras e modos pelos quais as palavras se referem aos objetos. A pragmática, por fim, estuda as relações entre os signos e seus usuários (utentes), levando-se em consideração o contexto comunicacional em que

tradicionalmente explorado pela retórica²⁹). Desse modo, afirma o seguinte: “O direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência, uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que lhe parece justo e razoável.”³⁰

Pouco depois, Perelman retoma os conceitos de acordo (já mencionado previamente no trabalho) e de adesão e explica sua importância para a retórica jurídica, além de destacar seu vasto campo de incidência dentro da argumentação jurídica:

O que o advogado procura conquistar com seu arrazoado é a adesão do juiz. Só pode obtê-la mostrando-lhe que tal adesão é justificada, pois será aprovada pelas instâncias superiores bem como pela opinião pública. Para atingir seus fins o advogado não procederá das verdades iniciais (os axiomas) para as verdades demonstradas (os teoremas), mas de acordos *preliminares* para a adesão que deseja obter.

Sobre o que versam os acordos preliminares? Sobre os fatos primeiramente, enquanto não forem contestados. Sobre as presunções, em seguida, enquanto não forem derrubadas. Depois sobre os valores, as hierarquias de valores e os lugares-comuns, reconhecidos por dada sociedade. Por fim, sobre a existência e a interpretação das regras de direito, a partir dos textos legais e da jurisprudência.³¹

Em outra passagem, o jusfilósofo belga trata especificamente da importância da justificação das decisões por parte do magistrado. Nesse sentido, a busca pela adesão não parte apenas dos advogados em relação aos juízes, mas também desses últimos em relação aos seus distintos auditórios: as próprias partes em litígio, os profissionais do direito em geral e a opinião pública. Para tanto, deve-se valer igualmente de raciocínios dialéticos, os quais, na busca da persuasão, ultrapassam a esfera meramente jurídica, versando muitas vezes sobre economia, política, moral, dentre outras. Não obstante, em nome da segurança e confiabilidade jurídicas, Perelman destaca que tais decisões não podem ser absolutamente subjetivas (novamente o equilíbrio entre axiomática e pragmática).

as palavras são empregadas. Nas palavras de Luiz Alberto Warat, “sua problemática central gira em torno da análise dos modos de significar, usos ou funções da linguagem. Parte-se, assim, da ideia de que fatores intencionais dos usuários provocam alterações na relação designativa-denotativa dos significados das palavras ou expressões.” In: WARAT, Luiz Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. versão. 2. ed. aumentada. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995, pp. 45-46.

²⁹ Segundo Viehweg: “é evidente, sem mais explicações, que a retórica, desde há muito, teve justamente a mencionada pragmática diante de si em primeiro plano, e é também facilmente perceptível que o novo interesse pela retórica faz voltar a vista para um correspondente modo de encarar as coisas.” In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. *op. cit.* p. 102.

³⁰ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. *op. cit.* p. 238.

³¹ *Ibidem*, p. 239.

É preciso, de fato, não esquecer que as decisões de justiça devem satisfazer três auditórios diferentes, de um lado as partes em litígio, a seguir, os profissionais do direito e, por fim, a opinião pública, que se manifestará pela imprensa e pelas reações legislativas às decisões dos tribunais. É assim que a busca do consentimento de auditórios diferentes dá azo a esta dialética que pertence à esfera do direito consuetudinário, e que se manifesta pelas justificações de toda espécie, de ordem social, moral, econômica, política ou propriamente jurídica, que os partidários das teses em confronto não deixarão de fornecer.

O juiz, cuja tarefa é apreciar o valor de cada um desses argumentos – que, na medida em que forem apresentados pelas partes, conduzirão a soluções opostas –, deve evitar uma decisão puramente subjetiva. Tal perigo é diminuído pela instauração da colegialidade a qual seria totalmente incompreensível se a lógica jurídica fosse apenas a lógica formal aplicada ao direito, propondo-se demonstrar uma conclusão a partir de premissas supostamente verdadeiras.³²

Ainda, em relação à importância do auditório (que desempenha função central em sua obra), em outro trabalho seu, Perelman destaca até mesmo o seu caráter dinâmico ao longo do discurso, na medida em que ele se transforma ao ser por esse último persuadido e exige o acompanhamento das próprias estratégias argumentativas, mantendo-se assim o seu interesse no relato.³³

Merece destaque ainda a forma como Perelman enxerga a estrutura do discurso jurídico, observada por Manuel Atienza na passagem abaixo:

(...) Perelman considera a argumentação como um processo em que todos os seus elementos interagem constantemente, e nisso ela se distingue também da concepção dedutiva e unitária do raciocínio de Descartes e da tradição racionalista. Descartes via no raciocínio um “encadeamento” de ideias, de tal maneira que a cadeia das proposições não pode ser mais sólida do que o mais frágil dos anéis; basta que se rompa um dos anéis para que a certeza da conclusão se desvaneça. Ao contrário, Perelman considera que a estrutura do discurso argumentativo se assemelha à de um tecido: a solidez deste é muito superior à de cada fio que constitui a trama (Perelman, 1969). Uma consequência disso é a impossibilidade de separar radicalmente cada um dos elementos que compõe a argumentação.³⁴

³² PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. *op. cit.* pp 238-239.

³³ Nesse sentido, Chaïm Perelman afirma que “não se concebe o conhecimento do auditório independentemente do conhecimento dos meios suscetíveis de influenciá-lo. Isso porque o problema da natureza do auditório é ligado ao de seu condicionamento. [...] conhecer o auditório é também saber, de um lado, como é possível assegurar seu condicionamento, do outro, qual é, a cada instante do discurso, o condicionamento que foi realizado. [...] o auditório já não é, no final do discurso, exatamente o mesmo do início. Este último condicionamento só pode ser realizado pela adaptação contínua do orador ao auditório”. In: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 26.

³⁴ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 59.

A seguir, será apresentada uma visão geral sobre a teoria jurídica retórica, de Ottmar Ballweg.

2.1.3 A teoria jurídica retórica (visão geral)

No momento, faz-se interessante o tecimento de alguns comentários, ainda que sucintos, a respeito da teoria jurídica retórica de Ottmar Ballweg – que serviu de inspiração ao pensamento jusfilosófico de João Maurício Adeodato –, certamente mais radical do que as anteriores, uma vez que reduz todo tipo de saber (não se limitando ao jurídico, apesar do nome) ao pensamento retórico, diminuindo, dessa feita, a importância da distinção clássica, anteriormente referida, entre os raciocínios apodícticos e dialéticos. Nesse sentido, deve-se mencionar, primeiramente, que o jurista alemão enxerga não uma, mas três facetas da retórica, quais sejam: a **material**, a **estratégica** e a **analítica**.

A primeira delas é a própria maneira como a “realidade” é constituída, isto é, Ballweg, sob clara influência da reviravolta linguística, parece desconsiderar a existência de uma “coisa em si”³⁵, para afirmar que não há para a sociedade uma realidade existente fora das relações comunicacionais humanas (linguagem).³⁶ Deve-se atentar que:

O primado gnoseológico da experiência interna não pode prevalecer porque não há uma verdade subjetiva; a solução passa por um conteúdo de sentido no âmbito de uma linguagem comum a outras pessoas, na possibilidade de seguir, ou não, **regras**

³⁵ Ainda que uma “coisa em si” intangível, no sentido kantiano. In: ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

³⁶ Wittgenstein, filósofo da reviravolta linguística, observou justamente a não existência de um mundo em si, independente da linguagem, por ela copiável. Só se teria, pois, o mundo na linguagem, nunca o mundo em si, imediatamente, sempre por meio da linguagem. Entidades, atributos, as próprias coisas se manifestariam precisamente na linguagem. Portanto, a linguagem não seria um puro instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado, seria, antes, condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento enquanto tal. In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2001, pp. 127-128.

publicamente controláveis. Daí a indispensabilidade da pessoa do outro para a construção de qualquer sentido, qualquer comunicação.³⁷

Nas palavras de Ballweg:

Estas retóricas materiais do direito, da religião, da moral etc. atuam de maneira que a imanência linguística dos sinais de linguagem é transcendida. Elas criam essas ‘realidades em que vivemos’. Esta transcendência da linguagem permite-nos então experimentar o direito, a religião, a moral, o amor, o dinheiro etc. como realidades. Ela fundamenta, através da confiança na linguagem – que enquanto tal não é consciente –, a confiança no direito e em outros mitos, entre os quais o mito da razão.³⁸

Assim é nesse ambiente comunicacional que surgem diversas opiniões, visões a respeito da realidade, chamadas de **relatos** (“fatos”), cada um deles com pretensões de se firmar como verdade. Desse modo, alguns deles obtêm maior êxito nessa busca, por convencerem um maior número de pessoas e contarem com a opinião de autoridades em suas áreas. São chamados, pois, de relatos dominantes, por gozarem de credibilidade. Não há, portanto, quaisquer verdades ônticas, mas meramente esses relatos vencedores, que podem ser considerados verdades apenas socialmente, por serem consensos, ou majorias. Em posição contrária a eles, estão aquelas opiniões de pouca aceitabilidade, tidas como verdadeiras apenas por grupos restritos, mas vistas como mentiras (ou até mesmo como indícios de desinteligência, ou insanidade) pela parcela majoritária da comunidade.

A linguagem [...] produz o ‘ser’ de forma bem literal. Nesse sentido da retórica material, não há diferença entre os quasares e os buracos negros, de um lado, e os anjos e demônios medievais e contemporâneos, de outro. O ser humano hoje vive e crê em carros, árvores e arranha-céus; da ‘realidade’ medieval (com fiéis descendentes hoje), além de animais e pessoas, fazem parte do mundo bruxas e predições. É por isso que um juiz contemporâneo não aceitaria na lide argumentos baseados em viagens no tempo e cidadãos na Europa medieval não compreenderiam histórias sobre viagens em foguetes e aviões. O importante é a crença no relato, e essas relações comunicativas fazem a retórica material.³⁹

³⁷ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional:** sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

³⁸ BALLWEG, Ottmar. **Retórica Analítica e Direito.** Tradução de João Maurício Adeodato. Faculdade de Direito do Recife. Do original *Rhetorik und Vertrauen. In: Kritik und Vertrauen: Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag.* Frankfurt a. M., Anton Hain Verlag, 1990, p. 34-#, p. 3.

³⁹ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional:** sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. *Op. cit.* pp. 68-69.

Dessa forma, fica claro que essas relações comunicativas, posto que humanas, são profundamente dinâmicas e instáveis, podendo-se, dessa maneira, verificar frequentemente a ascensão de novas opiniões à posição de relatos vencedores e o descrédito de antigas “verdades”.

Nesse sentido, o discurso científico pode ser considerado atualmente o relato vencedor, particularmente dentro de um ambiente onde a ideia de pensamento racional é profundamente valorizada, como na sociedade ocidental contemporânea, gozando assim de uma grande credibilidade. Mesmo assim, para a teoria retórica de Ballweg, são apenas relatos, opiniões, baseadas no referido “mito da razão”, e não verdades absolutas.

Em reforço a essa perspectiva, pode-se invocar a filosofia de Thomas Kuhn, para quem a produção científica deve ser encarada como uma atividade necessariamente fundamentada em algum paradigma, o qual, por sua vez, pauta-se obrigatoriamente em uma série de elementos históricos e sociológicos. Ademais, não há como mensurar paradigmas entre si, a fim de determinar qual o melhor, pois tal escolha já estaria contaminada pelas preferências do observador.

Em seu livro **A estrutura das revoluções Científicas** (1962), Kuhn sustenta a tese de que a ciência se desenvolve durante certo tempo a partir da aceitação, por parte da comunidade científica, de um conjunto de teses, pressupostos e categorias que formam um paradigma, ou seja, um conjunto de normas e tradições dentro do qual a ciência se move e se orienta.⁴⁰

No pensamento de Thomas Kuhn, portanto, os paradigmas são os marcos orientadores do trabalho científico, substituídos de tempos em tempos, sob influência de aspectos não objetivos (fatores históricos e culturais). Nas suas palavras, paradigmas são “realizações científicas universalmente reconhecidas, que fornecem, durante um período, modelos de problemas e soluções para uma comunidade de praticantes da ciência.”⁴¹

⁴⁰ NEVES, Francisco Ramos. Karl Popper e Thomas Kuhn: reflexões acerca da epistemologia contemporânea I. **Revista FARN**. Natal, v.2, n. 1, pp. 143-148, jul./dez. 2002, p. 146.

⁴¹ “(...) universally recognized scientific achievements that for a time provide model problems and solutions to a community of practitioners.” In: KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2012, prefácio (versão eletrônica da Amazon). Acessado no Amazon Kindle, posição 574.

Assim, em última instância, o cientista não realiza uma atividade tão objetiva e exata como se pensava. Em vez disso, ele traduz em sua produção toda uma gama de subjetividade e parcialidade, diretamente influenciada por fatores históricos, culturais, sociológicos do contexto e da época em que vive.

Na esfera jurídica, essa inexatidão se apresenta de maneira ainda bem mais acentuada, se comparada com as ciências duras. Nessa perspectiva, pode-se mencionar, por exemplo, o pensamento de Katharina Sobota, jusfilósofa alemã, de orientação realista. Para ela, a decisão jurídica é pautada não pelas normas gerais do ordenamento jurídico, supostamente aplicáveis de maneira unívoca ao caso concreto, mas sim por tendências, padrões de jurisprudência.

É nesse sentido que Sobota afirma que “a prática jurídica não é governada nem pelas premissas maiores, nem por normas instrumentais.” Dessa maneira, a Autora prefere “o conceito menos preciso de regularidades”. “Regularidades” [...] não são nem tão gerais, nem tão permanentes como se supunha serem as leis da física clássica. [...] Regularidades são “padrões” e não “estruturas” ou “regras” – “padrões” construídos por um observador dentro do próprio sistema.” Sintetizando a sua opinião, a jusfilósofa alemã pensa “que o processo decisório jurídico não é governado por normas universais, mas sim moldado e constituído por tais padrões mutáveis e auto-organizados, os quais se encontram frequentemente articulados como regras, mas são, de fato, apenas “regularidades”.⁴² Dessa maneira, não há o que se falar, portanto, de uma subsunção apodítica do caso à lei.

Em continuidade à filosofia de Ballweg, a segunda face da retórica – a retórica estratégica (prática) – tem como função a observação da primeira, a fim de desvendar as maneiras pelas quais esses relatos concorrem entre si, o que resulta na própria formação das verdades, e os motivos responsáveis pela aceitação de uns em detrimento de outros. Nesse sentido, ela se vale de sua reflexão, com o objetivo de desenvolver uma série de conselhos, instruções, que pode levar os indivíduos a serem bem-sucedidos na transmissão da crença de seus relatos (em uma palavra, persuasivos). Assim, a retórica prática parte da matéria para nela influir, através, por exemplo, da “teoria da argumentação” ou da “teoria das figuras”⁴³. Percebe-se, portanto, que é a mais conhecida pelo público geral.

⁴² SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. n. 7. Tradução de João Maurício Adeodato. Recife, 1995, pp. 254-255.

⁴³ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. *Op. Cit.* pp. 66-67.

Os discursos práticos são estratégias para modificar fatos (relatos da retórica material) e erigi-los em **objetos**, isto é, fatos relativamente fixados, aos quais alguns relatos selecionados aderem, em detrimento de outros; os utentes os determinam, constituem esses objetos, transformando relatos de opiniões em objetos, que supostamente constituem as definições da linguagem de controle instituída, os relatos corretos, a verdade.⁴⁴

Vale ressaltar que, apesar de os relatos se organizarem de modo relativamente semelhante, a retórica estratégica deve levar em consideração muitas variáveis, tais como as mudanças históricas, as peculiaridades culturais das distintas regiões, o grau de instrução e a expectativa dos receptores da mensagem (o auditório, como já mencionado), dentre outros fatores.

No campo jurídico, pode-se novamente lançar mão da obra de Sobota, a fim de ilustrar uma das várias estratégias retóricas utilizadas na argumentação jurídica. Trata-se do uso dos entimemas⁴⁵, bastante úteis na implicação das premissas maiores dos silogismos jurídicos, já que seria embaraçoso e disfuncional para os juristas praticantes (particularmente os magistrados) revelá-las (por englobar motivações emotivas, por vezes inconfessáveis). Assim, Sobota afirma que:

Na retórica legal cotidiana, é característica das normas utilizadas que elas somente existam na esfera de alusão ou implicação. Esta esfera situa-se em algum lugar entre a explicitação verbal e o completo silêncio. [...] A esfera de implicação é caracterizada por uma forma relativamente certa e um conteúdo relativamente incerto.⁴⁶

A retórica analítica, por fim, volta-se aos dois outros níveis retóricos: o material e o prático, com o objetivo de analisá-los. Dessarte, ao descrever a relação entre eles, não pode com eles se confundir, isentando-se, **nos limites do possível**, de emitir qualquer juízo de valor e de

⁴⁴ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. *Op. Cit.* p. 73.

⁴⁵ “Argumentos que se baseiam em conteúdos tópicos, por indícios, paradigmáticos, probabilísticos etc., mas que têm em comum, de fato, o aspecto formal, pois são silogismos que não expressam todas as suas três partes componentes, deixando uma ou mesmo duas delas subentendidas, na esfera do silêncio.” *In*: ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 301.

⁴⁶ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! *Op. cit.* p. 267.

prescrever qualquer norma. A retórica analítica não pretende, pois, interferir nas outras duas, buscando sempre se pautar pela neutralidade.

2.2 O PODER SIMBÓLICO DO DIREITO

2.2.1 A força do Direito

No campo sociológico, Pierre Bourdieu oferece igualmente uma valiosa contribuição ao tema em análise. Preliminarmente, deve-se observar que a sua obra de maneira alguma se apresenta como uma continuidade do que foi tratado no subcapítulo anterior, cujo propósito foi oferecer ao leitor uma noção introdutória sobre a retórica jurídica, bem como situá-lo diante de algumas das teorias mais relevantes sobre o tema na contemporaneidade. Por outro lado, Bourdieu desenvolve uma reflexão em torno do Direito em um âmbito distinto, qual seja, o sociológico. Desse modo, ainda que se possa traçar alguns vínculos entre seu pensamento e o dos autores anteriormente tratados, particularmente a referência à retórica, como será visto adiante, isso não autoriza uma análise conjunta de ambos (ao menos não sem as devidas ressalvas). Superado esse esclarecimento inicial, parte-se então para a apresentação de sua teoria.

De início, o sociólogo francês se opõe às duas visões antagônicas tradicionalmente expostas a respeito do Direito: a internalista e a externalista. A primeira reivindica a autonomia absoluta do pensamento e da ação jurídicos, inerentes a um corpo de regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo o seu próprio fundamento.⁴⁷ A segunda, ao contrário, enxerga no direito e na jurisprudência um reflexo direto de forças existentes, em que se exprimem as determinações econômicas e, em particular, os

⁴⁷ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 209.

interesses dos dominantes (o direito não passaria, pois, de um instrumento de dominação).⁴⁸
 Como solução a esses extremos, o francês sugere a seguinte concepção do direito:

Para romper com a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, sem se cair na visão oposta, é preciso levar em linha de conta aquilo que as duas visões antagonistas, internalista e externalista, ignoram uma e outra, quer dizer, a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física. As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.⁴⁹

Em sentido semelhante, Pierre Bourdieu afirma, em outro discurso, a seguinte passagem:

Creio que deve ser rechaçada também a alternativa do direito como ideologia ou como ciência. Dizer que o direito é uma ideologia é perder de vista a lógica e o efeito específicos do direito. Aclarado isso, dizê-lo também é operar uma ruptura com a representação ingênua, que pretende que o direito seja universal, como ciência ou como norma. Pode-se afirmar, como faz Kelsen, que o direito é um sistema normativo sem se ficar obrigado a dar a ele um fundamento trans-histórico ou trans-social. Dito de outro modo: a oposição que sempre se estabelece entre relativismo (ou historicismo) e absolutismo, ou inclusive entre verdade e história, é fictícia. É possível rechaçar o fundamento de tipo kelseniano, essa espécie de proeza da absolutização, sem cair no vazio relativista. A pretensão de universalidade dos juristas está fundamentada em uma norma fundamental. Há que se abandonar a questão do fundamento e aceitar que o direito, igual à ciência ou à arte (os problemas são os mesmos em matéria de direito e de estética), pode estar fundamentado unicamente na história, na sociedade, sem que por isso sejam aniquiladas suas pretensões de universalidade.⁵⁰

Assim, a força do direito moderno teria origem justamente em seu poder simbólico, oriundo de uma série de elementos legitimadores, que buscam fornecer-lhe uma roupagem

⁴⁸ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. *Op. cit.* p. 210.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 211.

⁵⁰ BOURDIEU, Pierre. Os Juristas, Guardiões da Hipocrisia Coletiva. **Revista Direito, Sociedade e Cultura**. Faculdade de Direito de Vitória. Disponível em: <<http://direitosociedadecultura.blogspot.com.br/2011/03/os-juristas-guardiaes-da-hipocrisia.html>>. Acesso em: 02/09/2017.

científica, um caráter de neutralidade e, de certo modo, de inacessibilidade ao público geral, mantendo-se assim ocultas as relações de força que o constituem.

São alguns desses elementos: a instituição de um monopólio daqueles que supostamente detém o saber jurídico; a força das formalidades e práticas do campo jurídico, bem como a sua hierarquia interna; uma complexa estrutura sistêmica das normas; o mito da unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico; um rito legitimador para a elaboração das leis, votadas pelos indivíduos competentes, democraticamente eleitos; uma linguagem legal impessoal e universalizante, com o uso de termos técnicos; um refinado discurso judicial, dentre tantos outros elementos. Tudo isso, portanto, serve a um propósito comum.

Ao presente trabalho interessa particularmente o último elemento, isto é, o discurso judicial, conduzido pela ideia, nas palavras de Bourdieu, de uma “retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade”⁵¹, a qual se encaixa perfeitamente no âmbito dos elementos linguísticos legitimadores do poder simbólico do direito. Tais elementos, na realidade, podem ser encontrados tanto no plano legislativo como judiciário. Reitera-se, contudo, que, para os fins dessa dissertação, o foco de interesse recai, particularmente, sobre esse último, isto é, sobre a retórica judicial. Faz-se interessante, todavia, a citação de Bourdieu sobre o tema, ainda que também direcionada ao plano legislativo:

O efeito de *apriorização*, que está inscrito na lógica do funcionamento do campo jurídico, revela-se com toda a clareza na língua jurídica que, combinando elementos directamente retirados da língua comum e elementos estranhos ao seu sistema, acusa todos os sinais de uma retórica da impersonalidade e da neutralidade. A maior parte dos processos linguísticos característicos da linguagem jurídica concorrem com efeito para produzir dois efeitos maiores. O efeito da *neutralização* é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impersonalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objectivo. O efeito de *universalização* é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego, próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado (“aceita”, “confessa”, “compromete-se”, “declarou”, etc.); o uso de indefinidos (“todo o condenado”) e do presente intemporal – ou do futuro jurídico – próprios para exprimirem a generalidade e a omnitemporalidade da regra do direito: a referência a valores transsubjectivos que pressupõem a existência de um consenso ético (por exemplo, “como bom pai de família”); o recurso a fórmulas lapidares e a formas fixas, deixando pouco lugar às variações individuais.⁵²

⁵¹ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. *Op. cit.* p. 216.

⁵² *Ibidem*, pp. 215-216.

Sob o discurso judicial propriamente (e a retórica da neutralidade e impessoalidade que o compõe), o sociólogo francês aponta a importância do trabalho de racionalização, que ocorre quando se eleva ao estatuto de veredito uma decisão judicial que deve mais às atitudes éticas dos agentes do que propriamente às “normas puras de direito”, conferindo-lhe assim eficácia simbólica (exercida por toda ação quando, ignorada no que tem de arbitrário, é reconhecida como legítima). Afirma, ainda, a respeito da conhecida estratégia retórica do juiz de atribuir à lei ou ao legislador a sua própria vontade, que:

O ritual destinado a enaltecer a autoridade do ato de interpretação – leitura de textos, análise e proclamação das conclusões, etc. – ao qual, desde Pascal, a análise se agarra, não faz mais do que acompanhar todo o trabalho coletivo de sublimação destinado a atestar que a decisão exprime e não a vontade e a visão do mundo do juiz, mas sim a *voluntas legis* ou *legislatoris*.⁵³

Tal retórica se trata, portanto, em última instância, de uma tentativa, por parte do magistrado, de fazer os destinatários de sua decisão acreditarem que ela teria sido tomada através de um juízo de conhecimento, velando assim o seu caráter discricionário, volitivo, valorativo.

Ao se referir à retórica tratada por Bourdieu, Gustavo Just opta por sintetizá-la na expressão “retórica da objetividade”⁵⁴, a qual será doravante utilizada no presente trabalho, por razões de uniformização e praticidade.

Por fim, deve-se mencionar que, apesar de tudo o que foi exposto, Bourdieu sugere, em outro texto, que esse poder simbólico do direito não se manifesta de forma plenamente consciente. Na realidade, a força do direito moderno, fundamentada, dentre outras coisas, pela referida retórica, só pode alcançar toda a sua magnitude na medida em que os próprios juristas creem na ficção jurídica que ajudam a criar, isto é, tornam-se por ela iludidos, convencendo-se da neutralidade interpretativa que eles próprios defendem. De maneira bem informal, é como se o caçador tivesse sido pego na própria armadilha. Já nas palavras do sociólogo, “os juristas são os guardiões hipócritas da hipocrisia coletiva”, conforme se verifica abaixo:

⁵³ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. *Op. cit.*, p. 225.

⁵⁴ JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2016, p. 4.

A força específica do direito é muito paradoxal, quase impensável. É necessário voltar-se a Marcel Mauss e sua teoria da magia. A magia só atua em um campo, ou seja, um espaço de crença em cujo interior estão os agentes socializados de maneira que pensem que o jogo que jogam merece ser jogado. A ficção jurídica não tem nada de fictício: e a ilusão, como diz Hegel, não é ilusória. O direito não é o que diz ser, o que crê ser, ou seja, algo puro, completamente autônomo etc. Mas o fato de que se creia nisso, e que se logre fazer crer, contribui para a produção de efeitos sociais completamente reais; e a produzi-los, acima de tudo, em quem exerce o direito.

Os juristas são os guardiães hipócritas da hipocrisia coletiva, ou seja, da reverência ao universal. A reverência verbal concedida universalmente ao universal é uma força social extraordinária e, como todos sabem, os que conseguem ter de sua parte o universal dotam-se de uma força nada desprezível. Os juristas, enquanto guardiães hipócritas da crença no universal, detêm uma força social extremamente grande. Mas estão presos em seu próprio jogo, e constroem, com a ambição da universalidade, um espaço de possibilidades e, portanto, também de impossibilidades, que a eles mesmos impõem-se, queiram ou não, na medida em que pretendam permanecer no seio do campo jurídico.⁵⁵

2.2.2 Reflexões adicionais

Em sentido semelhante ao que foi apresentado, mostra-se pertinente uma breve referência ao conceito de “senso comum teórico dos juristas”, desenvolvido pelo jusfilósofo argentino Luiz Alberto Warat. Para ele, esse seria justamente o modo com que os juristas teóricos e práticos neutralizariam e universalizariam as suas ideologias, mantendo assim intactas as relações de poder a elas inerentes.

Trata-se de um mecanismo, posto em prática no âmbito da linguagem jurídica, através do qual os juristas fornecem um teor científico, neutro, racional aos seus juízos de valor, valendo-se da mesma ideia já referida de fazer com que um “querer” se passe por um “saber”, através de anos de aperfeiçoamento dentro do ambiente jurídico. A esse respeito, afirma Warat o seguinte:

[...] podemos dizer que de um modo geral os juristas contam com um arsenal de pequenas condenações de saber: fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, elos rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. Produz-se uma linguagem eletrificada e

⁵⁵ BOURDIEU, Pierre. Os Juristas, Guardiães da Hipocrisia Coletiva. *Op cit.* **Revista Direito, Sociedade e Cultura.**

invisível – o “senso comum teórico dos juristas” – no interior da linguagem do direito positivo, que vaga indefinidamente servindo ao poder.

[...] os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte, se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.⁵⁶

Pode-se, ainda, recordar a obra de Torquato Castro Jr., que criativamente se vale de uma metáfora “performativa” para explicar essa atividade neutralizante praticada pelos atores jurídicos. Para tanto, faz uso da cena final do filme “Depois Daquele Beijo” (“Blow Up”), de 1966, dirigido por Michelangelo Antonioni. Assim, ninguém melhor do que o elaborador da metáfora para descrever a cena:

Faltam raquetes e bola ao tênis de Antonioni.

A cena em questão inicia-se com a chegada de um grupo de atores, com máscaras brancas pintadas nas faces, a um parque de subúrbio londrino. Eles vêm apinhados em um jipe aberto e desmontam, em algazarra, ao lado de um corte de tênis gradeado. [...] Os atores dividem-se em dois grupos: dois jogadores e os demais observadores/torcedores, todos engajados na encenação de uma partida de tênis em que a bola é apenas imaginada; ela é a invenção própria do jogo encenado.

Um terceiro elemento vem a ser adicionado a esse quadro pela figura de mais um observador. Esse é diferente, é o personagem principal do filme, que participa a princípio somente indiretamente dessa cena.

O protagonista aparece com uma câmera fotográfica em mãos, câmera esta intimamente ligada ao enredo da narrativa central do filme. Ele não tem a máscara dos mímicos. [...]

Os dois atores que se apresentam como jogadores posicionam-se na quadra, prestes a iniciar a simulação da partida. Aquecem-se, todavia, antes, testando as raquetes e bolas imaginárias.

O jogo, propriamente dito, em seguida, começa a transcorrer na normalidade possível de uma partida de tênis sem bola. Os jogadores, é claro, movem-se como se houvesse raquetes e bola; agem de forma a parecer existirem tais objetos e até parece apropriado dizer-se que a atuação deles é passível precisamente de ser avaliada em função do grau de sucesso em fazer crível a presença da bola que pretendem existir em jogo. Mas, ao final, não podem obliterar de todo a “falsidade” de sua interação, que é flagrante encenação. O direito, por outro lado, é uma retórica milagrosa porque consegue exatamente isso.

Ocorre então o momento culminante desse finale. O sucesso performativo do espetáculo é, em derradeiro, testado sobre o fotógrafo protagonista, que observa a pantomima. No último lance, “a bola” é “jogada” muito ao alto, “encobre” o alambrado e “cai” no gramado, a alguns metros do fotógrafo.

⁵⁶ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: interpretação da lei, temas para uma reformulação. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 15.

Esse personagem, que, até então, estivera fora do jogo e fora da torcida, igualmente, que observava absorto, como que admirado pelo sucesso do absurdo, passa a ser o foco das expectativas de todos.

É preciso apanhar a bola que escapou do alambrado. Apanhar a bola que não existe e devolvê-la à partida que há e espera desfecho.

Depois de uma nítida, mas tímida, hesitação, e sob a pressão da audiência e o pedido expresso da jogadora bonita, assim o faz o fotógrafo cético.⁵⁷

Nessa analogia, portanto, as raquetes inexistentes poderiam ser vistas como as metodologias da interpretação, que permitem aos jogadores (operadores do direito) manejar a bola (norma jurídica). Os espectadores seriam os recém-introduzidos no sistema jurídico (alunos de introdução ao estudo do direito, por exemplo), que anseiam pelo domínio da técnica jurídica, para que eles próprios se tornem jogadores algum dia.⁵⁸ O terceiro elemento, finalmente, é alguém de fora, desabituaado a todo aquele universo jurídico. Poderia ser, desse modo, qualquer indivíduo da sociedade, envolvido em algum litígio, leigo em relação àquelas práticas (ou - até mesmo - a própria sociedade, como um todo, personificada). Sendo assim, o sucesso da performance ocorre quando ele próprio supera o seu estranhamento inicial e passa a colaborar com o jogo. Em outras palavras, ele foi convencido pela atuação dos personagens.

Certamente, essa é justamente a crença visada pela retórica da objetividade, alcançável através dos elementos neutralizantes que a compõem, previamente referidos, particularmente, no presente caso, as técnicas argumentativas utilizadas no discurso jurídico. Não seria exagero, aliás, afirmar que o direito consiste precisamente nessa crença (assemelhando-se muito a uma religião, nesse sentido), já que é ela que possibilita o surgimento de seu poder simbólico.

Como síntese de suas reflexões, Torquato Castro Jr. conclui seu texto afirmando que:

O Direito (e entra aqui de propósito esse “d” maiúsculo, anunciador de singularidade) é uma gigantesca pantomima da verdade. Como as religiões e as teologias. E ademais de toda verdade humana.

A “verdade” e a “neutralidade” em que se assenta a legitimidade das decisões jurídicas é produto do sucesso performativo da encenação, que oblitera a relativa “falsidade” de sua imprecisão à objetividade.

⁵⁷ CASTRO JÚNIOR, Torquato. A Bola do Jogo: Uma Metáfora “Performativa” para o “Desafio” da Pragmática da Norma Jurídica. In: ADEODATO, J. M.; BITTAR, E.. (Org.). **Filosofia e teoria geral do direito**: Estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 6-7.

⁵⁸ *Idem*.

Para fechar, e sem pretender que inferimos isso do que dissemos, o Direito parece principalmente uma religião, cuja teologia é realizada sob alcunha de ciência. Na face ostensiva, religião da “verdade”, religião dos “fatos”, religião do observador neutro. Da “razão”. Céu epistemológico. Na face oculta, um jogo sem fim no limite último entre confiança e traição. Seus mitos centrais, metáforas absolutas, são “a norma” e “o ordenamento”.⁵⁹

Superada a análise sobre a perspectiva de Bourdieu a respeito do Direito, particularmente, no que se refere ao discurso judicial, contextualizada com as reflexões de Luiz Alberto Warat e Torquato Castro Jr., prossegue-se agora à explicação sobre o modo como Gustavo Just tratou da questão, formulando maneiras de utilizar a retórica da objetividade no estudo de casos concretos.

2.3 APLICAÇÕES DA RETÓRICA DA OBJETIVIDADE

2.3.1 Pressupostos conceituais

Gustavo Just, com base na retórica da objetividade, propõe uma metodologia por meio da qual poderá essa última vir a ser aplicada no estudo da jurisprudência. Como já adiantado na introdução, tal sugestão será adotada na dissertação, a fim de se analisar, no capítulo oportuno, a ADPF 54/DF.

⁵⁹ CASTRO JÚNIOR, Torquato. A Bola do Jogo: Uma Metáfora “Performativa” para o “Desafio” da Pragmática da Norma Jurídica. *Op. cit.* p. 13.

Just delimita inicialmente o objeto de seu projeto⁶⁰. Dessa maneira, a sua investigação se debruça sobre as “variações no discurso jurídico interpretativo objetivamente orientado”⁶¹.

A partir daí, passa a explicar separadamente os termos do referido objeto. Nesse sentido, começa com a expressão “discurso jurídico interpretativo”, definida como “a atividade argumentativa desempenhada por juristas praticantes⁶² (doravante mencionados apenas como “juristas”, por questão de praticidade), com a função de justificar as suas escolhas interpretativas”⁶³.

A esse respeito, Just faz quatro observações:

- a) Primeiramente, apenas, os discursos jurídicos que possam ser considerados interpretativos se enquadram na proposta.⁶⁴
- b) Em segundo lugar, a noção de “escolha” é crucial para definir o que deve ser considerado “interpretativo” neste contexto. O projeto se interessa especificamente por conflitos interpretativos, os quais devem ser compreendidos como situações nas quais dois ou mais significados podem de fato ser atribuídos a um texto normativo legal (aquilo que Wróblewski chamou de interpretação *stricto sensu*, em sua conhecida terminologia⁶⁵). Isso exclui o discurso jurídico que não se refere ao

⁶⁰ A proposta de Just foi idealizada, a princípio, para servir de base a um projeto de pesquisa, adequando-se, contudo, perfeitamente, ao grau de complexidade de uma dissertação de mestrado ou mesmo de uma tese de doutorado.

⁶¹ “*variations in objectivity-oriented interpretative legal discourse*”. In: JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. *Op cit.* p. 2.

⁶² Depreende-se pelo contexto que o termo “*lawyer*” aqui utilizado apresenta um significado mais amplo do que meramente “advogado”, devendo ser levados em consideração todos aqueles que produzem um discurso jurídico operativo, tal como se percebe pela “observação c)” feita por Just a seguir. Nesse sentido, o termo “jurista praticante” se mostrou o mais adequado à tradução, inclusive como contraponto aos juristas apenas teóricos, distinção igualmente desejada pelo Autor na “observação c)”. A partir daqui, todavia, o termo será traduzido apenas como “jurista”, por questão de praticidade, devendo conservar, entretanto, o sentido de “jurista praticante”.

⁶³ “*argumentative activity carried out by lawyers in order to justify their interpretative choices*”. In: JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. *Op cit.* p. 3.

⁶⁴ “*firstly, only legal discourse that can be considered “interpretative” falls within the realm of our project*”. *Idem*.

⁶⁵ “*Interpretación sensu stricto quiere decir determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación. Hay, por tanto, dos tipos de situaciones de comunicación: o bien la comprensión directa de un lenguaje es suficiente para fines de comunicación concreta, o bien existen dudas que se eliminan mediante la interpretación. La ocurrencia de estos dos tipos de situación es comúnmente conocida en la experiencia de comunicación diaria. En las situaciones típicas de la vida diaria, cuando se utiliza el lenguaje común por las personas que participan en un acto de comunicación, se entiende de lo que se habla a pesar de todos los conocidos caracteres semióticos del lenguaje*”.

significado de uma determinação legal específica (mas que diz respeito, ao contrário, a uma questão de averiguação fática), ou que o faz sem admitir a existência de uma controvérsia qualquer (não se faz necessário dizer que conceitos distintos e mais abrangentes de interpretação podem ser adotados em outros contextos, fora do âmbito delineado para o projeto).⁶⁶

- c) Em terceiro lugar, ao se referir a uma atividade argumentativa e justificatória, Just sugere que o discurso jurídico operativo (aquele produzido pelas cortes, procuradores, consultores jurídicos, entre outros operadores do direito) seja o objeto de investigação do projeto, em detrimento do discurso acadêmico (ainda que sobre textos legais, isto é, discurso jurídico em sentido lato).⁶⁷
- d) Por fim, o uso da expressão “discurso jurídico” (no lugar, por exemplo, de expressões como “raciocínio jurídico” ou “argumentação jurídica”) indica que o projeto sugere a fertilidade da observação das práticas interpretativas dos juristas sob a luz de perspectivas investigativas relacionadas ao conceito geral de “análise do discurso” (ou “estudos sobre o discurso”), na medida em que ela tem estado cada vez mais em pauta.⁶⁸

en cuestión. Cuando surge una duda se utilizan instrumentos especiales como el procurarse definiciones, diccionarios o gramática, especialmente cuando una de las personas interesadas no habla adecuadamente el lenguaje utilizado, por ejemplo porque no sea su lengua propia o porque el contexto de la situación se aleje de lo corriente, etc. In: WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Civitas, S.A., 1985, pp. 22-23.

⁶⁶ “secondly, the notion of “choice” is crucial to define what is to be considered “interpretative” in this context. The project is specifically interested in interpretative conflicts, i.e., in those situations where two or more meanings actually are or might be ascribed to a legal normative text (in other words, we are talking about interpretation *sensu stricto*, according to Wróblewski’s well-known terminology). That leaves out the legal discourse which does not refer to the meaning of a specific legal provision (but, say, to a matter of factual ascertainment instead), or which does so without assuming the existence of, let alone engaging in, any controversy. (It goes without saying that different, broader concepts of interpretation can be used outside the strict purpose of defining our subject matter.)” In: JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. *Op. cit.* p. 3.

⁶⁷ “thirdly, by referring to an argumentative, justificatory activity, our definition suggests that the operative legal discourse (i.e., the one produced by Courts, attorneys, legal advisers and the like), as opposed to the scholarly one (but also legislative texts, “legal discourse” in a broader sense), constitutes our privileged subject of enquiry”. *Idem*.

⁶⁸ “Finally, the presence of the term “legal discourse” (in preference to, for example, the more usual phrases “legal reasoning” or “legal argumentation”) indicates that the project postulates the fecundity of examining lawyers’ interpretative practices in the light of the perspectives of enquiry opened by the approaches covered by the general concept of “discourse analysis” – or “discourse studies”, as it has been increasingly referred to more recently”. *Idem*.

Em um segundo momento, Gustavo Just tece alguns comentários a respeito da “retórica da objetividade”, partindo do já analisado pensamento de Pierre Bourdieu. Nesse sentido, afirma, preliminarmente, que a interpretação é uma forma de poder.⁶⁹

Em seguida, observa que os intérpretes jurídicos, em particular, detêm um poder ainda maior, na medida em que não apenas atribuem um significado a um objeto (e, nesse sentido, escolhem uma interpretação entre outras plausíveis, como qualquer outro intérprete), mas também: i) possuem a liberdade de escolher entre possíveis justificações para suas decisões interpretativas, já que frequentemente uma mesma interpretação pode ser sustentada por justificações diferentes; ii) assim como, costumam fazer escolhas que podem gerar um impacto direto e coercivo na vida de outras pessoas.⁷⁰

Em seguida, Just remonta o pensamento de Bourdieu, ao afirmar que a interpretação jurídica é acompanhada de uma espécie de ônus, qual seja, o de mascarar, em um plano linguístico, o caráter arbitrário das interpretações, transmitindo-lhes um aspecto de autonomia, neutralidade, universalidade, seja em um plano legislativo, acadêmico ou judicial (embora, apenas, esse último interesse a este trabalho). Como já observado, a força do direito, para o sociólogo francês, consistiria justamente nisso. Assim, apresentar e justificar as decisões interpretativas como objetivas, fruto de critérios preexistentes e superiores às partes e ao julgador – e não como expressão da arbitrariedade e das preferências subjetivas do jurista –, é fundamental para a manutenção do poder simbólico do direito, sustentáculo de sua força e talvez até de sua existência.⁷¹

Just relembra também que a retórica da objetividade, ainda que possa ser compreendida como uma característica intrínseca ao Direito, em qualquer época e local, tornou-se mais relevante do que nunca na era liberal, na medida em que o próprio princípio de legitimidade política se tornou dependente do conceito de “racionalidade legal”.⁷²

⁶⁹ JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. *Op. cit.* p. 4.

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ *Idem.*

⁷² *Idem, Ibidem*, p. 5.

2.3.2 Breves considerações sobre o papel da retórica da objetividade ao longo do direito moderno

Observa-se, de fato, que, no direito moderno, a partir do fim do século XVIII e ao longo do século XIX, com o surgimento das primeiras concepções juspositivistas, de cunho legalista, na Europa (a exemplo da Escola da Exegese, na França, e da Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha), a figura do juiz se tornou secundária em comparação a do legislador, na medida em que aquele deveria se limitar a aplicar objetivamente a lei, sem qualquer margem interpretativa – tema que será retomado com maior profundidade no segundo capítulo.

Naturalmente, tal margem jamais deixou de existir, em razão de fatores de incerteza insuprimíveis na interpretação jurídica, os quais não cabe aqui detalhar. Pode-se pensar, entretanto, apenas como exemplo, no próprio conflito relacionado ao viés pragmático das normas jurídicas. Isso em razão do seu óbvio caráter prescritivo, voltado às aplicações em casos concretos.

Assim, pode acontecer de uma determinada norma, perante um caso concreto, não apresentar quaisquer dúvidas de cunho sintático ou semântico, mas, no entanto, mostrar-se incerta de um ponto de vista pragmático. Isso ocorre devido ao teor abstrato das leis e à impossibilidade de se descobrir verdadeiramente a “intenção do legislador” diante de sua aplicação em um caso concreto. Utilizando-se os termos de Tercio Sampaio, haveria uma clareza quanto ao “relato”, mas uma obscuridade perante o “cometimento”⁷³, isto é, diante da mensagem sobre a relação emanada da figura do legislador.

⁷³ [...] podemos conjecturar em seguida que a comunicação humana ocorre em dois níveis: o nível *cometimento* e o nível *relato*. Esse último corresponde à mensagem *que emanamos*, ao conteúdo *que transmitimos*. Por exemplo, quando dizemos: *sente-se!* O conteúdo transmitido é o ato de sentar-se. O cometimento corresponde à mensagem *que emana de nós*, na qual se determinam as relações (de subordinação, de coordenação), e que, em geral, é transmitido de forma não verbal (pelo tom da voz, pela expressão facial, pelo modo como estamos vestidos etc.). Por exemplo, o cometimento (mensagem sobre a relação) é diferente se a mensagem *sente-se!* É transmitida por um professor ao aluno, ou por um aluno a outro aluno, ou por este ao professor. In: FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2010, p. 76.

Contudo, justamente por isso, a retórica da objetividade, bem mais do que nos períodos anteriores, teve que ser aplicada, a fim de satisfazer os valores desse período, ainda que apenas na aparência.

Posteriormente, no período marcado pela “democracia constitucional”, que se estende do pós-guerra até o presente, a retórica atinge o seu auge, na medida em que as cortes constitucionais assumiram a nobre tarefa de proteger e aplicar de maneira efetiva os direitos fundamentais, os quais se tornaram, com toda a certeza, o elemento central desse novo modelo democrático.⁷⁴

Nesse sentido, apesar da concepção jurídica a respeito da interpretação ter se alterado profundamente do início da era liberal até o presente – uma vez que quase ninguém mais aceita a ideia do magistrado autômato, boca da lei, tolhido de qualquer faculdade discricionária –, a importância da retórica da objetividade se mostra ainda maior, na medida em que os referidos direitos fundamentais costumam ser vagos e oponíveis entre si, propiciando assim uma margem à arbitrariedade nunca antes observada (ao menos a partir do direito moderno), de tal modo que o jurista praticante necessita de uma notável habilidade retórica para transmitir a sua interpretação um caráter de racionalidade e objetividade.

Just ressalta que precisamente essa imensa margem concedida aos juízes cria uma enorme desconfiança por parte de certos juristas teóricos, que afirmam haver uma “crise de indeterminação legal”, na medida em que o Direito supostamente se mostra cada vez mais distante dos valores de certeza.⁷⁵

Como mencionado, o trabalho se debruçará sobre essa questão de modo mais detido no próximo capítulo, mas se percebe desde já o drama que envolve a questão. De um lado, a necessidade de um domínio cada vez maior da retórica da objetividade por parte dos juristas praticantes, munidos das novas teorias argumentativas, formuladas pelos teóricos contemporâneos do Direito. Do outro, um ceticismo cada vez maior quanto à real possibilidade de se obter alguma neutralidade na decisão jurídica, a exemplo do movimento conhecido como

⁷⁴ JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. *Op. cit.* p. 5.

⁷⁵ Nas palavras de Just: “*On the other hand, however, as those institutional transformations were taking place, legal theorists were deepening their awareness of how problematic it is to achieve that ideal. What is sometimes called the “crisis of legal indeterminacy” is precisely the full theoretical assimilation of the close connection between law and uncertainty*”. *Idem.*

realismo jurídico, defendido, dentre outros, pela já referida jusfilósofa Katharina Sobota. Retoma-se adiante a análise da proposta de Gustavo Just.

2.3.3 As camadas discursivas

Superada a etapa de definição de cada uma das expressões que compõem o objeto de sua proposta metodológica, Gustavo Just passa a realizar uma análise sobre as diversas camadas que formam o discurso jurídico prático (chamadas, em suas palavras, de “*discursive layers*”⁷⁶).

A esse respeito, afirma o seguinte:

Dado esse background temático, o projeto busca, como seu propósito mais geral, somar esforços para identificar (e compreender o funcionamento de) diferentes estratégias, técnicas e instrumentos que tornam possível, para os juristas contemporâneos, a produção de discursos interpretativos objetivamente orientados, horando, desse modo, os seus compromissos com a retórica da objetividade. Ao menos quatro níveis de fontes discursivas podem ser distinguidos e estudados (separada ou conjuntamente).⁷⁷

Assim, Just explica cada uma das referidas camadas discursivas:

a) Decisão interpretativa (“*Interpretative decision – ID*”)

Nessa etapa, o jurista se limita a atribuir uma interpretação, a qual julga ser a mais adequada, a um determinado texto normativo. Nesse sentido, realiza uma escolha interpretativa

⁷⁶ JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. *Op. cit.* p. 5.

⁷⁷ “Given this thematic background, the project intends, as its most general purpose, to join the efforts to identify (and to understand the workings of) the different strategies, techniques and tools that make it possible for contemporary lawyers to produce objectivity-oriented interpretative discourse, thus honouring their commitment to the rhetoric of objectivity. At least four levels of discursive resources might be distinguished and studied (either separately or conjointly)”. *Idem.*

(uma vez que se optou por trabalhar, apenas, com a interpretação em sentido estrito de Wróblewski, como já mencionado).

Quando um magistrado, por exemplo, interpreta um determinado dispositivo legal do modo A, e não do modo B (suscitado em algum momento durante o julgamento), ele certamente afirmará que a sua interpretação foi a mais adequada, se não a única correta. Tal justificação para tanto, contudo, só irá ocorrer nas camadas seguintes.

Just atenta ainda para o caso particularmente curioso em que várias interpretações normativas levariam a uma mesma consequência prática e, não obstante, o magistrado insiste em afirmar que apenas uma seria verdadeiramente adequada. Dessa maneira, Just questiona o propósito com o qual seria realizada essa escolha, implícita ou explícita, da interpretação correta, em meio a outras plausíveis.⁷⁸

b) Modelos interpretativos (“Interpretative models – IM”)

A segunda camada discursiva diz respeito aos argumentos **propriamente jurídicos** que serão utilizados para justificar a decisão interpretativa realizada na etapa anterior.

Nesse sentido, a fim de satisfazer o compromisso de objetividade, os juristas (particularmente os magistrados) precisam, quase sempre, justificar as suas escolhas. Assim, não basta que eles simplesmente encontrem um dispositivo legal cabível e atribuam a ele um determinado significado interpretativo, dentre outros plausíveis. Faz-se necessário também argumentar juridicamente a sua superioridade perante os demais.

Para tanto, existem modelos interpretativos comumente aceitos no universo jurídico, seja pela tradição, seja pelo apelo à racionalidade, seja pelo sofisticado desenvolvimento doutrinário (ainda que o peso de cada um varie de uma cultura jurídica para a outra).

Just identifica, a grosso modo, três grandes linhas interpretativas: i) a tradição dos brocardos interpretativos; ii) a metodologia clássica (positivista) da interpretação; iii) a metodologia pós-positivista da interpretação.⁷⁹

⁷⁸ JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. *Op. cit.* p. 5.

⁷⁹ *Idem, Ibidem*, p. 6.

Tal tema será retomado de maneira mais detida no segundo capítulo, particularmente, no que se refere às duas últimas linhas mencionadas.

c) Argumentos não codificados juridicamente (“Legally non-codified arguments – LNCA”)⁸⁰

Nesta terceira camada discursiva, os juristas, ao contrário da anterior, procuram justificar a correção de suas escolhas interpretativas por meio de argumentos não codificados juridicamente.

Nesse sentido, observa-se que os argumentos propriamente jurídicos, muitas vezes, não são plenamente suficientes para a completa utilização da retórica da objetividade, devendo o jurista se valer de argumentos de naturezas diversas: filosófica, religiosa, histórica, axiológica (moral), política, econômica, sociológica, antropológica, técnico-científica (de modo geral), ou mesmo exemplos literários, lugares comuns não jurídicos (*topoi*), etc.

Naturalmente, assim como na etapa anterior, a importância e a frequência de cada um desses argumentos irá variar de uma cultura jurídica para a outra – e mesmo dentro de um mesmo sistema jurídico, a depender do tribunal e do momento histórico.⁸¹

Na hodierna cultura ocidental, entretanto, tais argumentos, por vezes, são utilizados com parcimônia, de maneira auxiliar, evitando-se assim a impressão de que a decisão foi tomada de forma extrajurídica, o que não significa que tais argumentos não possam ser verificados com uma importância muito maior do que aparentam nas entrelinhas do discurso jurídico.

d) Estrutura discursiva (“Discursive structure – DS”)

A quarta e última camada discursiva, de acordo com a classificação de Just, é a própria estrutura discursiva desse modo produzida, a qual envolve e direciona não apenas os recursos argumentativos anteriormente mencionados, mas também um complexo conjunto de

⁸⁰ Optou-se por traduzir o advérbio “*legally*” como “juridicamente”, e não como “legalmente”. Isso foi feito com a intenção de transmitir toda a amplitude de seu significado. Dessa maneira, os “argumentos não codificados juridicamente” se referem a todos aqueles de fato “extrajurídicos”, que extrapolam a camada discursiva anterior (e não simplesmente àqueles que excedem o texto legal, mas que ainda podem se encontrar dentro do âmbito jurídico).

⁸¹ JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. *Op. cit.* p. 6.

mecanismos linguísticos e retóricos através do qual o propósito de transmitir certeza, neutralidade e objetividade pode ser alcançado.⁸²

Apesar de Just não ter entrado em detalhes quanto ao funcionamento da estrutura retórica desta camada, compreende-se, dentre outras coisas, que a sua análise se mostra distanciada das demais, as quais se tornam seu objeto de observação, razão pela qual receberá um capítulo à parte no presente trabalho.

Neste último momento, pode-se verificar tanto o modo como as demais camadas foram distribuídas no discurso jurídico (isto é, que importância foi concedida a cada uma delas) e com que função isso ocorreu, como as próprias estratégias utilizadas pelos juristas para satisfazer a retórica da objetividade – analisadas preferencialmente de modo conjunto – e para gerar um determinado efeito social desejado e afastar repercussões sociais negativas.

A respeito das quatro camadas discursivas acima apresentadas, Gustavo Just observa o seguinte:

Certamente, quando nós olhamos para argumentações interpretativas individuais, produzidas diariamente por juristas, o peso relativo desses diferentes recursos no cenário discursivo geral não é constante – nem mesmo a presença simultânea de todas elas, é necessária (ou mesmo aceitável, em certos contextos). Da mesma forma, a distribuição de cada um deles coloca o intérprete diante de uma escolha posterior entre diferentes alternativas argumentativas. Em outras palavras, a distribuição de esforços argumentativos entre ID, IM, LNCA e DS (bem como a forma que cada um assume) pode variar significativamente, o que leva ao questionamento geral sobre “como”, “por que” e com que consequências eles variam.⁸³

A seguir, as duas alternativas metodológicas por ele propostas.

⁸² “The fourth dimension is the structure of the discourse thus produced, enveloping and directing not only the argumentative resources mentioned previously, but also a complex set of linguistic and rhetorical mechanisms through which the purpose of conveying certainty, neutrality and objectivity can be achieved”. JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. Op. cit. p. 6.

⁸³ “Certainly, when we look at single interpretative argumentations produced everyday by lawyers, the relative weight of these different resources in the overall discursive economy is not constant – not even the simultaneous presence of all of them is necessary (or even acceptable in certain contexts). Likewise, the deployment of each one of them places the interpreter before a further choice among different argumentative alternatives. In other words, the distribution of argumentative efforts between ID, IM, LNCA and DS, as well as the form each one takes can vary significantly, which leads to the general question as to how, why and with what consequences they vary”. Idem, *Ibidem*, p. 7.

2.3.4 Entre dois métodos (cartográfico e analítico)⁸⁴

Por fim, Just expõe dois métodos pelos quais desenvolve o estudo da jurisprudência, a partir das referidas camadas discursivas, pode ser realizado: o “cartográfico” e o “analítico”.

O primeiro tem como objetivo investigar detalhadamente as diferentes escolhas interpretativas e argumentativas realizadas pelos juristas praticantes (notadamente pelos magistrados), dentre os distintos instrumentos argumentativos ao seu alcance (hermenêuticos, linguísticos, retóricos), bem como o modo de manusear esses diversos recursos, com base no conhecimento anteriormente explanado, isto é, nas quatro camadas: ID, IM, LNCA e DS.⁸⁵

Nesse sentido, o estudo pode tratar de uma mesma jurisprudência; ou então comparar jurisprudências ou casos paradigmáticos entre si, que guardem alguma espécie de relação; ou mesmo comparar um mesmo tema em diferentes tribunais; ou um mesmo tema, em idêntico tribunal, em momentos históricos diferentes; ou a abordagem de um tema sobre a ótica de ramos jurídicos distintos. As possibilidades, segundo esse método, como se percebe, são praticamente ilimitadas.

A esse respeito, alguns questionamentos podem ser previamente estabelecidos, a fim de nortear os estudos. Dessa maneira, Just fornece alguns exemplos, dentre vários outros cabíveis:

(I) o intérprete recorreu aos “modelos interpretativos” (IM) a fim de justificar a sua decisão? Em quais casos? (II) algum desses modelos interpretativos (a tradição dos brocardos interpretativos; a metodologia clássica (positivista) da interpretação; a metodologia pós-positivista da interpretação) foi claramente predominante na argumentação? (III) o intérprete recorreu a “argumentos não codificados

⁸⁴ O título do tópico tem a finalidade de destacar as duas opções metodológicas disponibilizadas por Gustavo Just em seu projeto. Isso não significa que a presente dissertação se encontre entre os dois métodos referidos. Ao contrário, fez-se uma escolha por um deles, como resta claro no subcapítulo subsequente (1.4).

⁸⁵ JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. *Op. cit.* p. 7.

juridicamente” (LNCA)? Em quais casos? (IV) que tipos específicos de argumentos não codificados juridicamente foram utilizados?⁸⁶

No que se refere ao segundo método, isto é, o analítico, pode-se afirmar que ele, em vez de tentar investigar as escolhas interpretativas dos juristas praticantes (bem como o modo como eles argumentam, com base nas quatro camadas discursivas), busca compreender as razões que os levaram a realizar tais escolhas e argumentar de determinadas maneiras.

Nesse sentido, existem fatores que levam os juristas a optarem por determinados caminhos argumentativos: talvez simplesmente a sua formação jurídica, ou possivelmente a viabilidade de se construir uma jurisprudência com base naquela decisão, ou até mesmo a busca por um determinado efeito social desejável (ou a tentativa de evitar um efeito social negativo para a manutenção da ordem jurídica, como uma revolta geral).

Portanto, a utilização da retórica da objetividade se mostra bastante presente no momento em que se investiga as finalidades visadas pelo jurista com uma determinada argumentação, isto é, as consequências por ele desejadas. Em síntese, afirma Gustavo Just o seguinte:

Ao passo que a cartografia procura identificar as práticas interpretativas dos juristas, tornando-as compreensíveis através de seus contrastes e variações, o segundo método contemplado por nosso projeto busca analisar e entender o comportamento argumentativo. Que fatores podem ajudar a explicar as escolhas argumentativas realizadas pelos responsáveis pela aplicação do direito? Inversamente, que consequências essas práticas acarretam para a objetividade retórica de um determinado julgamento? De que maneira elas afetam (se é que, de fato, afetam) a estrutura conceitual e argumentativa na qual a aceitabilidade de decisões posteriores (a serem tomadas tanto pelo mesmo intérprete como por quaisquer outros membros da comunidade de intérpretes) terá que se encaixar?⁸⁷

⁸⁶ “(I) Did the interpreter resort to IM in order to justify his or her interpretative decision? In which case, (II) was any of the interpretative models (legal interpretative maxims, classical methods and “post-positivistic” methodology) clearly predominant? (III) Did the interpreter resort to LNCA? In which case, (IV) what specific kinds of legally non-codified arguments were used?” Idem.

⁸⁷ “Whereas the cartography seeks to identify lawyer’s interpretative practices, making them readable through their contrasts and variations, the second approach envisaged by our project aims at analysing and understanding that argumentative behaviour. What factors might help explain the argumentative choices made by those engaged in the application of law? Conversely, what consequences do these practices have for the rhetorical objectiveness of the judgment then delivered? In which way do they affect, if at all, the conceptual and argumentative framework within which the acceptability of later rulings (to be taken either by the same interpreter or by any of the other members of the interpretative community) will have to fit?” In: JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. Op. cit. p. 9.

Um bom exemplo de estudo baseado no método analítico foi realizado pelo próprio Gustavo Just, em um artigo, com o fito de investigar o comportamento argumentativo da Corte Europeia de Direitos Humanos, em relação ao julgamento que considerou compatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos a legislação francesa que proíbe o uso, em espaços públicos, de traje destinado à ocultação do rosto (Lei nº 2010-1192, conhecida como a “lei francesa da burca”). Buscou-se, assim, tanto os fatores que levaram a Corte a tomar uma determinada escolha argumentativa, como as consequências por ela visadas.⁸⁸

2.4 O MODELO ADOTADO

Pode-se afirmar que o método a ser empregado na presente dissertação se mostra predominantemente cartográfico.

Nesse sentido, a cartografia abarca a investigação sobre os argumentos utilizados dentre aqueles grandes modelos interpretativos citados por Just (tradição dos brocardos, metodologia clássica, metodologia pós-positivista), bem como dentre os argumentos não codificados juridicamente, além do modo como se deu a distribuição entre eles (isso já no estudo da estrutura discursiva – quarta camada), sempre se levando em consideração a busca pela retórica da objetividade no *modus argumentandi* de cada ministro.

Além disso, apesar de não haver uma comparação entre julgados, como os exemplos apresentados acima, haverá sim uma comparação entre os votos dos ministros responsáveis pelo acórdão da ADPF 54/DF, salientando-se, inclusive, o fato de que a decisão não foi unânime. Assim, faz-se mister também uma comparação entre os argumentos predominantes dos

⁸⁸ JUST, Gustavo. A Decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a Proibição do Véu Islâmico Integral na Legislação Francesa (acórdão de 1º de julho de 2014): uma análise estratégica das escolhas argumentativas. **Publicações da Escola da AGU - 1º Curso:** Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa. ano V, n. 35, v. 2. Brasília, nov./dez. 2014.

ministros nos dois lados da questão (favorável/contrário). Por fim, deve-se ainda observar a distribuição de argumentos no acórdão como um todo, de maneira global.

Posteriormente, procura-se compreender melhor os resultados obtidos, no que diz respeito ao comportamento argumentativo dos ministros do STF no caso selecionado, a partir da busca de respostas às questões já apresentadas na introdução: Os métodos clássicos ainda se mostram relevantes no atual contexto jurisprudencial brasileiro? Todos os direitos são relativizáveis no modelo decisório contemporâneo? Os ministros de fato decidem com base em argumentos propriamente jurídicos? Existem divergências relevantes no *modus argumentandi* dos ministros entre um e outro posicionamento decisório?

Finalmente, na etapa final da dissertação, deverão ser, sucintamente, expostas algumas sugestões sobre as razões por trás das estratégias retóricas preponderantes nos votos de cada ministro e, se possível, no acórdão como um todo (bem como com base nos seus posicionamentos decisórios favoráveis ou contrários), incluindo os motivos que os levaram a seguir uma determinada distribuição em relação às três primeiras camadas, além das consequências sociais desejadas e das repercussões negativas afastadas a partir do comportamento argumentativo adotado por cada ministro. Isso, porém, de maneira muito breve, sempre no campo da conjectura, a fim de se abrir espaço para um possível desenvolvimento posterior, em algum trabalho futuro, sem que se adentre propriamente, dessa feita, o campo do método analítico.

3 ANÁLISE HISTÓRICO-EVOLUTIVA DA INTERPRETAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICAS NO DIREITO MODERNO (REVOLUÇÃO FRANCESA – PRESENTE)

3.1 DO POSITIVISMO LEGALISTA AO PÓS-POSITIVISMO

3.1.1 Protagonismo da lei

Para se compreender o atual cenário jurídico-argumentativo, em que a constituição figura como elemento central, e o intérprete frequentemente faz uso da noção de Juízo de Ponderação (dentre tantos outros conceitos), deve-se primeiramente analisar, ainda que sucintamente, a evolução histórica que tornou tudo isso possível.

O século XIX marcou a consolidação do Estado burguês, de cunho liberal, na Europa continental. O impacto causado pela Revolução Francesa no desfecho do século XVIII (bem mais difundido pelo velho continente do que a Revolução Inglesa) propiciou o ambiente necessário para a superação do Antigo Regime.

Nesse cenário, o regime jurídico adotado naturalmente não poderia permanecer indiferente. Instaurou-se o modelo do juspositivismo legalista, a partir do qual a figura da lei gozaria de um prestígio insuperável, tornando-se suprema, bem como do parlamento, órgão responsável por sua elaboração, uma vez que ele traduziria a vontade da maioria que o elegeu – a “vontade geral” do povo, de acordo com a expressão cunhada por Rousseau – a qual jamais poderia ser contestada.

Para o filósofo suíço, a vontade geral se diferencia das vontades particulares, por buscar o bem comum da sociedade. Desse modo, afirma o seguinte:

Na medida em que homens reunidos se consideram como um só corpo, não têm senão uma vontade que se vincula à conservação comum e ao bem-estar geral. Então todas as molas do Estado são vigorosas e simples, suas máximas são claras e luminosas, inexistem completamente interesses confusos, contraditórios, o bem-comum se

mostrando por toda parte com evidência e não exigindo senão o bom senso para ser percebido.⁸⁹

Nesse contexto de exaltação da lei, os juízes passaram a ser vistos com muita desconfiança. No regime anterior, as decisões judiciais frequentemente tinham o objetivo de manter os privilégios da nobreza e os excessos do monarca. Sendo assim, no século XIX, a burguesia não poderia permitir que os juízes se valessem da interpretação para restaurar o *status quo ante*. Estabeleceu-se, portanto, que esses últimos deveriam ser aplicadores autômatos da lei, por meio de um procedimento subsuntivo dela ao fato, particularmente através do famoso Princípio da Separação dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), idealizado pelo Barão de Montesquieu, pelo qual sua margem interpretativa deveria ser, ao menos em tese, mínima ou inexistente. Trata-se da famosa figura do juiz “*bouche de la loi*” (boca da lei).

Um dos movimentos mais relevantes dentro do juspositivismo legalista foi a Escola da Exegese, na França, que absorveu mais do que qualquer outro o Princípio da Separação dos Poderes. Sobre essa escola e a importância para ela do referido princípio, afirma Chaïm Perelman o seguinte:

A doutrina da separação dos poderes é ligada a uma psicologia das faculdades, em que vontade e razão constituem faculdades separadas. Com efeito, “a separação dos poderes significa que há um poder, o poder legislativo, que por sua vontade fixa o direito que deve reger certa sociedade; o direito é a expressão da vontade do povo, tal como ela se manifesta nas decisões do poder legislativo. Por outro lado, o poder judiciário diz o direito, mas não o elabora. Segundo esta concepção, o juiz limita-se a aplicar o direito que lhe é dado... Essa concepção conduz a uma visão legalista; a passividade do juiz satisfaz nossa necessidade de segurança jurídica. O direito é um dado que deve poder ser conhecido por todos do mesmo modo. Essa visão do direito conduz também a uma aproximação do direito com as ciências. Quer o consideremos um sistema dedutivo, quer assimilamos a uma pesagem o ato de distribuir justiça, o juiz parece tomar parte de uma operação de natureza impessoal, que lhe permitirá pesar as pretensões das partes, a gravidade dos delitos, etc. [...] seja como for de algo cuja tranquilizadora exatidão deveria poder proteger-nos contra os abusos de uma justiça corrompida como a do Antigo Regime”. Isso nos daria a ideia de que não estamos à mercê dos homens, mas ao abrigo das instituições, relativamente impessoais.⁹⁰

⁸⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**: Princípios do Direito Político. São Paulo: EDIPRO, 2000, livro IV, cap. I, p. 123.

⁹⁰ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. *op. cit.*, pp. 32-33.

No que se refere ao papel da constituição nesse período histórico, pode-se afirmar que ela ocupava um papel secundário diante da lei. Nesse sentido, os Estados europeus, ainda que já possuísem cartas constitucionais – em razão do ímpeto constitucionalista que tomou conta do movimento burguês na época - não detinham os instrumentos necessários para a sua efetiva aplicabilidade. Isso, aliás, não interessava àquele regime político-jurídico, já que (em conformidade com o que vem sendo desenvolvido), “sendo a expressão do povo soberano, o parlamento não poderia ser limitado por nenhuma regra, nem mesmo pela Constituição”⁹¹, muito menos por um controle constitucional realizado pelo Judiciário (o qual, como já observado, era visto com muita desconfiança), de tal modo que “o parlamento passou a ser a sede da defesa dos interesses do povo e esses interesses tinham por vértice os valores da liberdade individual e da propriedade”^{92. 93}.

3.1.2 Os métodos clássicos (Savigny)

No cenário alemão, apesar da semelhante compreensão a respeito do papel do Judiciário, fruto do legalismo amplamente difundido na Europa continental naquela época, pôde-se verificar uma flexibilidade um pouco maior do que na França. Isso, em grande parte, em razão

⁹¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites. 2008. 393 f. Tese de Dissertação (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 30.

⁹² *Idem*.

⁹³ A prática, todavia, inclusive com a adoção do voto censitário, revelava uma realidade bem distinta desse cenário idealizado, que possuía apenas a finalidade de legitimá-lo. Nesse sentido, afirma Prieto Sanchís o seguinte: “Assim, pois, a vontade geral havia cedido seu posto à democracia representativa, o sufrágio universal ao censitário e a imparcialidade da norma abstrata e geral ao voluntarismo da decisão formal do Parlamento. E, apesar disso tudo, ao longo do século XIX, a lei seguirá gozando da máxima legitimidade como expressão de uma soberania, que, da mesma forma que em Bodin, se apresenta como um poder absoluto e perpétuo”. In: SANCHÍS, Luis Prieto *Apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional** – pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. Tese apresentada ao Programa de Doutorado em Direito da UnB, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito. Brasília, 2008, p. 33.

da figura de Friedrich Carl von Savigny, representante da Escola Histórica do Direito, no início do século XIX, o qual contribuiu solidamente para a formação do direito moderno.

Para o jurista, em seus primeiros pensamentos, o Direito positivo se equipararia ao Direito legislado. Tal legislação, contudo, variaria no tempo, sendo, portanto, um produto histórico. Assim, a história do Direito se conjugaria estreitamente com a história dos povos e com a história do Estado.⁹⁴

No que concerne à atividade interpretativa das leis, caberia ao intérprete se colocar no papel do legislador e buscar “a reconstrução do pensamento que é expresso na lei, na medida em que seja cognoscível a partir da lei”⁹⁵. Isso, todavia, não poderia ser feito apenas por meio de uma interpretação literal do texto da lei. Nesse sentido, ao lado do elemento gramatical, far-se-ia necessária a igual disponibilização dos elementos lógico (sistemático) e histórico. Ademais, ele não admitia, nesse momento, o uso das interpretações “extensiva” e “restritiva”, por fugirem aos preceitos encontrados na letra da lei.⁹⁶ Nas palavras do próprio jurista:

Toda lei deve expressar um pensamento de maneira tal que seja válido como norma. Então, quem interpretar uma lei deve analisar o pensamento contido na lei, deve pesquisar o conteúdo da lei. Primeiro é a interpretação: reconstrução do conteúdo da lei. O intérprete deve se localizar no ponto de vista do legislador e, assim produzir artificialmente seu pensamento. Esta interpretação só é possível através de uma composição tripla da tarefa. A interpretação, portanto, deve ter uma constituição tríplice: lógica, gramática e histórica.⁹⁷

Ainda sobre a mesma questão, em obra diversa, afirma Savigny igualmente o seguinte:

*El buen éxito de la interpretación depende de dos condiciones esenciales, en donde se resumen los caracteres de estos diversos elementos, y son, á saber: primero, debemos reproducir en nosotros mismos la operación intelectual en virtud de la cual se determinó el pensamiento de la ley; segundo, debemos traer á consideración los hechos históricos y el sistema entero del derecho para ponerlos en inmediata relación con el texto que tratamos de interpretar.*⁹⁸

⁹⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 10.

⁹⁵ *Idem*

⁹⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁹⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Metodologia Jurídica**. Campinas, SP: Edicamp, 2001, p. 9.

⁹⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. tomo I. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, Puerta de Sol, n. 18, 1878, pp. 150-151.

Não obstante, já aceitava Savigny o uso da analogia, na medida em que um determinado caso não fosse diretamente regulado por qualquer lei (encontrando-se assim em uma espécie de “lacuna da lei”), sendo necessária a descoberta, em alguma lei existente, de uma regra especial, aplicável a casos semelhantes, que pudesse servir igualmente ao caso não regulado.⁹⁹

Aqui, evidentemente, o jurista deve descobrir artificialmente a regra, segundo a qual o caso será decidido, isto é, em parte mediante uma mera conclusão de uma norma geral, e em parte tentando encontrar, na legislação, uma regra especial que se refira a

um caso semelhante. Esta fica reduzida, então, a uma regra superior, e é resolvido o caso, que não foi decidido segundo esta regra (superior). Isto é denominado procedimento por analogia, e se encontra muito perto da operação anteriormente condenada¹⁰⁰. Mas, enquanto no falso procedimento algo estranho é adicionado, aqui a legislação completa-se a si mesma.¹⁰¹

Quanto aos três elementos interpretativos mencionados – doravante chamados de métodos – faz-se pertinente alguns comentários a seu respeito. O método gramatical (literal) é aquele que se limita a observar a letra da lei, isto é, o seu teor verbal, o significado denotativo de suas palavras, independentemente de incidir sobre uma expressão comum ou técnica do Direito. Nesse sentido, deve-se atentar tanto aos possíveis significados correntes na linguagem comum como àqueles especificamente jurídicos. De acordo com Savigny:

(...) a lei deve ser objetiva, ou seja, deve se expressar diretamente. Por este motivo, todas as premissas da interpretação devem se encontrar na própria lei ou em conhecimentos gerais (por exemplo, conhecimento da linguagem da época). A interpretação torna-se fácil se o intérprete se coloca no ponto de vista da lei, mas apenas se for possível conhecer esse ponto de vista por meio da própria lei. Fala-se, geralmente, que, na interpretação, tudo depende da intenção do legislador. Mas isso é meia verdade, porque depende da intenção do legislador desde que apareça na lei. Agora podemos determinar completamente o conceito. Interpretação é reconstrução do pensamento (claro ou obscuro, é o mesmo) expresso na lei, enquanto seja possível conhece-lo na lei.¹⁰²

⁹⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Op. cit. p. 12.

¹⁰⁰ Savigny se refere nesse ponto às interpretações “extensiva” e “restritiva”.

¹⁰¹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Metodologia Jurídica**. Op. cit., p. 44.

¹⁰² *Idem*.

O método histórico consiste, de um lado, na verificação dos trabalhos preparatórios que deram origem à determinada legislação, inclusive as discussões legislativas a seu respeito (o que também pode ser chamado de interpretação genética), e, de outro, na comparação com as leis que a precederam, a fim de compreender, dessa feita, o significado da atual. A análise histórica, contudo, pode ir muito além, buscando até mesmo a origem de certos preceitos jurídicos no direito romano, canônico ou colonial, dentre outros.¹⁰³ Como bem destaca Carlos Maximiliano:

O que hoje vigora abrolhou de germes existentes no passado; o Direito não se inventa; é um produto lento da evolução, adaptado ao meio; com acompanhar o desenvolvimento desta, descobrir a origem e as transformações históricas de um instituto, obtém-se alguma luz para o compreender bem. Só as pessoas estranhas à ciência jurídica acreditam na possibilidade de se fazerem leis inteiramente novas, creem ser um Código obra pessoal de A ou B. O autor aparente da norma positiva apenas assimila, aproveita e consolida o que encontra no país e, em pequena parte, entre povos do mesmo grau de civilização. Consiste o Direito atual em reproduções, ora integrais, ora ligeiramente modificadas, de preceitos preexistentes.¹⁰⁴

A interpretação sistemática, por sua vez, parte da ficção de que o ordenamento jurídico é uno e coerente, e de que uma lei, em razão disso, deve ser aplicada observando-se as demais. Nesse sentido, se se verifica indutivamente, por exemplo, em todo um ramo jurídico, a presença de um determinado valor, ou princípio (nesse sentido, princípio geral do Direito ou, ao menos, do referido ramo), não deverá o intérprete atribuir um sentido a uma determinada lei (desse mesmo ramo) que frustre o valor (ou princípio) em questão ou que possivelmente se mostre contraditória com as interpretações usuais de outras leis.

Nas palavras de Savigny:

¹⁰³ Ainda a esse respeito, particularmente sobre a legislação justiniana, observa Savigny o seguinte: “Da jurisprudência, muitos aspectos não podem ser compreendidos sem um certo conhecimento histórico prévio. E aqui não se trata da utilização da história para saber algo a respeito da jurisprudência, mas de pesquisar a medida em que está deve ter um caráter histórico. Schulting, 1. c., p. 125. Esta elaboração é absolutamente indispensável, particularmente para a legislação justiniana, pois toda a legislação é, mais ou menos, o resultado da sua história anterior. Justiniano nunca teve a intenção de elaborar um código próprio, mas de formar uma simples compilação do rico material existente. O todo histórico converteu-se, assim, novamente, em lei. De acordo com sua forma, a legislação justiniana carrega consigo o caráter histórico; por exemplo, são indicados os nomes dos autores dos fragmentos.” In: SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Metodologia Jurídica**. *Op. cit.*, pp. 28-29.

¹⁰⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 112.

A legislação apenas expressa um todo. A interpretação do particular também deve ser tal que, para poder compreender o particular, este se deve amoldar ao todo. A exposição do todo não pertence a este ponto propriamente, mas ao sistema. Porém, desde que cada parte não é inteligível sem o todo, deve ser concebida em relação com o todo, tarefa semelhante àquela que existe no sistema, mas com objetivos opostos.¹⁰⁵

Ainda a respeito da interpretação sistemática, com base em Stammler, afirma Engisch o seguinte:

O jusfilósofo STAMMLER cita esta frase: “Quando alguém aplica um artigo do Código, aplica todo o Código”. Podemos considerar esta tese como um pequeno exagero. Todavia, ela põe em evidência a unidade da ordem jurídica, a qual no nosso contexto se traduz em que as premissas maiores jurídicas têm de ser elaboradas a partir da consideração de todo o Código ou leis. Subentendemos que as regras de um ordenamento contêm um complexo homogêneo e harmonicamente solidário de pensamentos jurídicos.¹⁰⁶

Nessa sua fase inicial, considerada mais legalista, Savigny não admitiu, entretanto, o uso do método teleológico, por compreender que o juiz não deveria atender ao que o legislador buscou atingir, mas só ao que na realidade preceituou. Assim, os métodos por ele indicados seriam apenas os três anteriormente mencionados.

Em um momento posterior, contudo, tal concepção foi consideravelmente alterada, pois o jurista germânico passou a considerar como fonte originária do Direito não mais a lei, mas sim a comum convicção jurídica do povo, o “espírito do povo” (*der Volksgeist*), aferível através de sentimentos e intuições imediatos, que “só podem ter por objeto as concretas e ao mesmo tempo típicas formas de conduta que, justamente pela consciência da sua “necessidade intrínseca”, são observadas pelo conjunto dos cidadãos, ou seja, as próprias relações da vida reconhecidas como típicas do ponto de vista do Direito”.¹⁰⁷

Dessa forma, a utilização da razão de ser da lei (teleologia) passou a ser admitida, ainda que com grande precaução, apenas no caso de ser indeterminada a expressão usada na lei. Ao tratar do nascimento do direito positivo, Savigny aborda essa comum convicção jurídica do povo, como se verifica, em linhas gerais, abaixo:

¹⁰⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Metodologia Jurídica**. Op. cit. p. 18.

¹⁰⁶ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 118.

¹⁰⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Op. cit. p. 13.

*Allí donde nos encontramos por primera vez ante una historia documentada, el Derecho civil tiene ya un carácter determinado, peculiar del pueblo, lo mismo que su lenguaje, sus costumbres y su constitución. En efecto, estos fenómenos no tienen una existencia separada, son tan solo fuerzas y actividades singulares de un pueblo, inseparablemente unidas en la naturaleza, y que solo aparentemente se revelan a nuestra consideración como cualidades especiales. Lo que las enlaza con el todo es la convicción común del pueblo, el propio sentimiento de necesidad inherente que excluye toda idea de un nacimiento casual y arbitrario.*¹⁰⁸

De modo sucinto, a interpretação teleológica é aquela através da qual o intérprete toma uma decisão com base em uma suposta finalidade, atribuída a um determinado dispositivo legal. Assim sendo, ele precisará supor que esse último somente satisfará a sua razão de existir se for aplicado (interpretado) de uma determinada maneira (e não de outra), com o fito de cumprir determinado escopo. Como se percebe, isso é realizado com base em uma suposta racionalidade. Nesse sentido, o intérprete considera racional que se atribua determinada finalidade a um texto normativo. Na prática, contudo, o seu espaço de discricionariedade se alarga consideravelmente, pois o que lhe afigura como racional pode não ser para outro intérprete.

Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida.¹⁰⁹

Deve-se mencionar também o conceito de “instituto jurídico”, fundamental para a teoria em análise. Savigny afirma que os institutos jurídicos são constituídos pelas relações da vida (a exemplo do matrimônio, da *pátria potestas*, da propriedade imobiliária, da compra e venda...), na medida em que elas são pensadas e organizadas como uma ordem jurídica vinculante. Dessa maneira, tais institutos se converteriam na origem e no fundamento de toda a evolução do

¹⁰⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la Vocacion de nuestra Epoca para la Legislacion y la Ciencia del Derecho*. In: **Thibaut y Savigny – La Codificación: una controversia programática basada en sus obras**. Madrid: Editorial Aguilar, 1970, p. 54.

¹⁰⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. *Op. cit.* pp. 124-125.

Direito. “O instituto jurídico é, pois, um todo, pleno de sentido e que se transforma no tempo, de relações humanas consideradas típicas, nunca logrando, por isso, ser exposto inteiramente pelo somatório das normas que lhe dizem respeito.”¹¹⁰

Karl Larenz sintetiza a evolução do pensamento de Savigny, particularmente no que concerne às interpretações histórica e sistemática, da seguinte maneira:

[...] desde o começo é característica de SAVIGNY a exigência de uma combinação dos métodos “histórico” e “sistemático”, referindo-se aquele à formação de cada lei dentro de uma certa situação histórica e propondo-se este compreender a totalidade das normas e dos institutos jurídicos subjacentes como um todo englobante. Ao passo, porém, que o escrito de juventude entende o sistema jurídico exclusivamente como um sistema de regras jurídicas – que se encontram entre si numa tal ligação lógica que as regras especiais se vêem como brotando de certas regras gerais, às quais podem ser reconduzidas –, a obra da maturidade parte ao invés da ideia do nexo “orgânico” entre os “institutos jurídicos” que vivem na consciência comum.¹¹¹

Naturalmente, esse discurso teórico foi simplificado quando de sua observação pelos tribunais. Ocorre que o caráter pragmático das decisões judiciais não permite ao magistrado incorrer em profundas reflexões sociológicas a respeito das relações da vida e do espírito do povo. Assim, a argumentação prática clássica, além da observância do teor literal da lei, normalmente se limita à exposição de uma suposta finalidade normativa ou da relação entre diferentes dispositivos legais, ou entre um dispositivo e um princípio geral do Direito.

Em síntese, os quatro métodos de Savigny – gramatical, histórico, sistemático e teleológico (ditos “clássicos” ou “positivistas”) – foram explicados por Karl Engisch, com base na obra de Enneccerus, do modo que se segue abaixo:

[...] as quatro espécies de interpretação pertencem em certa medida, desde SAVIGNY, ao patrimônio adquirido da hermenêutica jurídica. O tratado de Direito Civil de ENNECCERUS, que continua a ser um texto modelar, declara que a interpretação tem de partir do teor verbal da lei, o qual há-de ser posto a claro “tendo em conta as regras da gramática e designadamente o uso (corrente) da linguagem”, tomando, porém, em particular consideração também os “modos de expressão técnico-jurídicos”. Acrescenta, todavia, que além do teor verbal hão-de ser considerados: “a coerência interna do preceito, o lugar em que se encontra e as suas relações com outros

¹¹⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. *Op. cit.*, p. 13.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 18.

preceitos” (ou seja, a interpretação lógico-sistemática), assim como “a situação que se verificava anteriormente à lei e toda a evolução histórica”, bem assim “a história da gênese do preceito”, que resulta particularmente dos trabalhos preparatórios, e finalmente o “fim particular da lei ou do preceito em singular” (ou seja, a interpretação teleológica).¹¹²

Deve-se reiterar ainda, ao lado desses quatro métodos de interpretação, o raciocínio analógico, anteriormente mencionado, considerado método clássico de integração do direito, através da colmatação das referidas “lacunas da lei”.

A seguir, prossegue-se com a evolução do Direito nos séculos XIX e XX e com os fatores que levaram à crise do Estado liberal e do legalismo jurídico.

3.1.3 Crise do modelo liberal

De acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco:

A ideia de uma Constituição sem proteção efetiva, e, portanto, de desdenhável valor jurídico, perdurou por bom tempo na Europa continental. Ali, o problema da proteção da Constituição, i.é, do seu valor jurídico, ficou em estado de latência até as crises do Estado liberal do final do século XIX e do primeiro quartel do século XX.¹¹³

Nesse sentido, vários fatores históricos contribuíram para o enfraquecimento do Estado liberal, a exemplo do forte clamor por direitos trabalhistas que tomou conta da Europa na segunda metade do século XIX, diante dos desumanos regimes de trabalho praticados após a explosão da segunda Revolução Industrial, que atingiu em cheio as potências europeias. Ademais, deve-se lembrar também, já no primeiro quartel do século XX, das Constituições do

¹¹² ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. *Op. cit.*, p. 137.

¹¹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. *Op. cit.* p. 38.

México (1917) e de Weimar (1919), de claro teor social, que igualmente contribuíram para a decadência do modelo liberal.

Por fim, no que se refere à superação da rigorosa separação de poderes, deve-se mencionar, sobretudo após a primeira guerra mundial, a “queda, em sucessão, dos regimes monárquicos na Europa, coincidindo com a progressiva adoção do parlamentarismo – em que é inerente a proximidade do Executivo ao Legislativo”¹¹⁴.

Todos esses eventos, contudo, ainda não foram suficientes para transformar definitivamente a relação entre as figuras da lei e da constituição. Desse modo, a supremacia daquela persistia, ao passo que essa última ainda não podia ser considerada protagonista na ordem jurídica da Europa continental.

Nesse período, entretanto, já floresceu um intenso debate sobre a importância de se assegurar a eficácia constitucional. De um lado, o modelo de Carl Schmitt, que concedia ao Executivo o controle de constitucionalidade, como se verifica abaixo:

Para Schmitt, o protetor da Constituição há de ser o Presidente do Reich. Para ele, a Constituição é a vontade original e unificada do povo. Daí, explica Peter Caldwell, que “o maior perigo para o Estado seja, na assertiva de Schmitt, o pluralismo”. Mais ainda, Schmitt sustentava que a vontade unificada da nação é representada pelo Chefe de Estado. O poder que este recolhe do art. 48, § 2º, da Constituição de Weimar, tornando o Executivo desembaraçado, seria a resposta da vontade unificada do povo às “perniciosas influências de grupos de interesse no Reichstag [parlamento]”. O Presidente seria, pois, o guardião da Constituição.¹¹⁵

Do outro lado, o modelo de Hans Kelsen, maior representante do juspositivismo normativista, que defendia a implementação de um controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário. “Kelsen advogou, então, os méritos da jurisdição constitucional, de que ele foi o inspirador, havendo protagonizado, na Áustria, por curtos anos antes da 2ª Guerra Mundial, a primeira experiência prática desse modo de controle.”¹¹⁶

Deve-se observar que o austríaco, diferentemente dos positivistas legalistas do século XIX, já enxergava uma margem discricionária (política) na decisão judicial, rebatendo assim a

¹¹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. *Op. cit.* p. 38

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 39-40.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 42.

crítica de Schmitt de que o Judiciário não poderia desempenhar uma função como essa, pelo fato de possuir atribuições de natureza absolutamente diferente. Nesse sentido:

Kelsen “retomou o argumento de que “encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício do poder”, acrescentando que “entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa”.¹¹⁷

Trata-se da famosa “imagem da moldura” de Kelsen.¹¹⁸

Não é difícil perceber que o modelo de controle de constitucionalidade que prevaleceu após a segunda guerra mundial foi o de Kelsen, enquanto que o de Schmitt foi deixado de lado, associado a uma ampliação perigosa de poderes do Chefe do Executivo, incompatível com Estados democráticos.

Foi, portanto, após a segunda guerra mundial que a grande mudança de paradigmas ocorreu, passando a ser a constituição a figura central dos regimes jurídicos.

O modelo de supremacia do parlamento na Europa continental revelou-se falido, quando, concluída a 2ª Guerra Mundial, foram expostos os horrores macabros do totalitarismo – regime contra o qual o Legislativo se mostrou impotente, senão conivente.

Reacendeu-se o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana contra os abusos dos poderes estatais. As constituições se “materializaram”, positivando catálogos abertos de direitos básicos. A influência americana sobre a Europa no pós-guerra, sobretudo com a maciça presença na Itália e na Alemanha, colaborou para que, afinal, se vencessem as resistências à adoção de um controle

¹¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. *Op. cit.* p. 43.

¹¹⁸ “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.” *In*: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 249.

jurisdicional de constitucionalidade de leis, como meio de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. [...]¹¹⁹

3.1.4 Protagonismo da Constituição

Verificou-se, por conseguinte, em meados do século XX, uma radical alteração no panorama jurídico da Europa continental, sob a iniciativa da Alemanha e da Itália. Surgiram novas tendências, ainda que muito heterogêneas entre si, que ficaram conhecidas, a grosso modo, como pós-positivistas. Havia nelas, todavia, um ponto convergente, a importância central concedida à constituição.

Logo os Estados europeus se renderam ao modelo de jurisdição constitucional elaborado por Kelsen (nesse sentido, apesar de enquadrado no positivismo normativista, o jurista austríaco plantou algumas sementes que deram frutos apenas durante o movimento pós-positivista), através da implementação de cortes constitucionais, com pequenas variações de um para o outro, na medida em que superaram regimes de cunho autoritário, como Portugal e Espanha nas décadas de 70.¹²⁰ Nesse sentido, a América Latina também adotou o referido modelo a partir dos anos 80 e 90, igualmente após o reestabelecimento de governos democráticos.

Nesse contexto, a fim de legitimar esse controle de constitucionalidade, em meados do século XX, mereceu destaque a ideia de “força normativa da constituição”, defendida pelo jurista alemão Konrad Hesse.

¹¹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. *op. cit.* 48.

¹²⁰ “A Justiça constitucional, nos moldes de Kelsen, se alastrou pelo velho continente, na medida em que os seus países emergiram de dificuldades históricas extraordinárias, a partir do término da 2ª Guerra Mundial. Diplomas constitucionais de 1948 e de 1949 preveem cortes com jurisdição constitucional na Itália e na Alemanha. No auge da crise argelina, a Constituição francesa de 1958 também adota um sistema de controle peculiar, por meio do Conselho Constitucional. A jurisdição constitucional é acolhida, na década de 1970, em Portugal, na Espanha e na Grécia. Com a queda do comunismo, a partir de 1989, espalha-se pelas antigas ditaduras do Leste Europeu.” *Ibidem*, p. 52.

Hesse parte de uma oposição à concepção tradicional de Ferdinand Lassalle, desenvolvida na segunda metade do século XIX, para quem a Constituição jurídica não deteria qualquer força normativa, sendo apenas um pedaço de papel (*ein Stück Papier*) com a simples finalidade de traduzir os fatores reais do poder dentro de uma sociedade (a Constituição real do país). Por essa visão, em caso de conflito entre ambas, prevaleceria necessariamente a Constituição real, em detrimento da Constituição jurídica.¹²¹

Desse modo, em sentido distinto da perspectiva lassalleana, Hesse destaca o teor normativo da Constituição jurídica, sem cair na visão antagônica, puramente normativista, que subordina plenamente os fatos (ser) à norma (dever ser). Em suas palavras:

“Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado.¹²²

Para o Jurista alemão, a realidade é fundamental para estabelecer os limites constitucionais. Toda Constituição jurídica deve se vincular “a uma situação histórica concreta e suas condicionantes”¹²³, à “natureza completamente singular do presente”¹²⁴. Isso, contudo, não retira a sua autonomia. Ao contrário, trata-se de um pressuposto à sua observância normativa futura, à sua presença na consciência geral da sociedade, traduzida não mais apenas como “vontade de poder”, mas também como “vontade de Constituição”.

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a

¹²¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9.

¹²² *Ibidem*, pp. 15-16.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ *Idem*.

Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*).¹²⁵

Interessante observar também a alteração de visão em relação ao fundamento legitimatório da constituição, sobretudo na Alemanha, a partir do pensamento de Peter Häberle. Em sua visão, a Constituição de um determinado Estado deveria receber a contribuição interpretativa não apenas dos operadores do direito, mas de toda a sociedade. Nesse sentido, defende a ideia de uma “Constituição Aberta”. Assim:

Sua tese fundamental em relação à interpretação constitucional é a de que, no processo de interpretação da constituição estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos sociais, não sendo possível estabelecer um elenco fechado e cerrado com *numerus clausus* de intérpretes constitucionais.¹²⁶

Observa-se, igualmente, a constante referência do jurista alemão a ideia de uma sociedade pluralista, de tal modo que os distintos interesses dos cidadãos deveriam ser levados em consideração. Nesse sentido, percebe-se claramente a mudança de paradigma em relação à já mencionada teoria de Carl Schmitt, por exemplo, para quem – a partir de um repúdio e temor à ideia de pluralismo em um Estado – a constituição deveria ser, por excelência, a vontade original e unificada do povo. Verifica-se ainda, dessa maneira, um caráter dinâmico (“progressivo”) da constituição, sensível às alterações culturais em curso na própria sociedade.¹²⁷ Ainda, em relação à ideia de sociedade pluralista, Peter Häberle:

¹²⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. *Op. cit.* p. 19.

¹²⁶ GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 139.

¹²⁷ “[...] la “Constitución pluralista”, junto con su respectiva “fundamentación doctrinal teórica”, no son a su vez sino Constitución y doctrina de reformas progresivas en el sentido mencionado en la doctrina popperiana en materia de “tecnología realizada mediante pasos graduales y progresivos”, siéndolo en la medida en que se trata de una “política pluralista entendida como dimensión en el marco de una doctrina también pluralista” (doctrina todavía falta de una casi total concreción y perfección en toda su envergadura tanto a nivel constitucional, por una parte, como respecto de la “actualización” de sus propios conceptos debidamente contextualizados, por otra)”. In: HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**: Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, pp. 119-120.

Defende então uma mudança no aspecto de quem devem ser os intérpretes da constituição. O processo interpretativo deve ser democratizado em uma sociedade igualmente pluralista, o círculo de intérpretes deve se alargar envolvendo, além dos intérpretes oficiais, todos os cidadãos formadores da opinião pública, cidadãos estes que também têm a sua própria interpretação da constituição. Os critérios interpretativos serão tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.¹²⁸

A maior mudança ocorrida na Constituição talvez tenha sido, contudo, a apresentação de um catálogo aberto de direitos fundamentais, que, nesse momento, assumiam o principal papel da carta magna, com efetiva capacidade de irradiação pelos diversos ramos jurídicos, disciplinados nos variados códigos e legislações esparsas.

Verifica-se, ademais, que esses próprios ramos se constitucionalizaram, tendo seus princípios fundamentais normatizados na carta magna (particularmente no caso de uma constituição extensa como a brasileira).

Tudo isso com a finalidade de evitar novas atrocidades como aquelas cometidas nos anos 30 e 40. Para tanto, surgiram, inclusive, mecanismos constitucionais de não revogabilidade desses direitos fundamentais, os quais se tornaram assim “cláusulas pétreas”.

O artigo 1º da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, é bastante significativo nesse sentido. Em vez de tratar da organização do Estado alemão, consagra a proteção à dignidade da pessoa humana¹²⁹, tida por alguns autores como uma espécie de “superdireito”, que abrigaria assim todos os demais direitos fundamentais, os quais, por sua vez, são disciplinados na referida carta até o seu artigo 19, sendo todos diretamente aplicáveis, conforme se verifica em seu próprio artigo 1º.

Nesse novo cenário europeu (continental), portanto, não restam dúvidas de que a constituição se tornou protagonista no campo jurídico, passando a subordinar as leis às suas normas. Sendo assim, uma lei que fosse de encontro a uma norma constitucional não poderia mais subsistir, devendo ser declarada inconstitucional, por meio dos já mencionados

¹²⁸ GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. *Op. cit.* p. 139.

¹²⁹ Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. *In*: ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. DEUTSCHER BUNDESTAG (Parlamento Federal Alemão). Berlin, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 02/09/2017.

instrumentos de controle de constitucionalidade (por sua vez igualmente consagrados constitucionalmente), a ser exercido por uma corte constitucional, específica para isso. Em suma, no que concerne à divisão de poderes, nesse novo modelo jurídico, pode-se afirmar que o Judiciário assumiu o protagonismo, até então possuído pelo Legislativo.

O catálogo de direitos fundamentais se mostrava ainda notadamente ampliado, se comparado com as declarações de direitos dos séculos XVIII e XIX, por abrigar toda uma nova geração de direitos, tidos como sociais, que já vinham sendo desenvolvidos, como referido anteriormente, desde as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919). Trata-se da 2ª geração de direitos, claramente distinta da 1ª (os chamados direitos liberais).

Atualmente, já se tornou pacífica a compreensão de que os direitos não se limitam a essas duas dimensões. Costuma-se destacar ao menos três gerações (sendo a terceira relacionada aos “direitos da fraternidade”). Diversos autores, aliás, já mencionam quatro ou até mais. Para os fins da presente análise histórica, contudo, alguns comentários sobre as duas primeiras gerações já se mostram suficientes.

Nesse sentido, faz-se mister realizar uma breve exposição dos direitos fundamentais das duas gerações iniciais. Antes, porém, deve-se explicá-los sob a ótica de um autor pós-positivista. Desse modo, para Konrad Hesse, esses direitos poderiam ser conceituados de forma lata (e material) ou restrita (e formal), como se observa a seguir:

Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo. Ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.¹³⁰

No que se refere aos direitos de primeira geração, sabe-se que eles incluem a “liberdade de expressão”¹³¹, a “propriedade”, a “privacidade”, a “segurança”, dentre outros. São chamados

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 574.

¹³¹ Em relação ao direito à “liberdade de expressão”, apenas a título ilustrativo, afirma Paulo Gustavo Gonet Branco o seguinte: “A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de

de direitos negativos, por configurarem uma restrição ao poder do Estado, bem como um limite aos demais cidadãos. Ademais, ganharam força a partir das revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX, particularmente com a Revolução Francesa. A esse respeito, nas palavras de Paulo Bonavides:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...]

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.¹³²

Os direitos de segunda geração, por sua vez, abarcam a “educação”, a “cultura”¹³³, a “saúde”, a “moradia”, o “saneamento básico” e mesmo o “transporte público eficiente”, dentre outros. São chamados de direitos positivos (ou sociais), por imporem um dever prestacional do Estado perante os seus cidadãos. Quanto ao seu período histórico, verifica-se que eles ganharam força sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, todavia, as primeiras constituições sociais, como já destacado, datam já do início do século XX (“Constituição Mexicana de 1917”, “Constituição de Weimar de 1919”). De acordo com Bonavides:

interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque ‘diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista’.” In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 297.

¹³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. cit.* pp. 577-578.

¹³³ No que se refere ao direito à “cultura” e à “educação”, comenta José Afonso da Silva o seguinte: “A Constituição de 1988 deu relevante importância à cultura, tomado esse termo em sentido abrangente da formação educacional do povo, expressão criadora da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que se exprimem por vários de seus artigos (5º, IX, 23, III a V, 24, VII a IX, 30, IX, e 205 a 217), formando aquilo que se denomina ordem constitucional da cultura, ou constituição cultural, constituída pelo conjunto de normas que contêm referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura. [...] Os direitos culturais não foram arrolados no art. 6º como espécies de direito social, mas, se a educação o foi, aí também estão aqueles, até porque estão explicitamente referidos no art. 215, consoante o qual o *Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais*. Por aí também se vê que se trata de direitos informados pelo princípio da universalidade, isto é, direitos garantidos a todos.” In: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 315-317.

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.¹³⁴

Ainda em relação às distintas gerações de direitos fundamentais, bem como ao momento histórico em que surgiram, particularmente aqui as duas primeiras, Norberto Bobbio afirma o seguinte:

[...] não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios.¹³⁵

Tais direitos, ademais, possuíam um caráter muito vago, abrangente e frequentemente conflitante, já que, por vezes, chocavam-se nos casos concretos, exigindo um papel cada vez mais ativo dos tribunais. Nesse sentido, em razão dessas características, passaram a ser usualmente vistos como “princípios constitucionais”. Apesar disso, as teorias posteriores (que serão adiante explicadas), mantiveram, de certo modo, o caráter principiológico desses direitos, mas substituíram os critérios quantitativos (como generalidade, abstração, vagueza) por qualitativos em sua definição. Verificou-se, portanto, juntamente com a importância crescente do Judiciário nesse novo modelo jurídico, o protagonismo também dos princípios.¹³⁶

¹³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. cit.* p. 578.

¹³⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 6.

¹³⁶ Perelman igualmente reconhece a importância dos princípios naquele momento histórico: “Os fatos que se sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há

Deve-se destacar ainda que tais direitos representam interesses de grupos políticos muito distintos (e mesmo antagônicos) – em grande parte em razão do reconhecimento dos direitos sociais, como mencionado –, que devem gozar de igual relevância jurídica.¹³⁷ Essa é precisamente uma das razões de apresentarem um caráter vago, já que se pretendia, em um primeiro momento, fazer com que as diferentes forças políticas se vissem reconhecidas na constituição, adiando-se assim para o momento da atividade jurisdicional a responsabilidade de dizer, na prática, o que cada um desses direitos efetivamente representa.¹³⁸

Os textos elaborados refletiram, no seu conteúdo, as preferências constitucionais dos grupos envolvidos por meio de expressões amplas e indefinidas. A largueza semântica das expressões acolhidas nos textos obedecia à necessidade de que todas as forças políticas concorrentes se reconhecessem, de algum modo, nas normas elaboradas, ainda que postergassem para a disputa política, a acontecer depois da elaboração do Estatuto Político, a mais exata definição dessas mesmas normas. As forças políticas viam, afinal, no estabelecimento de um mínimo de regras estáveis, balizadoras da competição entre elas próprias, o primeiro passo para o exercício eficaz do governo.

Para observadores, o estabelecimento da jurisdição constitucional merece ser visto como uma “resposta institucional às ambiguidades semânticas dos novos textos constitucionais, erigindo-se [o juiz constitucional] como ponte entre os problemas da incerteza [do texto] e da sua implementação. [...] A jurisdição constitucional

princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça.” In: PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Op. cit. p. 95.

¹³⁷ Apesar disso, há quem compreenda (como Gunther Teubner) os direitos fundamentais justamente como uma esfera autônoma em relação à política, no sentido de refrear as suas tendências totalizantes (nesse sentido pode-se até pensar no papel daqueles direitos de 1ª geração, no âmbito das revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX). No entanto, esse entendimento pode ir adiante, no sentido de considerar os direitos fundamentais como meios de resistência contra a expansão desmedida de qualquer sistema social. Nas palavras de Teubner: “Direitos fundamentais delimitam âmbitos comunicativos autônomos em relação à política, que são imputados ou a instituições sociais ou a pessoas enquanto construções sociais. Em ambos os casos, os direitos fundamentais impõem limites intrassociais às tendências totalizantes da matriz política. [...] os direitos fundamentais não se definem pela fundamentalidade do bem jurídico afetado ou por seu lugar privilegiado nos textos constitucionais, mas sim como contrainstituições jurídicas e sociais contra as tendências expansionistas de sistemas sociais.” In: TEUBNER, Gunther. *A Matriz Anônima – violação de direitos humanos por atores “privados” transnacionais*. In: CAMPOS, Ricardo. (Org.); MACEDO JR., Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coord.). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 287, 293.

¹³⁸ A esse respeito, porém tratando do atual contexto brasileiro e da CF/88, observa José Rodrigo Rodriguez o seguinte: “(...) o texto constitucional conseguiu fincar raízes no sistema político e na sociedade de maneira mais ampla. Pode parecer uma obviedade que os mais diferentes atores, defendendo posições incongruentes e incompatíveis entre si, reivindicuem-se da CF para sustentá-las. É preciso lembrar que a crítica de que a Constituição é um —conto de fadas! foi repetida de maneira massacrante durante pelo menos os dez anos que se seguiram à sua promulgação. Uma crítica que, à maneira das ideias de —judicialização da política! e de —ativismo judicial!, não vê que o próprio processo de interpretação e de efetivação da Constituição é um processo político cujo resultado não está predeterminado pelo texto mesmo.” In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 181.

funcionaria para clarificar, ao longo do tempo, o significado dessa convenção e para monitorar a sua observância”. Esse seria o significado mais profundo de haver “a Constituição ela própria, por intermédio das regras de jurisdição, delegado autoridade para os juízes constitucionais, determinando como eles realizariam a revisão [das leis]”.¹³⁹

Essa prática remete, de certo modo, ao pensamento de Marcelo Neves, no que concerne à ideia de constitucionalização simbólica, particularmente às chamadas “fórmulas de compromisso dilatatório”.

Para o Autor, a constitucionalização simbólica é o procedimento pelo qual os dispositivos constitucionais são utilizados como “confirmação de valores sociais”, “legislação-álibi” ou “fórmulas de compromisso dilatatório”. Trata-se, em outras palavras, do ato pelo qual ocorre uma hipertrofia da função político-simbólica em detrimento da força normativo-jurídica dos dispositivos constitucionais.

Esses três procedimentos, ademais, podem ser verificados nas legislações em geral. Tratam-se, portanto, de modalidades de legislação simbólica, das quais a constitucionalização simbólica se apresenta como um caso específico.

Nesse sentido, a legislação como “fórmula de compromisso dilatatório” é o procedimento pelo qual os grupos políticos divergentes adiam indefinidamente a solução de seus conflitos, através da elaboração de leis que não poderão ser imediatamente aplicadas, pelo fato de não apresentarem eficácia. Assim, os grupos se satisfazem momentaneamente, em razão de sua representatividade legislativa, contudo será necessária a formulação posterior de outra lei mais específica, que regule a primeira, propiciando a referida eficácia, ou uma construção hermenêutica de cunho jurisprudencial, que forneça sentido e concretude à legislação. Por outro lado, isso pode nunca ocorrer, de tal modo que a dilação do compromisso legislativo se torna infinita.

A legislação simbólica também pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a

¹³⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. *op. cit.* pp. 52-53.

perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado.¹⁴⁰

Em relação à constitucionalização simbólica, propriamente, afirma o Autor o que se segue:

Conforme a concepção decisionista de Constituição [...], sustenta-se, então, que os compromissos autênticos destinam-se à “regulação e ordenação objetiva” de certos assuntos controversos, “mediante transações” em torno da organização e do conteúdo da Constituição. Os “compromissos-fórmula dilatatórios” ou “não autênticos”, ao contrário, não levariam a uma decisão objetiva alcançada através de transações, servindo exatamente para afastá-la e adiá-la. O compromisso objetivaria “encontrar uma fórmula que satisfaça todas as exigências contraditórias e deixe indecisa em uma expressão anfíbológica a questão litigiosa mesma”. Assim sendo, qualquer dos partidos inconciliáveis pode recorrer às respectivas disposições constitucionais, sem que daí possa decorrer uma interpretação jurídica convincente.¹⁴¹¹⁴²

Naturalmente, na medida em que a figura da constituição adquire uma importância nunca antes imaginada – com um número cada vez maior de dispositivos muito genéricos, abertos¹⁴³ e oponíveis entre si e, ao mesmo tempo, com mecanismos de controle de constitucionalidade cada vez mais utilizados, com o objetivo de anular leis elaboradas pelo Legislativo, isto é, pelo órgão de representação do povo, interpretadas como inconstitucionais –, surge um sério desafio para legitimar democraticamente um tal modelo, o que ficou conhecido como “dificuldade contramajoritária”. Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma o seguinte:

¹⁴⁰ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 41.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 102-103.

¹⁴² Observe-se, contudo, que a crítica de Neves recai sobretudo no contexto dos países periféricos. No cenário europeu (particularmente no alemão), tal adiamento não se mostra indefinido, nem representa a ineficácia das normas constitucionais, contudo reforça sim o poder das cortes constitucionais, que terão que estabelecer significados mais acurados para os vagos dispositivos da carta magna.

¹⁴³ De qualquer modo, deve-se sempre ter em mente que a discricionariedade judicial sempre encontra um meio de aflorar, mesmo diante de dispositivos normativos fechados. Nesse sentido, José Rodrigo Rodriguez: “Há muito tempo a teoria do direito tem mostrado que, mesmo diante de textos fechados, os juízes encontram espaço para criar interpretações com fundamento em justificativas que extrapolam uma interpretação meramente literal dos mesmos. Por essa razão, a presença de textos abertos ou fechados não cria empecilhos para a ação criativa dos juízes.” In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. *Op. cit.* p. 186.

O problema pode ser resumido na expressão “dificuldade contramajoritária”, cunhada por Alexander Bickel para revelar o impasse percebido no fato de um órgão do Judiciário, não eletivo, anular uma deliberação do corpo de representantes do povo. Anotou Bickel que, “quando a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade de um ato do Legislativo ou de um agente eleito do Executivo, ela frustra a vontade dos representantes do povo (...); exercita esse controle, não em nome da maioria prevalente, mas contra essa maioria. (...) Essa a razão por que se pode acusar o controle de constitucionalidade de antidemocrático”. [...]

A tensão entre constitucionalismo e democracia se agudiza na medida em que mais valores são incorporados ao texto constitucional e um grupo mais volumoso de decisões se torna insuscetível de revisão pelas maiorias futuras. O fenômeno, também chamado de “materialização da Constituição”, corresponde à passagem do Estado de direito em sentido formal para o Estado material de direito e do Estado de direito em sentido liberal ao Estado social de direito. Essa característica, somada ao reconhecimento do valor jurídico superior da Constituição, informa o constitucionalismo do pós-guerra, a que alguns denominam de neoconstitucionalismo.¹⁴⁴

Nesse cenário, diversos autores europeus passaram a formular teorias legitimadoras desse novo modelo neoconstitucionalista, seja demonstrando a sua plena adequação ao regime democrático, seja alegando ser a única alternativa plausível.

Vale ressaltar, ademais, que, dentre eles, vários juristas, classificados, em via de regra, como pós-positivistas, desenvolveram teorias interpretativas e argumentativas capazes de fornecer aos intérpretes métodos pretensamente racionais para o manejo dos princípios constitucionais. Nesse sentido, certos conceitos, como Juízo de Ponderação e Princípio da Proporcionalidade, passaram a gozar de um enorme prestígio no âmbito jurídico, como será visto adiante.

Não se pode negar, todavia, que a utilização de um juízo de ponderação surge, nesse cenário, de maneira quase que inevitável. Isso porque, independentemente de qualquer teoria, existe a necessidade de solucionar um conflito entre dois direitos fundamentais constitucionais, que possuem uma mesma roupagem principiológica e, conseqüentemente, um mesmo status jurídico. Assim, não sendo possível a revogação de nenhum deles, não resta outra alternativa ao jurista, no caso concreto, além de uma tentativa de ponderação entre eles.

A própria estrutura normativa dos direitos fundamentais, ressaltava Sweet, “constitui implícita delegação de enorme autoridade discricionária para os juízes constitucionais” e convida a exercícios de ponderação no momento de “deliberar sobre os limites de um dado direito constitucional de um indivíduo ou um grupo que

¹⁴⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Branco. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. *Op. cit.* pp. 73-74, 76.

entra em conflito com outro direito individual ou um interesse constitucional do governo”. De fato, o aspecto extremamente aberto de certos direitos fundamentais que as cortes são chamadas a interpretar e aplicar - como o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade - favorecem o incremento do poder discricionário da jurisdição constitucional.¹⁴⁵

A seguir, será realizada uma abordagem um pouco mais detida de algumas das principais teorias argumentativas que surgiram nesse contexto.

3.2 OS MODELOS PÓS-POSITIVISTAS

3.2.1 Levando os direitos a sério (Dworkin)

3.2.1.1 O contexto teórico

O primeiro modelo teórico a ser abordado é o de Ronald Dworkin. De início, faz-se necessária uma observação a seu respeito: Dworkin foi um jusfilósofo norte-americano e, desse modo, relacionado ao sistema jurídico do *common law*. Isso significa que ele não pode ser visto como produto dessa evolução histórica destacada no item anterior, referente ao direito europeu continental.

Apesar disso, a sua teoria alcançou uma imensa relevância, sendo capaz de superar as barreiras anglo-americanas e se tornar conhecida mesmo na Europa continental e, posteriormente, na própria América latina – inclusive no Brasil. Destaca-se, particularmente, a influência de seu critério de distinção entre regras e princípios para alguns autores alemães,

¹⁴⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Branco. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. *Op. cit.* p. 60.

notadamente Robert Alexy, que será em seguida apresentado. Por tudo isso, faz-se mister mencionar alguns dos principais elementos de sua obra.

Primeiramente, deve-se destacar que Dworkin parte de uma oposição ao juspositivismo de Herbert Hart (jurista inglês), que, naquela época, dominava o cenário jurídico anglo-americano. Nesse sentido, o britânico não reconhecia outra modalidade de norma jurídica além das regras. Dessa maneira, a sua aplicação aos casos concretos poderia ser simples ou duvidosa, uma vez que elas apresentariam em torno de si uma “zona limítrofe”¹⁴⁶, na qual não se poderia saber ao certo se o caso seria ou não enquadrável – daí o surgimento das expressões “*easy cases*” e “*hard cases*”¹⁴⁷. Nesses últimos, os magistrados não poderiam se valer de critérios estritamente jurídicos para a tomada de uma decisão, sendo obrigados a agir de maneira discricionária.

Dworkin não se coaduna com essa visão e propõe um modelo capaz de superar o positivismo hartiano. Para ele, mesmo nesses “casos difíceis”, seria possível decidir por meio de critérios jurídicos, através de outros padrões jurídicos, ignorados pelo positivismo, a saber, as políticas e os princípios (particularmente esses últimos).

No que se refere à definição e distinção entre ambos, afirma Dworkin o seguinte:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.¹⁴⁸

Assim, como exigência de justiça, o princípio é o padrão que realmente vai interessar daqui em diante, como possibilidade de superação do pensamento hartiano. Nesse sentido, a partir desse padrão alternativo, mas não menos jurídico, seria possível decidir um caso não de maneira discricionária, como supunha Hart, mas sim dentro do Direito. Resta, todavia, antes de

¹⁴⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 166.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 170-171.

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

apresentar os critérios de distinção entre regras e princípios, expor as acepções enxergadas por Dworkin diante da própria ideia de “poder discricionário”.

Para o Autor, ao menos três sentidos podem ser atribuídos à expressão (sendo os dois primeiros fracos e o último forte): i) poder discricionário como exigência do uso de certa capacidade de julgamento, por parte da autoridade pública, quando da aplicação de alguns padrões (em oposição a uma aplicação mecânica, vinculada, sem margem discricionária)¹⁴⁹, distinção muito utilizada no Direito Administrativo; ii) poder discricionário como tomada de decisão em última instância, por algum funcionário público, sem que essa possa ser cancelada ou revisada por outro funcionário¹⁵⁰; iii) poder discricionário como ausência de qualquer limitação pelos padrões da autoridade em questão¹⁵¹.

3.2.1.2 Entre princípios e regras

Para Dworkin, o significado conferido ao poder discricionário pelo positivismo (notadamente o hartiano), pelo menos em algumas ocasiões, seria justamente o forte, no sentido de que o magistrado, ao não obter uma solução precisa por meio das regras jurídicas (isto é, nos *hard cases*), poderia decidir um caso sem se limitar por quaisquer padrões ditados pela autoridade legal.¹⁵²

Dessa maneira, justamente por não concordar com o poder discricionário no sentido forte, o jurista norte-americano, elabora sua teoria baseada em princípios e regras e fornece os

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *Op. cit.* p. 51.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ “Chamo esses dois sentidos de fracos para diferenciá-los de um sentido mais forte. Às vezes usamos “poder discricionário” não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão.” *Ibidem*, p. 52.

¹⁵² “Portanto, parece que os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem a sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte de poder discricionário. [...] É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes.” *In*: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *Op. cit.* p. 55.

seus critérios de distinção. Nesse sentido, a respeito, primeiramente, das regras, afirma o Autor o seguinte:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Se tomarmos por modelo as regras do beisebol, veremos que as regras do direito, como aquela segundo a qual um testamento é inválido se não for assinado por três testemunhas, ajustam-se bem ao modelo. Se a exigência de três testemunhas é uma regra jurídica válida, nenhum testamento será válido quando assinado por apenas duas testemunhas. A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.¹⁵³

Logo em seguida, no que concerne aos princípios, observa o Autor o que se verifica abaixo:

Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Dizemos que o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete. Na verdade, é comum que as pessoas obtenham vantagens, de modo perfeitamente legal, dos atos jurídicos ilícitos que praticam.

[...] Não trataremos esses contra-exemplos – e inumeráveis outros que podem ser facilmente concebidos – como uma indicação de que o princípio acerca da obtenção de vantagens a partir dos próprios atos ilícitos não é um princípio de nosso sistema jurídico ou que ele é incompleto e requer exceções que o limitem.

[...] Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.¹⁵⁴

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *Op. cit.* pp. 39-40.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 40-43.

Os princípios, portanto, diferentemente das regras, possuem uma dimensão de peso, de tal modo que o intérprete deve levar em consideração a importância relativa de cada um no caso concreto em análise, aplicando-os em níveis de intensidade variados. Desse modo, um princípio menos observado em um caso concreto, em razão de seu cruzamento com outro, permanece intacto no plano da validade – ao contrário das regras, que funcionam na lógica do tudo ou nada, admitindo, claro, exceções, as quais são, contudo, todas elas ao menos em tese, elencáveis.

3.2.1.3 A ficção do juiz-Hércules e o Direito como integridade

Deve-se destacar, nesse contexto, a ficção do juiz-Hércules, elaborada por Dworkin. Tal figura cumpre o papel de um juiz sobre-humano, ideal, o qual seria sempre capaz de elaborar a melhor decisão possível, valendo-se de padrões necessariamente jurídicos, isto é, com base na força gravitacional do precedente, fundamental no regime do *common law*, e nas duas espécies de norma jurídica (regras e princípios).

Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.¹⁵⁵

Em razão disso, alega-se que Dworkin advoga a tese da única decisão correta, já que Hércules seria sempre capaz de encontrá-la. Ocorre que um tal juiz onipotente, na prática, não existe, de tal modo que ele deve ser visto apenas como um ideal a ser buscado (mas nunca plenamente alcançado) pelos magistrados reais. Assim, pode-se afirmar que Dworkin segue a

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *Op. cit.* p. 165.

linha cognitivista, diferenciando decisões acertadas e equivocadas, com base em critérios propriamente jurídicos, todavia, parece demasiadamente ingênuo atribuir a ele a crença na concretude da única decisão correta. Na prática, tal decisão é aquela tomada do melhor modo possível, pelo magistrado real, com base nos preceitos acima mencionados.

Ainda, nesse contexto, com base na relevância da força gravitacional do precedente, Dworkin elabora a ideia do “romance em cadeia”. Para ele, os juízes seriam comparáveis, ao mesmo tempo, com os críticos literários e com os próprios autores. Cada juiz, ao decidir um caso, deveria levar em conta a jurisprudência anterior (equiparável a um livro inacabado, o qual, como “crítico”, deve conhecer e estudar) e formular a sua decisão (equiparável a mais um capítulo desse livro, o qual, como “autor”, tem a obrigação de escrever). Assim, o romance deve parecer ter sido escrito por um único autor, quando, na realidade, foi produzido por vários. Isso gera a imagem de um **direito pautado na integridade** de suas decisões, tese fortemente defendida pelo jusfilósofo norte-americano.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Nas palavras de Dworkin: “Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é o direito em alguma questão judicial [...] com o crítico literário que destrincha as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo. Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. [...] É claro que a crítica literária contribui com as tradições artísticas em que trabalham os autores [...] Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”. Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade [...] Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.” In: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275-276.

3.2.2 A Teoria Discursiva do Direito (Alexy)

3.2.2.1 O discurso prático racional

O jurista alemão Robert Alexy procura resgatar a racionalidade das decisões jurídicas a partir de um modelo pós-positivista. Para tanto, parte da formulação de determinadas regras – inspirado, dentre outros, por filósofos como Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas –, que concederiam racionalidade ao discurso prático, tanto relativas aos enunciados, como ao comportamento dos falantes, conforme se verifica abaixo:

As regras do discurso racional se referem não só, como as regras da lógica, a enunciados, mas também, além disso, ao comportamento do falante. Nessa medida, elas podem ser denominadas “regras pragmáticas”. Constitui uma tarefa de uma teoria do discurso prático racional estabelecer um tal sistema de regras e formas, fundamentá-lo e verificar sua consistência e eficiência.¹⁵⁷

No que se refere à fundamentação de tais regras, Alexy destaca quatro maneiras de fazê-lo, embora alegue a possibilidade de se imaginar outros modos. São elas: i) a fundamentação técnica; ii) a fundamentação empírica; iii) a fundamentação definitória; iv) a fundamentação pragmática-universal.¹⁵⁸ Não cabe aqui, todavia, explicar cada uma delas, mas apenas mencionar que Alexy destaca pontos positivos e negativos em todas elas, bem como a imprescindibilidade de cada uma.¹⁵⁹ Um discurso dessa natureza, isto é, um discurso sobre os fundamentos do discurso racional prático, é chamado pelo Autor de “discurso teórico-discursivo”.¹⁶⁰

Em relação propriamente às regras do discurso prático, afirma Alexy o seguinte:

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 40.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 42-48.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 49.

¹⁶⁰ *Idem*.

As regras definidoras do discurso prático são de tipos muito distintos. Existem regras que valem apenas no discurso prático e regras que valem em outros jogos de linguagem. Há comandos, proibições e permissões. Algumas regras exigem observância estrita, outras contêm exigências que só podem ser cumpridas de forma aproximada. Há ainda regras que normatizam o comportamento dentro do discurso prático e regras que dizem respeito ao estabelecimento da transição para outras formas de discurso.¹⁶¹

Assim, o Autor formula diversas regras e formas de argumento de variadas naturezas. Novamente extrapola o objeto do presente trabalho abordar detidamente cada uma delas. Desse modo, deve-se apenas mencionar as modalidades de regras (sem se esquecer que, além delas, ainda existem as formas de argumento): i) as regras fundamentais; ii) as regras da razão; iii) as regras do ônus da argumentação; iv) as regras de fundamentação; v) as regras de transição.¹⁶²

Apenas, exemplificativamente, pode-se mencionar as regras da primeira modalidade, isto é, as fundamentais: 1) nenhum falante pode se contradizer; 2) todo falante só pode afirmar aquilo em que ele próprio acredita; 3) todo falante que emprega um predicado F a um objeto A deve estar preparado para empregar F a todo objeto que se assemelha a A em todos os aspectos relevantes; 4) falantes diferentes não podem usar a mesma expressão em sentidos diferentes.¹⁶³

Tais regras dizem respeito, portanto, ao dever de não contradição do falante (1); de sinceridade (2); de coerência (3); de harmonia do uso da linguagem (4).

Quanto à utilidade da teoria do discurso, Alexy, inicialmente, admite suas limitações em relação ao alcance de acordo em qualquer questão prática. Afirma que isso não é possível, pois algumas regras só podem ser cumpridas parcialmente, nem todos os passos da argumentação são previamente definidos, além do fato de todo discurso se encontrar vinculado a representações normativas historicamente fixadas e mutáveis¹⁶⁴.

Por outro lado, destaca as vantagens de um modelo como o seu, nas quais as regras são de cunho meramente formal (e não material). Um modelo no qual se pudesse alcançar acordos sobre todas as questões, se possível fosse:

¹⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. *Op. cit.* pp. 50-51.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 51, 53, 56, 62, 66.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 51.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 67.

Só poderia ser alcançável se as regras processuais fossem completadas com regras materiais, o que acabaria sendo uma codificação de uma moral. As desvantagens são óbvias. Uma tal codificação de uma moral dificilmente poderia aspirar um consentimento geral. A maior segurança dos resultados deveria ser paga com uma maior insegurança dos pressupostos.¹⁶⁵

Em defesa da utilidade de seu modelo, afirma Alexy o seguinte:

Seria um equívoco concluir, em virtude do fato de as regras do discurso não garantirem a certeza em todos os casos, que qualquer coisa é compatível com elas. Há alguns resultados que, através delas, são forçosamente exigidos ou excluídos. Isso vale por exemplo para normas que excluem inteiramente pessoas do desenvolvimento discursivo, atribuindo a elas o *status* jurídico de escravas. Nesse sentido pode-se falar em “impossibilidade discursiva” e em “necessidade discursiva”.

[...] O espaço do discursivamente possível é na verdade amplo, mas não chega nem perto de significar ser tudo possível. Ele é ainda limitado pelo fato de que muitas coisas que seriam possíveis de acordo com as regras do discurso sozinhas, ou seja, sob os pressupostos de indivíduos em diversas condições, não são possíveis de acordo com as regras do discurso em conjunto com as condições fáticas dos participantes do discurso. Como, nesse sentido, a teoria do discurso deixa muito àqueles que discutem, ela pressupõe que eles são suficientemente razoáveis para, sob as condições do discurso, alcançar resultados razoáveis.¹⁶⁶

3.2.2.2 A tese do caso especial

Nesse cenário, uma vez definido o seu modelo do discurso prático racional, Alexy passa a tratar do discurso jurídico. Para ele, esse último pode ser enquadrado como um caso especial daquele. Desse modo, se, no discurso prático geral, a observância de todas as regras garante a sua racionalidade, no discurso jurídico tal margem se estreita. Isso porque, além do cumprimento de todas as referidas regras, deve-se ainda observar, dentro de uma argumentação jurídica adequada, os elementos típicos do contexto do ordenamento jurídico, quais sejam: as leis, os precedentes e a dogmática jurídica.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. *Op. cit.* p. 67.

¹⁶⁶ *Idem*, *Ibidem*, p. 68.

Assim, um determinado discurso, considerado racional dentro de um modelo prático geral, pode não o ser no âmbito jurídico, caso desconsidere as leis, os precedentes ou a dogmática jurídica. Nas palavras do Autor:

A tese do caso especial alega que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Isso se baseia em três razões. A primeira é que, no final das contas, a discussão jurídica, assim como a argumentação prática geral, diz respeito àquilo que é comandado, proibido ou permitido, ou seja, a questões práticas. A segunda razão é que uma pretensão de correção é levantada tanto pelo discurso jurídico quanto pelo discurso prático geral. Esses dois tipos de argumentação são, portanto, *discursos*. A terceira razão afirma que a argumentação jurídica é uma questão de um caso *especial* porque a pretensão de correção do discurso jurídico é diferente daquela do discurso prático geral. Ela não se ocupa daquilo que é absolutamente correto, mas daquilo que é correto no contexto de um ordenamento jurídico validamente existente e com base nele. O que é correto em um sistema jurídico depende essencialmente daquilo que é estipulado autoritativa ou institucionalmente e daquilo que se encaixa nessas estipulações, devendo não contradizer o autoritativo e concordar com o todo. Se quiser se expressar isso em uma fórmula curta, pode-se dizer que a argumentação jurídica está vinculada às leis e aos precedentes, e tem ainda que observar o sistema jurídico elaborado pela dogmática jurídica.¹⁶⁷

Sabe-se que as teorias de Alexy têm sido duramente criticadas pelos mais diversos motivos. Isso não é diferente em relação à tese do caso especial. Por outro lado, pode-se encontrar respostas do jurista alemão a boa parte dessas críticas. Naturalmente, esse tópico extrapola os limites temáticos propostos para a presente dissertação, razão pela qual não será desenvolvido.¹⁶⁸

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. *Op. cit.* pp. 92-93.

¹⁶⁸ Apenas a título exemplificativo, segue um trecho do Autor a esse respeito: “A interpretação da teoria do discurso da racionalidade jurídica encontra sua expressão mais clara na tese do caso especial. A tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral tem sido aceita por alguns e criticada veementemente por outros. Devem-se distinguir dois objetos de crítica. O primeiro consiste na interpretação teórico-discursiva do procedimento jurídico institucionalizado e, em particular, do processo judicial. Aqui as objeções são de fato evidentes e uma crítica que se limite a esse objeto dificilmente se pode designar como radical. Ao conteúdo, se trata de uma crítica radical quando se afirma que a argumentação jurídica enquanto tal (ou seja, a argumentação jurídica independentemente dos processos de decisão institucionalizados), não pode tampouco ser interpretada como uma contribuição ao discurso prático.” *In*: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 316.

3.2.2.3 A teoria dos direitos fundamentais

Após o desenvolvimento da tese do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral, Alexy volta suas atenções para a elaboração de uma teoria sobre um campo jurídico específico, muito destacado no segundo pós-guerra, qual seja, o dos direitos fundamentais. Em última instância, portanto, tal esfera permaneceria vinculada ao discurso prático geral.

Primeiramente, o jurista germânico parte de uma distinção entre regras e princípios. Nesse ponto, não se pode negar uma certa influência de Dworkin em sua obra. Em relação aos princípios, afirma Alexy o seguinte:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.¹⁶⁹

Já no que se refere às regras, dispõe o que se segue:

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹⁷⁰

Como se pode perceber, os critérios já tradicionais de distinção entre regras e princípios com base no grau de abstração e generalidade não procedem para Alexy. Em sua visão, as regras

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 90.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 91.

e princípios possuem naturezas diferentes, pois esses últimos são mandamentos de otimização, enquanto aquelas são determinações exatas, isto é, se vigoram, devem ser integralmente cumpridas.

As distinções se tornam mais claras na medida em que surge um conflito entre regras ou entre princípios. Em relação às primeiras:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.¹⁷¹

Assim, caso duas regras conflitem, uma delas deverá ser declarada inválida, através dos critérios clássicos de solução de antinomias: superioridade (*lex superior derogat legi inferiori*), posterioridade (*lex posterior derogat legi priori*) e especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), os quais, contudo, como se sabe, são limitados, exigindo outros argumentos de preferência do intérprete no caso de se deparar com uma “antinomia real”.

Pode-se, todavia, manter a validade de ambas por meio da estipulação de cláusulas de exceção. Nesse ponto, Alexy diverge de Dworkin, ao entender não ser possível, nem em tese, a determinação prévia de todas as exceções de uma regra, já que novas situações excepcionais sempre podem surgir.

Em relação à colisão entre princípios, o autor alemão dispõe o seguinte:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.¹⁷²

¹⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. *Op. cit.* p. 92.

¹⁷² *Ibidem* pp. 93-94.

Nesse sentido, a fim de guiar o intérprete na aplicação dos princípios, particularmente diante de uma colisão entre eles, Alexy adota a “máxima da proporcionalidade”, que leva em consideração tanto as possibilidades fáticas, através das máximas parciais da “adequação” e da “necessidade” (mandamento do meio menos gravoso), como jurídicas, a partir da “proporcionalidade em sentido estrito” (mandamento do sopesamento propriamente dito).¹⁷³

A adequação impõe a obrigação de que a medida tomada seja apta à realização do objetivo almejado; a necessidade determina que uma medida não poderá ser adotada se houver outra menos gravosa e, do mesmo modo, adequada à consecução do referido objetivo; a proporcionalidade em sentido estrito, por fim, é a única que leva em conta as possibilidades jurídicas e se identifica com a ponderação propriamente dita, já que nela se observa a relação de custo/benefício entre os princípios colidentes – isto é, se o que foi sacrificado de um princípio, superado no caso concreto, foi menor do que o que foi aplicado do princípio prevalecente.¹⁷⁴

Nesse contexto, Alexy fala de uma “lei de colisão”. Trata-se da necessidade de se conceder tratamento igualitário a situações de colisão de princípios iguais ou muito semelhantes nos aspectos relevantes, de tal modo que isso constitua uma regra, assim enunciada: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.”¹⁷⁵

Nesse sentido, retornando aos direitos fundamentais, pode-se afirmar, a grosso modo, que eles adotam uma estrutura (uma roupagem) principiológica, de tal modo que tudo o que foi explicado sobre a natureza dos princípios e os casos de colisão a eles se aplica. A respeito desse modelo alexyano, afirma Ralf Poscher o seguinte:

¹⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. *Op. cit.* pp. 116-117.

¹⁷⁴ A esse respeito, afirma Marcelo Neves que “a teoria dos princípios de Alexy está intimamente associada à máxima da proporcionalidade, especialmente à proporcionalidade em sentido estrito, mas não apenas. A primeira e a segunda máximas parciais da proporcionalidade, a saber, os critérios da adequação e da necessidade (ou do meio menos gravoso), ‘decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas’, enquanto a ‘máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas’”. In: NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 65.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. *Op. cit.* p. 99.

E os direitos fundamentais não são normas que de alguma forma possam ser aplicadas através de simples subsunção. Disso segue, em razão do dualismo da Teoria dos Princípios, que eles devem ser princípios. Consequentemente, eles preveriam suas consequências jurídicas apenas *prima facie* e seriam aplicados pelo caminho da otimização por ponderação. Direitos fundamentais seriam então teórico-normativamente identificados como mandamentos de otimização.¹⁷⁶

Entretanto, para Alexy, o fato de os direitos fundamentais gerarem consequentemente uma regra, em razão da referida lei de colisão, permite a afirmação de que sua natureza é, na realidade, mista, isto é, apresenta um nível de princípio e um nível de regra. Assim sendo:

Compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo.¹⁷⁷

3.2.3 A interpretação histórico-evolutiva¹⁷⁸

A ideia de uma interpretação de cunho histórico-evolutivo não é propriamente uma novidade. Por certo, algumas indicações nesse sentido já podiam ser encontradas na jurisprudência e doutrina anteriores à 2ª guerra mundial. A sua relevância central para a hermenêutica jurídica, contudo, ocorreu apenas após essa última. Nesse sentido, associa-se à pletora de alterações que deram origem ao pós-positivismo, sendo, pois, indiscutivelmente enquadrada nesse último movimento.

¹⁷⁶ POSCHER, Ralf. Teoria de um Fantasma: a malsucedida busca da Teoria dos Princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo. (Org.); MACEDO JR., Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coord.). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. *Op. cit.* p. 144.

¹⁷⁸ Interessante observar que esse tipo de interpretação configura um modelo propriamente jurídico (2ª camada discursiva) e não se confunde, pois, com o título deste capítulo, “Análise histórico-evolutiva da interpretação e argumentação jurídicas no direito moderno”, o qual apenas aponta para o breve histórico traçado, no Direito ocidental, da Revolução Francesa aos dias presentes. Não se trata, portanto, de analisar histórico-evolutivamente um dispositivo jurídico. Logo, o título do capítulo não sinaliza uma interpretação histórico-evolutiva, em termos de método pós-positivista (de 2ª camada), diferentemente da interpretação explicada no presente tópico.

Em linhas gerais, o método histórico-evolutivo consiste no raciocínio de que a interpretação do texto legal ou constitucional não pode estagnar no tempo, devendo, ao contrário, atualizar-se, da época de sua redação ao presente. Nesse sentido, a sociedade se encontra em permanente alteração, seja de um ponto de vista cultural, seja de uma perspectiva tecnológica, fazendo-se mister, em consequência disso, que a norma jurídica se mostre sensível a tais mudanças.

Nesse contexto, um autor alemão que teve grande importância no desenvolvimento e refinamento desse método foi Friedrich Müller. A respeito de sua teoria, pode-se tecer alguns breves comentários. O seu aprofundamento, todavia, até por se tratar de uma obra complexa, vai além dos limites do presente trabalho, haja vista ser apenas necessária uma compreensão essencial da modalidade de interpretação em pauta, a fim de proceder à posterior análise da ADPF 54/DF (a qual não exige, pois, um conhecimento mais detalhado de sua obra). Já de início, uma observação em relação à importância de Müller diante dos intentos anteriores, acima mencionados, de consolidação de uma interpretação nos moldes em questão.

Em verdade, a tentativa de repensar a relação norma-realidade não é nova. Ela está em especial no coração do *Methodensreit* que agitou particularmente a doutrina alemã do direito público sob o regime de Weimar. [...] Mas ao final da análise que faz destas correntes, e de certos ensaios mais recentes, Friedrich Müller constata, a justo título, que estas tentativas permaneceram, em essência, como afirmações globais, como visões teóricas demasiado gerais para conduzir a uma teoria praticável da norma, quer dizer diretamente utilizável para o desenvolvimento de uma metodologia jurídica.¹⁷⁹

Gustavo Just reconhece Müller (ao lado de outros juristas já mencionados, como Hesse e Häberle) como um dos protagonistas da chamada “Jurisprudência Hermenêutica”, movimento pós-positivista e antiformalista tipicamente germânico dos anos 60 e 70. A esse respeito, afirma Just o seguinte:

O que se quer designar com a expressão “jurisprudência hermenêutica” (doravante: JH) é a ampla corrente teórica, constituída principalmente ao longo das décadas de 1960 e 1970, em cujo âmbito a teorização da interpretação e dos raciocínios jurídicos foi reorientada sob influência direta da filosofia hermenêutica, e em especial do pensamento de Hans-Georg Gadamer. Essa corrente, que dominou amplamente a

¹⁷⁹ JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller: método jurídico sob o paradigma pós-positivista. In: MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 218-219.

“nova querela metodológica” alemã e que conta entre seus protagonistas os nomes de Josef Esser, Karl Larenz, **Friedrich Müller**, Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, Martin Kriele, Reinhold Zippelius, Konrad Hesse, Peter Häberle e Horst Ehmke, insere-se no contexto de um vasto movimento antiformalista que se configura e se desdobra no segundo pós-guerra, e que constitui um dos traços mais marcantes da teoria e da filosofia do direito naquele período, sobretudo na Alemanha.¹⁸⁰¹⁸¹ **(negrito nosso)**

Müller, em sua “Teoria Estruturante do Direito”, compreende justamente que a interpretação (notadamente a constitucional, mas também a infraconstitucional) é praticada através de um processo de concretização, diante de um “caso concreto”, único, no qual a própria realidade é incorporada ao material contido nos dispositivos jurídicos. Haveria, portanto, um espaço de criatividade judicial, sem se degenerar, porém, para a mera arbitrariedade. Em verdade, Müller formula um método sofisticado, composto de várias etapas, para garantir a racionalidade das decisões, mesmo diante de um procedimento de concretização. Na prática, contudo, a ideia de uma concretização normativa raramente é encontrada na jurisprudência pátria com todas as suas etapas esmiuçadas, mas apenas em linhas gerais (o que não é diferente na ADPF 54/DF, razão pela qual tais estágios não serão pormenorizados no presente trabalho). A esse respeito, Hesse (que, como já mencionado, também integra a JH), afirma o seguinte:

La interpretación constitucional es “concretización” (Konkretisierung). Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la “realidad” de cuya ordenación se trata [...]. En este sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su

¹⁸⁰ JUST, Gustavo. Da hermenêutica filosófica à nova vulgata metodológica do direito público: o itinerário de uma contingência histórica. In: ADEODATO, J. M.; BITTAR, E.. (Org.). **Filosofia e teoria geral do direito**: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 501.

¹⁸¹ Just continua sua explicação sobre a JH tratando dos seus principais aspectos: “Um primeiro aspecto desse antiformalismo diz respeito à concepção da práxis decisória e do raciocínio que lhe corresponde, em que desempenha um papel agora central a crítica (já presente mas relegada a um segundo plano em escolas mais antigas) da ideia de que a decisão judicial é ou pode ser obtida ou racionalmente fundamentada, sempre ou como regra geral, segundo um enunciado puramente dedutivo, axiologicamente neutro, a partir de um enunciada normativo contido na lei ou dela extraído. O segundo aspecto é o enquadramento dessa concepção axiológica ou material da aplicação por uma epistemologia de orientação antiformalista, que se traduz pelo abandono do projeto de fundar uma ciência jurídica conforme ao paradigma lógico-empírico, e da qual decorre a introdução de eixos de reflexão estranhos ao sentido geometrizar do racionalismo próprio desse paradigma, tais como a tópica e o “pensamento problemático”, o concreto e a concretização, a “lógica material”, o direito como “saber prático”, os princípios etc. - *Idem*.

*interpretación: ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma.*¹⁸²

*[...] “Comprender” y, con ello, “concretizar” sólo es posible con respecto a un problema concreto. El intérprete tiene que poner en relación con dicho problema la norma que pretende entender, si quiere determinar su contenido correcto aquí y ahora. Esta determinación, así como la “aplicación” de la norma al caso concreto, constituyen un proceso único y no la aplicación sucesiva a un determinado supuesto de algo preexistente, general, en sí mismo comprensible. No existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos.*¹⁸³

Sobre o conceito de “normatividade”, o jurista germânico entende que ele se mostra essencialmente dinâmico, na medida em que representa tanto a qualidade da norma de influenciar a realidade, como de ser por ela influenciada. Nas palavras do próprio Müller:

“Normatividade” designa a qualidade *dinâmica* de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada. Com isso a pergunta pela relação entre direito e realidade já está dinamizada no enfoque teórico e a *concretização* prática é concebida como *processo real* de decisão.¹⁸⁴

Como se percebe, portanto, a norma, para Müller, não pode ser dada previamente, em um dispositivo legal ou constitucional qualquer. Isso porque, para ele, o texto só pode ser um ponto de partida para a sua construção, a qual sempre será dada, portanto, concretamente, como resultado de um processo interpretativo, a partir de uma consideração da realidade circundante. Nesse sentido, a passagem abaixo, de Olivier Jouanjan, sintetiza bem, tudo o que tem sido colocado:

Esta teoria repousa sobre a ideia fundamental que a norma jurídica não se identifica ao texto de norma (texto da lei, texto da Constituição, ou mesmo texto do preceito costumeiro), mas ela é o resultado de um trabalho, no sentido econômico, produtivo do termo. Não se trata, porém, aqui de um trabalho de *extração* da norma a partir do

¹⁸² HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 40-41.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 42.

¹⁸⁴ MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. *Op. cit.* p. 36.

material bruto dos textos (reencontrar a norma que *conteria* anteriormente o texto). Trata-se de um trabalho de *construção*. Este trabalho de construção é designado pela palavra “concretização”. A norma não é ponto de partida da concretização, mas seu resultado.

Pode-se tomar esta imagem: para a teoria estruturante do direito, é tão absurdo pensar que a norma preexiste a este trabalho do jurista (“o obreiro do direito”) quanto pensar que a casa estaria desde já no projeto do arquiteto. A norma não está, portanto, no texto, mas ela é o resultado de sua concretização, significa dizer o resultado, em um caso dado, do emprego de métodos jurídicos.¹⁸⁵

Pouco depois, Jouanjan ainda resume a mesma ideia em termos mais técnicos, tipicamente müllerianos, como se observa a seguir:

A norma deve, portanto, ser formulada para o caso concreto a partir de um trabalho sobre os textos, de uma parte, significa dizer sobre os *dados linguísticos* (*Sprachdaten*), e de um trabalho sobre os dados fáticos, os *dados reais* (*Realdaten*). Deste duplo trabalho resulta a *estrutura da norma* em um *programa normativo* (resultado do trabalho de interpretação) e um *campo normativo* (resultado de um trabalho de análise do segmento da realidade referida).¹⁸⁶

Concluída a explicação a respeito da interpretação histórico-evolutiva, algumas palavras são devidas em relação ao método da interpretação conforme a constituição.

3.2.4 A interpretação conforme a Constituição

A técnica da interpretação conforme a Constituição é utilizada no âmbito do controle de constitucionalidade, o qual, como já destacado, foi idealizado por Hans Kelsen ainda no período entreguerras, contudo só se tornou central no universo jurídico com a ascensão do pós-positivismo, após a 2ª guerra mundial. Nesse sentido, a referida técnica é também, por certo, enquadrável dentro desse último.

¹⁸⁵ JOUANJAN, Olivier. **De Hans Kelsen a Friedrich Müller: método jurídico sob o paradigma pós-positivista.** *op. cit.* p. 221.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 222-223.

A proposta da interpretação conforme é bastante curiosa. Parte-se da já consagrada distinção entre texto e norma e se observa que um determinado dispositivo legal comporta incertezas e variações interpretativas. Desse modo, procura-se restringir o âmbito da norma a partir da eliminação de um ou mais sentidos interpretativos, sem, entretanto, declarar a inconstitucionalidade do determinado dispositivo legal, nem mesmo de parte do seu texto. Sendo assim, cria-se uma modalidade menos traumática de exercício do controle de constitucionalidade.

A jurisprudência e a doutrina constitucional contemporânea vêm destacando a evolução de uma rígida dicotomia entre decisões de inconstitucionalidade e de constitucionalidade em prol de uma visão gradualista, que, embora mantenha as referidas decisões em polos opostos de um gradiente, contém “modalidades atípicas de decisão” que se situam em pontos intermediários. Citem-se a interpretação conforme a Constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e as sentenças aditivas e modificativas. Essas técnicas de decisão têm em comum o fato de apartarem-se da figura do “legislador negativo”, visto que através delas o órgão judicial manipula a norma editada pelo legislador, modificando-a.¹⁸⁷

Interessante observar as distinções entre a “interpretação conforme a constituição” e a “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”. Na prática, todavia, a opção por uma ou por outra depende mais da preferência do intérprete do que das diferenças conceituais entre ambas, pois, como percebe Rodrigo Brandão, “a distinção tende a ser bastante fluída”.

Através da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto Judiciário também comprime o âmbito de incidência da regulação normativa. Embora parte da doutrina a distinga da interpretação conforme a Constituição, pois, naquela restariam excluídas incidências da norma, enquanto nesta seriam afastadas interpretações, na prática a distinção tende a ser bastante fluida, redundando ambas em processos lógicos que se reconduzem à redução teleológica.¹⁸⁸

Há, todavia, quem não considere a distinção de pouca relevância. Apesar de descrever ambas as técnicas de modo semelhante ao acima exposto, Dirley da Cunha julga um equívoco

¹⁸⁷ BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. **Direito, Estado e Sociedade**. Revista de Direito da PUC. n. 44, jan/jul 2014, p. 196. Disponível em: <https://app.vlex.com/#WW/vid/566313566/graphical_version>. Acesso em: 02.01.2018.

¹⁸⁸ BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. *Op. cit.* p. 198.

tratá-las de modo semelhante. Em suas palavras, apresenta os dois métodos da seguinte maneira:

Ambas as técnicas compartilham do mesmo objetivo que é a preservação de uma norma, aparentemente inconstitucional, no sistema jurídico. Mas distinguem-se quanto ao modo de correção dos vícios de inconstitucionalidades.

Com base na técnica da “**interpretação conforme a Constituição**”, que somente se aplica em face de normas polissêmicas ou plurissignificativas (normas que ensejam diferentes possibilidades de interpretação), o órgão de controle elimina a inconstitucionalidade excluindo determinadas “hipóteses de interpretação” (exclui um ou mais sentidos inconstitucionais) da norma, para lhe emprestar aquela interpretação (sentido) que a compatibilize com o texto constitucional. [...]

Já a técnica da “**declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto**” tem sido utilizada para afastar determinadas “hipóteses de aplicação ou incidência” da norma, que aparentemente seriam factíveis, mas que a levaria a uma inconstitucionalidade, porém sem proceder a qualquer alteração do seu texto normativo. Aqui já não se está afastando meros sentidos interpretativos da norma, mas subtraindo da norma determinada situação, à qual ela em tese se aplicaria.¹⁸⁹

Como será observado no capítulo seguinte, a ADPF 54/DF teve seu pedido julgado procedente, a fim de se “declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”, como se extrai do acórdão. No momento adequado, essa informação será devidamente esmiuçada. Por ora, basta observar a utilização de uma técnica de interpretação conforme a Constituição para o presente julgado. Essa informação, por si só, já demonstra a presença de um método pós-positivista no caso em análise. Reserva-se, porém, ao momento devido aos pormenores da investigação argumentativa realizada sobre a estudada decisão. No capítulo seguinte, serão apresentadas algumas noções gerais sobre o instrumento da ADPF e, especificamente, sobre a ADPF 54/DF.

¹⁸⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Distinções entre as Técnicas da "Interpretação Conforme a Constituição" e da "Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto"**. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152105770/distincoes-entre-as-tecnicas-da-interpretacao-conforme-a-constituicao-e-da-declaracao-parcial-de-inconstitucionalidade-sem-reducao-de-texto>>. Acesso em: 02.01.2018.

4 O CASO

4.1 SOBRE O INSTRUMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)

Antes de adentrar nas noções gerais sobre o caso em pauta, deve-se tecer alguns comentários introdutórios a respeito do instrumento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a fim de favorecer a adequada compreensão daquele.

Trata-se, desse modo, de uma das ferramentas de controle de constitucionalidade previstas na atual CF/88, cujo julgamento compete ao Supremo, como se observa no seu art. 102, §1º:

Art. 102, CF - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

Posteriormente, o STF compreendeu que a norma referida possuía eficácia limitada, o que ensejou a edição da Lei 9.882, de 1999, com o propósito de regulamentar o rito da ADPF.

Quanto ao sentido da expressão “preceito fundamental”, surgiu, na época, uma incerteza quanto ao seu conteúdo e alcance, em razão da omissão da CF/88 e da Lei 9.882/99 a esse respeito. De modo geral, contudo, ela costuma ser compreendida em um sentido mais amplo do que simplesmente “direitos fundamentais” ou mesmo “princípios fundamentais”. Nesse sentido, a seguinte passagem do artigo de Nilson Guimarães a esse respeito esclarece bem esse ponto:

A ADPF destina-se a proteger os preceitos fundamentais. Surge, então, a questão em torno da definição de *preceito fundamental*. A questão deve ser solucionada a partir de uma compreensão de valores, pois, *a priori*, toda norma constitucional é fundamental. Porém, os preceitos fundamentais são aqueles que estão ligados

diretamente aos valores supremos do Estado e da Sociedade. Preceito fundamental não significa o mesmo que a expressão princípio fundamental. Trata-se de conceito mais amplo, abrangendo todas as prescrições que dão sentido básico à ordem constitucional. Assim, pode-se conceituar preceito fundamental como toda norma constitucional – norma princípio ou norma regra – que serve de fundamento básico para a conformação e preservação da ordem política e jurídica do Estado.¹⁹⁰

Quanto ao objeto da ADPF, dispõe a Lei 9.882/99 o seguinte:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

No caso em análise, o objeto consiste justamente no ato do Poder Público referente ao conjunto normativo obtido dos arts. 124, 126, *caput* e 128, I e II do Código Penal (logo, uma lei federal) e, mais precisamente, na interpretação praticada em diversos julgados, tida como inadequada pelo advogado da Autora, que aplica os referidos dispositivos à hipótese de antecipação de parto de feto anencéfalo.¹⁹¹

Enquadra-se, ademais, o presente caso na modalidade autônoma da ADPF, e não na sua modalidade incidental. A respeito das distinções entre ambas, pode-se observar o seguinte:

(...) a doutrina tradicionalmente divide a arguição de descumprimento de preceito fundamental em duas modalidades no que se refere ao tipo de controle de constitucionalidade que exerce. Dessa forma, existiriam: a *arguição autônoma*, espécie de controle objetivo (concentrado e abstrato) de constitucionalidade de ato do Poder Público e uma *arguição incidental*, que se caracteriza por proporcionar um "controle concentrado e concreto de constitucionalidade". Haveria, portanto, uma natureza dúplice na arguição de descumprimento. Como aponta Daniel Sarmento:

¹⁹⁰ GUIMARÃES, Nilson Jorge Costa. **A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Breve análise sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental**: conceito, principais aspectos, modalidades. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2508/A-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>>. Acesso em: 28.12.2017.

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Petição Inicial da ADPF 54/DF**, pp. 9-10 (na contagem original da peça). Disponível em PDF em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>>. Acesso em: 15.12.2017. Referente ao seguinte acórdão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. Relator: MELLO, Marco Aurélio. DJe: 30.04.2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807932/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df-stf/inteiro-teor-112281184?ref=juris-tabs>>. Acesso: 04.09.2017.

“A arguição autônoma constitui típica hipótese de processo objetivo, vocacionada ao controle abstrato de constitucionalidade, à semelhança da ADIN, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da ADIN por Omissão. Ela deve ser utilizada exatamente nas hipóteses em que estas outras ações constitucionais não forem cabíveis, ou não se revelarem idôneas para afastar ou impedir a lesão a preceito fundamental da Constituição, consoante o disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

Já a Arguição Incidental, cuja existência infere-se da leitura de diversos dispositivos esparramados assistematicamente pelo corpo da lei, como o art. 5º, § 3º, e o 6º, § 1º, representa um mecanismo destinado a provocar a apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre controvérsia constitucional relevante, que esteja sendo discutida em processo submetido a qualquer juízo ou tribunal, quando inexistir outro meio idôneo para sanar a lesividade ao preceito fundamental. (...)”¹⁹²

Interessante salientar, também, já em consonância com a citação anterior, o caráter subsidiário da ADPF, que não deve ser ajuizada quando houver outro meio igualmente apto para sanar uma determinada lesividade, como, por exemplo, outras ações de controle de constitucionalidade. A esse respeito, a passagem colacionada abaixo:

Por último, tem-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), também pertencente ao controle concentrado de constitucionalidade, porém com uma característica muito peculiar, que é o *princípio da subsidiariedade*, que está prevista no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, que dispõe não se admitir a ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade [...].¹⁹³

Observe-se ainda que:

No caso de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental, o art. 3º, V, da Lei n. 9.882/99, prevê que deve acompanhar a petição inicial a comprovação da existência da controvérsia. Nesta hipótese o objeto é comprovado pela relevância e a amplitude da controvérsia em âmbito nacional, sendo este a maioria dos casos enfrentados pelo STF [...].¹⁹⁴

¹⁹² LEAL, Mônia Clarissa Hennig; STEIN, Leandro Konzen. A Polêmica em torno da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Incidental: existência, localização e eficácia. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí/SC. vol. 14. n. 2. 2º quadrimestre de 2009, pp. 157-158. Disponível em: <https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/leandro+stein+adpf/WW/vid/69909134/graphical_version>. Acesso em: 21.12.17.

¹⁹³ CARRILHO JÚNIOR, Paulo Almeida. ADPF - Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Conceito de preceito fundamental. Fundamento lógico-transcendental da validade da constituição jurídico-positiva. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10158&revista_caderno=9>. Acesso em: 28.12.17.

¹⁹⁴ *Idem*.

Quanto à legitimidade ativa para a propositura da ADPF, de acordo com o art. 2º da Lei 9.882/99, estão aptos os mesmos sujeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, quais sejam:

Art. 103, I-IX, CF/88/ Art. 2º, Lei 9882/99 - I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do DF; V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Já, no tocante à legitimidade passiva tem-se:

Já os legitimados passivos da ADPF são as autoridades, órgãos ou entidades responsáveis pela prática do ato questionado ou pela omissão impugnada. O Advogado-Geral da União deve desempenhar o mesmo papel exercido no caso de ADIN genérica, ou seja, deve atuar como curador da presunção de constitucionalidade do ato questionado, seja ele normativo ou não.¹⁹⁵

Em relação ao procedimento da ADPF, deve ela se iniciar com uma “petição que satisfaça os requisitos do art. 3º da Lei 9.882/99. Não sendo o caso de arguição ou faltando à inicial alguns de seus requisitos, o relator poderá indeferi-la de plano, por decisão sujeita a agravo regimental (art. 4º, §2º)”¹⁹⁶.

Vale ressaltar, por fim, que, de acordo com o art. 10 da Lei 9.882/99, o imediato cumprimento da decisão deverá ser determinado pelo Presidente do Tribunal (§1º), e “a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público” (§3º). A decisão do julgamento, ademais, é irrecorrível (art. 12).

Finalizada essa breve apresentação sobre o instrumento da ADPF, parte-se para as noções preliminares sobre a ADPF 54/DF.

¹⁹⁵ GUIMARÃES, Nilson Jorge Costa. **A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Breve análise sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental:** conceito, principais aspectos, modalidades. *Op. cit.* Acesso em: 28.12.2017.

¹⁹⁶ *Idem.*

4.2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O CASO

O presente capítulo, bem mais curto que o seguinte, terá como objetivo, inicialmente, a apresentação do caso ao leitor, seguida de uma breve explicação sobre o instrumento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e, por fim, uma exposição dos resultados obtidos no que concerne já à primeira camada discursiva.

O caso selecionado para análise nesta dissertação foi a ADPF 54/DF, julgada pelo plenário do STF nos dias 11/04/2012 e 12/04/2012. Trata-se, como já mencionado na Introdução, de um dos julgamentos do STF mais relevantes dos últimos anos, o qual gerou um acórdão de 500 páginas, nas quais se encontra um vastíssimo material para estudos de cunho interpretativo e argumentativo, razão pela qual foi, dentre tantos outros, o escolhido.

A respeito desse tema, muito interessante se mostra a leitura da obra de Pablo Falcão, escrita como dissertação de mestrado no PPGD da UFPE, sob orientação do Prof. Torquato Castro Jr. Na realidade, o referido trabalho foi concluído em 2007, portanto, anteriormente ao julgamento em pauta (2012) e mesmo às sessões das audiências públicas (2008). Observe-se, nesse sentido, que a ação já havia sido proposta desde 2004, razão pelo qual já era de conhecimento de Falcão naquela época.

Ocorre que, já em 2004, no curso da ADPF 54/DF, o Min. Marco Aurélio proferiu uma decisão liminar a respeito da questão, posteriormente cassada, sobre a qual se debruça Falcão. Ademais, sua abordagem retórica – ainda que sob uma proposta metodológica distinta daquela utilizada no presente trabalho, haja vista Gustavo Just só a ter publicado em artigo de 2016 – demonstra mais um ponto de afinidade com o atual trabalho, o que reforça a recomendação para a sua leitura.¹⁹⁷ A respeito da análise empreendida em sua dissertação, observa Falcão o seguinte:

¹⁹⁷ Ainda no ensejo da sugestão da leitura da obra, apresenta-se o seu resumo, com fins de estímulo ao interesse do leitor: “A pesquisa procura discutir a peculiar racionalidade que permite às teorias da personalidade jurídica argumentarem com base nas retóricas da condicionalidade e da incondicionalidade vital quanto à temática do nascituro meroencefálico, portador de má-formação no fechamento de seu tubo neural. Medita em um contexto de transição entre os paradigmas, moderno ou da simplicidade e pós-moderno ou da complexidade, apontando às limitações dos conceitos e sentidos jurídicos tradicionais tendo por parâmetro níveis razoáveis de

Este estudo visa focar o estado atual do debate jurídico no Brasil em torno da anencefalia, deformidade fetal grave, geradora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54, de 16 de junho de 2004, promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, ainda em tramitação, aguardando apreciação do mérito.

Nosso objeto será a Liminar concedida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, em 1º de julho de 2004, pois, mesmo está tendo sido cassada em 20 de outubro de 2004, pode indicar a tendência de voto, no julgamento que se avizinha, dos também Ministros Carlos Ayres Britto e Celso de Mello, vencidos na cassação supramencionada.¹⁹⁸

Retomando as noções introdutórias sobre o caso, verifica-se que, no polo ativo, a requerente da ADPF 54/DF foi a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), entidade sindical de terceiro grau do sistema confederativo, representada por seu advogado, Luís Roberto Barroso.

No polo passivo – como preceitua as regras de procedimento da ADPF referentes à legitimidade –, a autoridade responsável pela prática do ato questionado, que se trata, no caso concreto, da figura do Presidente da República (que, à época do julgamento, era Dilma Rousseff), representado pelo Advogado-geral da União (à época, Luís Inácio Lucena Adams).

O relator do processo foi o Ministro Marco Aurélio Mello. O então Presidente do STF era o Ministro Cezar Peluso.

Esteve igualmente presente e se pronunciou na sessão de julgamento o Ministério Público Federal, representado pelo Procurador-Geral da República, à época o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

A Requerente considerou violados os seguintes preceitos fundamentais: dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal – CF); legalidade, liberdade e autonomia da

eficácia/legitimidade jurídico-decisional. Realiza, por meio da Teoria da Dupla Ruptura Epistemológica, de autoria do Professor Doutor Boaventura de Souza Santos, dois movimentos investigativos: o da hermenêutica de recuperação pragmática e o da hermenêutica de suspeição epistêmica. O primeiro resgata o uso jurídico da retórica dos saberes marginalizados pelo paradigma em crise, enquanto o segundo desenvolve uma crítica aos potenciais investigativos da dogmática jurídica tradicional, buscando sua desdogmatização. Segue com a análise do debate travado na ADPF, nº 54/2004 em nossa Corte Constitucional, diagnosticando altos índices de violência simbólica e uma postura mais ideológica do que racional no discurso forense. Propõe-se a delinear o perfil de uma micro-narrativa pós-moderna como via de enfrentamento da problemática em tela, constituída por três movimentos investigativos: uma pragmática, uma gnosiologia e uma hermenêutica da complexidade, que tenham à contingência do contexto contemporâneo, politicamente democrático e eticamente plural, como ambiente próprio de ação.” In: FALCÃO, Pablo Ricardo de Lima. **Nascituro Meroencefálico e STF: entre as retóricas da condicionalidade e da incondicionalidade vital e as vias para fixação de seu status jurídico**. 2007. 180 f. Tese de Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco/Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2007, p. 5.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 110-111.

vontade (previstos no art. 5º, II, da CF); e o direito à saúde (presente nos arts. 6º, *caput*, e 196 da CF).

Quanto ao ato do Poder Público apontado como violador dos preceitos fundamentais, foi evocado o conjunto normativo dos arts. 124 e 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal – Decreto-lei 2.848, de 07.12.1940 –, transcritos abaixo:

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena – detenção, de um a três anos.

(...)

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

(...)

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A violação decorreria, desse modo, do fato de diversos tribunais e juízos singulares aplicarem os referidos dispositivos penais diante da prática de antecipação terapêutica do parto de fetos portadores de má-formação denominada anencefalia, inviabilizadora de vida extrauterina (considerando-a, portanto, uma prática abortiva). Ademais, foram trazidas algumas cópias de julgados nesse sentido pela parte autora, incluindo o HC n. 32.159/RJ, apreciado pelo STJ.

Em suma, o pedido da Autora, portanto, foi no sentido de que o STF interprete conforme a Constituição os arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do CP, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, “reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado”, de tal modo que não subsista outra condição para a interrupção da gravidez além da própria vontade da mulher, resultante, assim, de sua escolha pessoal, com a consequente declaração de inconstitucionalidade de interpretação diversa, isto é, aquela que permaneça aplicando os dispositivos penais à referida conduta.

Registra-se, ademais, que várias entidades – representativas de diversos segmentos sociais, religiosos e científicos, inclusive aquelas que tiveram indeferido o pedido de intervenção no processo como terceiro – tiveram oportunidade de serem ouvidas em audiência pública, o que ocorreu em quatro sessões, nos dias 26/08/08, 28/08/08, 04/09/08 e 16/09/08. A

apreciação da fala de cada uma, todavia, foge ao objeto do presente trabalho, podendo ser mencionada apenas na medida em que for considerada no voto de algum dos ministros.

No relatório do Ministro Marco Aurélio, destaca-se o trecho em que se menciona todas as entidades que tiveram voz nas sessões das audiências públicas, incluindo aquelas habilitadas como *amicus curiae*:

Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas - CEMICAMP.¹⁹⁹

Em relação à conceituação técnica da anencefalia, certamente se pôde verificar diversas tentativas nos votos dos ministros, com base nas mais variadas fontes da medicina, de tal modo que algumas dessas informações poderão ser retomadas no próximo capítulo, na apresentação individual de cada voto.

Introdutoriamente, contudo, mostra-se desde já pertinente a exposição do conceito técnico do termo. Nesse sentido, buscou-se, em meio aos votos, uma conceituação adequada a essa primeira abordagem. Assim, merecem destaque alguns trechos do voto da Ministra Cármen Lúcia²⁰⁰, com base em especialistas na área médica, conforme transcrição verificada abaixo:

Para o Dr. H. William Taeusch, a anencefalia é a "malformação letal na qual a abóbada do crânio é ausente e o crânio exposto é amorfo" (Doenças do recém-nascido. São Paulo: Interamericana (obra coletiva, 4ª ed., 1979, p. 627), pelo que, levantamento feito por ele demonstra que "entre 75 e 80 por cento desses recém-nascidos são

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. Relator: MELLO, Marco Aurélio. DJe: 30.04.2013, pp. 23-24. Disponível em PDF em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807932/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df-stf/inteiro-teor-112281184?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04.09.2017.

²⁰⁰ A escolha foi feita pela pertinência da abordagem adotada pelos especialistas no voto da Ministra. Outros trechos dos votos de outros ministros, todavia, poderiam igualmente servir aos propósitos aqui visados.

natimortos e os restantes sucumbem dentro de horas ou poucos dias após o nascimento" (Ob. cit., p. 627). [...]

Em sua obra *'Anencefalia e interrupción dei Embarazo: análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente'*, os médicos argentinos Carlos Gherardi e Isabel Kurlat esclarecem o conceito de anencefalia:

*"La anencefalia es una de las alteraciones en la formación Del cerebro resultante de la falla en etapas precoces del desarrollo embrionario del mecanismo de cierre del tubo neural (...). La más grave de las patologías producidas por esta falla, la Craniorraquisquisis, resulta invariabilmente en la muerte fetal precoz. Le sigue en gravedad la anencefalia que se caracteriza por la falta de los huesos craneanos (frontal, occipital y parietal), hemisferios y la corteza cerebral. El tronco cerebral, y la médula espinal están conservados aunque en muchos casos la anencefalia se acompaña de defectos en el cierre de la columna vertebral (mielomeningocele). (...) En la anencefalia la inexistencia de las estructuras cerebrales (hemisferios y corteza) con la sola presencia del tronco cerebral provoca la ausencia de todas las funciones superiores del sistema nervioso central que tienen que ver con la existencia de la conciencia y que implican la cognición, la vida de relación, comunicación, afectividad, emotividad, con la sola preservación efímera de las funciones vegetativas que controlan parcialmente la respiración, las funciones vasomotoras y las dependientes de la médula espinal. [...]"*²⁰¹²⁰²

Como se sabe, a ação foi julgada procedente, a fim de “declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”, como se extrai do acórdão. A decisão, contudo, não foi unânime.

Votaram pela procedência da ação os Ministros Marco Aurélio Mello (relator), Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Britto.

Os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello foram votos vencidos, pois, apesar de julgarem procedente a ação, acrescentaram condições de diagnóstico de anencefalia, propostas pelo Ministro Gilmar Mendes, o que acabou não sendo aceito pela maioria.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *op. cit.* pp. 206-208.

²⁰² Observe-se também a seguinte passagem, de cunho técnico-científico, a respeito da anencefalia, escrita por um especialista na área de Bioética (mais especificamente Vice-presidente da Sociedade Brasileira de Bioética): “Por sua etimologia grega, sinteticamente o termo refere uma condição em que a um ser falta algo (an) dentro (en) da cabeça (kefalé). Com referência a seres humanos, a anencefalia significa a falta de encéfalo, que por sua vez é a parte do sistema nervoso central substancialmente contida no crânio; em linguagem científica, inclui o “cérebro, o cerebelo, a ponte de Varólio e o bulbo ou medula oblongada”. A anencefalia é uma má conformação do feto durante a gestação. Ela pode ser atualmente diagnosticada ao menos a partir da 12ª semana de gestação. Uma característica de aparência do feto nesse caso é não ter a calota craniana (ossatura que cobre a cabeça) e ausência substancial do cérebro (parênquima cerebral).” *In*: ANJOS, Márcio Fabri dos. *Anencefalia e Bioética: visitando argumentações*. **Revista Bioethikos**, Centro Universitário São Camilo, 2012; 6(2), pp. 154-155. Disponível em: <<https://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/94/a4.pdf>>. Acesso em: 15.01.2018.

Por outro lado, os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente) a julgaram improcedente, sendo, portanto, igualmente votos vencidos. Notifica-se, por fim, que se encontrava impedido o Ministro Dias Toffoli.

Segue abaixo a ementa da ADPF 54/DF:

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

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 12 de abril de 2012.

MINISTRO MARCO AURÉLIO

Relator²⁰³

Concluídos os esclarecimentos introdutórios sobre o caso em estudo, segue já uma apresentação dos resultados da investigação a seu respeito no que concerne ao conflito e à decisão interpretativos (1ª camada discursiva).

4.3 O CONFLITO E A DECISÃO INTERPRETATIVOS (1ª CAMADA)

A primeira camada discursiva, referente à decisão interpretativa, perante um conflito sobre o qual se debruça o jurista, é certamente bem mais simples de ser apresentada, se comparada com as posteriores.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *op. cit.* pp. 1-2.

No caso em pauta, o conflito interpretativo foi proposto ao STF, por se tratar do órgão competente para o julgamento de uma ação dessa natureza. Assim, os ministros do Supremo se depararam com a seguinte questão: a interrupção de parto de feto anencéfalo deve (ou ao menos pode) ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, configurando-se a prática do aborto? Ou, sendo ainda mais preciso, a interpretação que compreende a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como conduta abortiva, tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, deve ser (a partir de uma interpretação conforme a Constituição) declarada inconstitucional?

Diante dessa questão, os ministros do STF devem proceder a uma decisão interpretativa, a partir de uma escolha entre, ao menos, duas respostas. Ademais, uma terceira opção ainda foi apresentada. São elas:

- I) A interpretação que compreende a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como conduta abortiva, tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, deve ser (a partir de uma interpretação conforme a Constituição) declarada inconstitucional. Logo, deve ser dada procedência ao pedido formulado pela Autora na ADPF 54/DF (posicionamento adotado pelos Ministros Marco Aurélio Mello – relator –, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Britto).
- II) A interpretação que compreende a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como conduta abortiva, tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, **NÃO** deve ser declarada inconstitucional. Logo, deve ser **NEGADA** procedência ao pedido formulado pela Autora na ADPF 54/DF (posicionamento adotado pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso – presidente).
- III) A interpretação que compreende a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como conduta abortiva, tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, deve ser (a partir de uma interpretação conforme a Constituição) declarada inconstitucional, porém devem ser também **especificadas determinadas condições a respeito da adequada regulamentação do reconhecimento da anencefalia por parte do Ministério da Saúde**. Logo, deve ser dada procedência ao pedido formulado pela Autora na ADPF 54/DF, **contudo com as referidas ressalvas quando da sua aplicação** (posicionamento adotado pelos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello).

Naturalmente, cada uma dessas três respostas, referentes às decisões interpretativas tomadas pelos ministros, podem ser sustentadas por argumentos diversos, combinados ou separados, o que alterará, inclusive, o fundamento técnico-penal sob o qual a interpretação será apresentada. A título de exemplo, um determinado ministro pode argumentar a favor da procedência da ADPF 54/DF, a partir de um argumento que ressalte a atipicidade²⁰⁴ da conduta em discussão ou mesmo uma hipótese de exclusão da antijuridicidade – alegando-se, por exemplo, estado de necessidade²⁰⁵ –, ou um fator de exclusão da culpabilidade – em razão de inexigibilidade de outra conduta –, possivelmente, arguindo-se uma causa supralegal de inexigibilidade²⁰⁶, a figurar como uma terceira hipótese (de cunho jurisprudencial) de exceção ao crime de aborto, a partir de uma decisão com efeitos aditivos. Esse aprofundamento, contudo, extrapola a decisão interpretativa (1ª camada discursiva), sendo, pois, assunto do próximo capítulo.

Os pormenores técnico-penais, todavia, mesmo no próximo capítulo, não serão o foco da discussão, sendo mencionados sem um maior aprofundamento, na medida em que forem suscitados pelos ministros. Isso porque a investigação se volta predominantemente aos métodos argumentativos jurídicos e extrajurídicos utilizados (e já referidos), os quais prescindem de uma análise mais técnica de certos conceitos penais para a sua compreensão.

²⁰⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 146-156.

²⁰⁵ *Ibidem*, pp. 184-190.

²⁰⁶ *Ibidem*, pp. 231-232.

5 OS VOTOS (APRESENTAÇÃO INDIVIDUAL)

5.1 ESCLARECIMENTOS METODOLÓGICOS PRÉVIOS

Após a abordagem da primeira camada discursiva, que se debruçou sobre os conflitos e as consequentes decisões interpretativas, desenvolvida no último tópico, o atual capítulo tem a finalidade de realizar uma apresentação dos argumentos utilizados no voto de cada um dos ministros.

Superada essa primeira etapa, portanto, procede-se à análise das segunda e terceira camadas, que dizem respeito, respectivamente, aos modelos interpretativos (*IM*) e aos argumentos não codificados juridicamente (*LNCA*).

Dentre os primeiros, figuram os argumentos propriamente jurídicos. Ao menos três grandes correntes podem ser destacadas: a “tradição dos brocardos”, os “métodos clássicos (positivistas)” e a “metodologia pós-positivista”.

No que se refere à tradição dos brocardos (também conhecidos como provérbios, axiomas, parêmiias), pode-se afirmar que se trata de um modelo argumentativo originado em tempos imemoriais, que mantém, mesmo atualmente, uma importância prática residual no discurso forense, devido à autoridade da tradição. Em suma, os brocardos são antigas máximas de teor vago, tópico – logo, não sistematizado –, facilmente oponíveis entre si e largamente admitidas – em razão de sua resistência aos séculos e de sua generalidade.

Nas palavras de Miguel Reale, “apesar das críticas e condenações veementes, os brocardos jurídicos continuaram a correr o foro, invocados em arestos e obras eruditas, de preferência em sua originária e sucinta veste latina, o que demonstra que algo há neles de válido, a merecer estudo desprevenido”²⁰⁷.

Ocorre que não se pôde verificar uma presença relevante deste tipo de argumentação no caso em estudo. Além de terem sido suscitados raras vezes ao longo do acórdão, os brocardos não se mostraram efetivamente importantes no desenvolvimento de qualquer raciocínio

²⁰⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 319.

principal nos votos dos ministros, razão pela qual não serão considerados no estudo dos modelos interpretativos doravante desenvolvido.

Os métodos clássicos consistem nas já mencionadas formulações de Savigny. Nesse sentido, serão buscados nos votos os seguintes tipos de raciocínio interpretativo: **“gramatical”**, **“histórico”**, **“sistemático”** e **“teleológico”**. Além deles, o método clássico de integração do direito, a **“analogia”**, sabidamente admitido por Savigny, também será procurado dentre os argumentos dos ministros.

Os métodos pós-positivistas são bastante heterogêneos e envolvem autores de diferentes escolas. Apesar disso, serão levados em consideração os trabalhos de alguns dos autores mais destacados, apesar dos distintos contextos jurídicos: Ronald Dworkin e Robert Alexy, já explanados no presente trabalho. Isso, contudo, limitaria consideravelmente as buscas, já que muitos dos conceitos desenvolvidos por esses juristas são utilizados de maneira genérica, isto é, fora do âmbito geral de suas teorias, sem a devida menção aos seus nomes ou aos de outros juristas.

Dessa maneira, a procura será mais genérica e envolverá alguns conceitos associados a suas teorias, sem a necessária menção a essas últimas. Merecem destaque os conceitos da **“Ponderação de Princípios”**, **“direitos fundamentais”**, **“Princípio da Proporcionalidade”**, **“adequação”**, **“necessidade”**, dentre outros possíveis – os quais serão devidamente destacados e justificados, caso sejam verificados (a sua pertinência às teorias dos referidos autores terá como base, portanto, a explicação doutrinária delas, já apresentadas no segundo capítulo).

Por fim, ainda dentro do pós-positivismo, serão procurados nos votos os seguintes tipos de raciocínio: **“interpretação histórico-evolutiva”** e **“interpretação conforme a constituição”** (as aparições dessa última, por questões didáticas, serão observadas sobretudo no capítulo final), ambas igualmente explicadas no segundo capítulo.

Dentre os modos argumentativos não codificados juridicamente, pode-se imaginar um rol quase ilimitado. Entretanto, a fim de estabelecer critérios à pesquisa, foram selecionados alguns deles, particularmente os que mostraram maior relevância ao caso: **“técnico-científico”** (mormente aqueles argumentos relacionados à medicina e biologia); **“histórico”** (entende-se adequada uma categoria separada para ele, fora do técnico-científico); **“filosófico”**; **“religioso”** e **“axiológico (moral)”**.

Compreende-se pertinente a essas categorias qualquer raciocínio, expresso ou tácito, que se fundamente em dados a elas inerentes.

No que se refere à última categoria destacada, será considerado qualquer raciocínio, expresso ou tácito, que deixe transparecer uma carga moral, axiológica, sobretudo pelo uso de adjetivos fortemente “emotivos”. Associa-se, pois, ao elemento discursivo do “*pathos*”²⁰⁸, isto é, da tentativa de transmitir no leitor um determinado sentimento (estado emocional) favorável à adesão ao discurso. Esse tipo de argumentação se mostra, de modo geral, acessória, aparecendo frequentemente ao lado de outras modalidades.

O estudo, portanto, será realizado a partir de uma investigação sobre a ocorrência de cada um desses elementos argumentativos no voto de cada ministro, devidamente distribuídos nas segunda e terceira camadas discursivas referidas, bem como, dentro delas, nas outras subclassificações: argumentação clássica/pós-positivista; argumentação técnico-científica/histórica/filosófica/religiosa/axiológica (moral).

Observe-se que não se pode confundir uma argumentação histórica dentro dos métodos clássicos (2ª camada) com uma inerente aos argumentos não codificados juridicamente (3ª camada). A primeira diz respeito diretamente ao processo de criação legislativa ou à comparação com legislações anteriores; a segunda consiste em alusões históricas gerais, sobre os mais diversos temas e contextos. Em suma, a primeira é realizada dentro do âmbito jurídico, a segunda não.

Vale salientar, ademais, que o tipo de investigação realizada nesse ponto será predominantemente qualitativo. Isso porque não foi possível encontrar marcadores textuais suficientemente seguros para uma análise quantitativa. Como já mencionado, muitos dos argumentos aparecem de maneira tácita, sem serem devidamente anunciados, o que causa a referida dificuldade. Assim, uma investigação qualitativa, explicando o *modus argumentandi* de cada ministro dentro das camadas discursivas (os instrumentos argumentativos que foram e os que não foram usados por cada um), destacando os trechos mais relevantes do acórdão para

²⁰⁸ Aristóteles se refere a três elementos responsáveis pela fundamentação da retórica: o *logos*, o *ethos* e o *pathos*. O primeiro deles se refere propriamente ao conteúdo do discurso: as táticas e estratégias utilizadas para dar às palavras do orador um caráter persuasivo. O segundo diz respeito à virtude de caráter e confiabilidade transmitidas pela imagem, isto é, semblante, postura, vestimentas, etc. Finalmente, o último aspecto da retórica, aquele que de fato interessa a essa passagem, relaciona-se à capacidade que o orador precisa ter de provocar no auditório aqueles sentimentos que intenta transmitir. In: ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 53-58.

comprovar o que foi colocado, salientando ainda os argumentos principais e os secundários, mostra-se o caminho mais adequado para a presente dissertação.

Não obstante, será realizada, no capítulo final, uma tentativa de sintetizar os argumentos destacados nesta etapa em algumas tabelas, a fim de deixar a investigação ainda mais didática. Esse empreendimento, por outro lado, ao contrário do presente capítulo, apresentará, ainda que de maneira breve, um teor predominantemente quantitativo, como já destacado na introdução.

Por fim, não se pode deixar de registrar as limitações do estudo desempenhado, o qual, por se debruçar sobre votos particularmente extensos, deve filtrar o que, de fato, apresenta relevância minimamente acentuada, ante o risco de se escrever um verdadeiro tratado. Afinal, não é demais reforçar que o acórdão na íntegra possui 500 páginas. Apesar disso, acredita-se que a análise realizada abaixo cumprirá as expectativas, oferecendo, na medida do possível, um panorama abrangente e didático das argumentações desenvolvidas pelos ministros nas segunda e terceira camadas discursivas.

5.2 MIN. MARCO AURÉLIO MELLO (RELATOR) – (IM/LNCA)

O voto do Ministro Marco Aurélio, o relator da ADPF em estudo, foi o vencedor, de tal modo que a decisão foi proferida nos seus termos. Certamente, os diversos ministros, mesmo os que votaram em sentido semelhante, argumentaram com pequenas (mas observáveis) diferenças, o que será levado em conta na presente análise. Entretanto, por ter sido o voto condutor, o modelo argumentativo por ele empregado se sobressai diante dos demais, merecendo, portanto, uma atenção um pouco mais detida.

A estratégia argumentativa adotada por Marco Aurélio, dentro do âmbito dos modelos interpretativos (isto é, da 2ª camada discursiva), envolve três argumentos: um principal, um complementar e um “eventual” (utilizado apenas “por amor ao debate”). Ademais, algumas passagens secundárias esboçam outros argumentos dentro da 2ª camada, sem o destaque, contudo, desses três primeiros. Na realidade, são argumentos que, quase sempre, auxiliam o Ministro a chegar a seu “argumento-fim”, tratando-se, nesse sentido, de “argumentos-meio”.

Os três anteriormente destacados, por outro lado, mesmo o eventual e o complementar (apesar dos nomes), são “argumentos-fim”, pois poderiam, em tese, ser utilizados isoladamente, sem nenhum outro posterior, de tal modo que a complementaridade e a eventualidade deles são características, de certa maneira, acidentais do voto do Ministro.

No que se refere à 3ª camada discursiva, ou seja, aos argumentos não codificados juridicamente, o predominante certamente foi o técnico-científico, de cunho médico e biológico. Isso porque, levando-se em conta o teor do caso, que, já de início, contou com a contribuição de diversos especialistas da área da medicina (por meio do instituto do *amicus curiae*), não se poderia imaginar um voto sem o recurso a dados referentes a essa esfera. Apesar disso, o voto de Marco Aurélio utilizou também, ainda que de modo menos destacado, argumentos filosóficos, como será igualmente observado.

Em relação à possibilidade de utilização de argumentos religiosos, o Ministro a afasta, em razão da laicidade do Estado, como será também explicado. Por fim, as outras duas modalidades de argumentos não codificados juridicamente selecionadas para análise (axiológica e histórica), salvo eventuais passagens breves e secundárias, não se mostraram de fato importantes para o seu voto.

Após muita reflexão, optou-se por apresentar os argumentos da 2ª e 3ª camadas conjuntamente, em um único item (modelo que se repetirá nos demais votos), uma vez que seria muito difícil apresentá-los separadamente, já que estão, em grande medida, entrelaçados. Assim, a cada novo argumento apresentado, haverá a menção à modalidade na qual ele se enquadra, procurando-se, ademais, seguir, sempre que possível, a ordem na qual eles aparecem ao longo do voto.

Como será verificado, o argumento principal pode ser enquadrado dentre os positivistas, ao passo que os argumentos complementar e eventual pertencem à esfera argumentativa pós-positivista.

No que se refere, primeiramente, ao tema da laicidade do Estado brasileiro – o qual não figura entre um daqueles três argumentos principais do voto do Ministro, justamente por se tratar de uma questão introdutória (e não de um argumento-fim) – Marco Aurélio parte de uma interpretação histórico-comparativa e termina com uma interpretação conforme a Constituição. Ambas, portanto, encontram-se na 2ª camada discursiva (reitera-se que essa interpretação histórica se encontra no âmbito dos métodos clássicos, não podendo se confundir com uma

histórica de 3ª camada, isto é, extrajurídica). A primeira delas, dessarte, dentre os métodos clássicos, ao passo que a segunda dentre os métodos pós-positivistas.

A interpretação histórico-comparativa consiste no apontamento da evolução da questão religiosa nas constituições pátrias desde a Constituição Imperial, de 1824. Assim, se, nesse primeiro momento, o Império estabeleceu a Religião Católica Apostólica Romana como sua religião oficial, tornando-se, nas palavras do Ministro, um “Estado religioso relativamente tolerante”²⁰⁹, já a partir da primeira constituição republicana (1891), o Estado brasileiro estabeleceu a laicidade como um de seus princípios, mantendo-a em todos os textos constitucionais subsequentes.²¹⁰

Em seguida, Marco Aurélio chega finalmente à atual Constituição, iniciando a segunda interpretação, qual seja, a conforme. Nesse sentido, a partir do texto constitucional de 1988, o Ministro salienta a sua consagração não apenas da “liberdade religiosa”, como também do “caráter laico do Estado”, e cita os **arts. 5º, caput e inciso VI, e 19, caput e inciso I**, todos da **CF/88**.²¹¹

Desse modo, a partir de uma interpretação conforme a CF/88, defende a impossibilidade jurídica de se analisar sob uma ótica religiosa a questão da antecipação do parto de feto anencéfalo no Código Penal, devido ao caráter laico do Estado brasileiro, constitucionalmente consagrado.²¹²

Em relação ao argumento principal, constata-se que ele consiste na tentativa de descaracterizar o possível teor abortivo da conduta em discussão. Assim, já no início do seu voto, o Ministro alega que existe uma distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto (sendo essa última a conduta em juízo), a qual não pode, igualmente, ser associada às práticas eugênicas. É o que se observa no trecho destacado abaixo:

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 44.

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 42-45.

²¹¹ *Idem, Ibidem*, p. 46.

²¹² Nesse sentido, afirma Marco Aurélio o seguinte: “A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução. A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia.” *Ibidem*, p. 51.

Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Apesar de alguns autores utilizarem expressões “aborto eugênico ou eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia.²¹³

Imediatamente em seguida, o Ministro dá continuidade ao seu raciocínio, antecipando um entendimento muito presente ao longo do voto: o de que não há, na situação em questão, um conflito real entre direitos fundamentais, mas apenas aparente.

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.²¹⁴

Nesse contexto, dentre os muitos argumentos técnico-científicos, referentes à área médica e biológica, utilizados pelo Ministro para tentar conceituar a condição da anencefalia, bem como seu diagnóstico e suas implicações ao feto, destaca-se o seguinte trecho:

Como esclareceu o Dr. Heverton Neves Pettersen, representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para o diagnóstico de anencefalia, consoante afirmou o especialista, “precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio”.²¹⁵

Ainda dentro do argumento principal, o fundamento para o entendimento de que o caso em análise não apresenta uma colisão real de princípios, mas apenas aparente, consiste no fato de que o feto anencéfalo foi equiparado a um morto cerebral. Para tanto, volta-se a recorrer à

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *op. cit.* p. 41.

²¹⁴ *Idem*.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 52.

medicina, isto é, argumentos técnico-científicos (3ª camada), a fim de alegar a razão para essa comparação. Nesse sentido, destaca-se mais um trecho do voto:

O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical. Conforme exposição do Dr. Thomaz Rafael Gollop – representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Professor Livre Docente em Genética Médica da Universidade de São Paulo e Professor de Ginecologia da Faculdade de Medicina de Jundiaí –, no eletroencefalo dos portadores da anomalia, há uma linha isoeletrica, como no caso de um paciente com morte cerebral. Assim, concluiu o especialista, “isto é a morte cerebral, rigorosamente igual. O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração”.²¹⁶

O argumento principal, contudo, só é concluído na medida em que, com base na referida analogia entre o feto anencefálico e o morto cerebral, desenvolvida no âmbito da medicina (portanto 3ª camada), o Ministro adota um viés jurídico, ao aplicar a mesma disciplina e as mesmas consequências legais da morte cerebral ao feto anencéfalo. Sabe-se que, através da **Lei nº 9.434/97**, a morte, para fins jurídicos, passa a ser compreendida a partir da morte cerebral (e não mais da morte cardiorrespiratória), até porque, nos dias de hoje, pode-se manter indefinidamente as funções cardiorrespiratórias de um paciente artificialmente, isto é, através de aparelhos. No entanto, após a morte cerebral, o paciente assume uma função meramente vegetativa, tornando-se o seu quadro irreversível.

O argumento principal, portanto, é coroado com uma interpretação analógica entre a condição do feto anencéfalo e a do morto cerebral, com a consequente aplicação dos efeitos jurídicos desse último àquele, ou seja, o entendimento de que, para o Direito brasileiro, ele se encontra morto.²¹⁷

Segue uma passagem do voto do Ministro a respeito dessa analogia: “Enfim, cumpre tomar de empréstimo o conceito jurídico de morte cerebral previsto na Lei nº 9.434/97, para

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 52.

²¹⁷ Naturalmente, nem Marco Aurélio nem os demais ministros citam expressamente os termos “analogia” ou “interpretação analógica”. A compreensão de sua configuração nos votos se dá diante de tudo o que foi alegado (e que será alegado nos demais votos) em relação ao raciocínio utilizado pelos ministros, tornando o seu aparecimento, pois, bastante evidente. Reitere-se, ademais, que a analogia, já defendida por Savigny, para os fins da presente dissertação, será enquadrada junto aos demais métodos clássicos (positivistas).

concluir ser de todo impróprio falar em direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo, o qual é um natimorto cerebral”.²¹⁸

Por último, a fim de sintetizar o que tem sido colocado até então, no que se refere ao entendimento de que o anencéfalo não tem direito à vida e de que o conflito entre direitos fundamentais é apenas aparente, segue um trecho muito expressivo nesse sentido:

Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.²¹⁹

Em uma das poucas passagens filosóficas (pertinentes à 3ª camada, portanto), Marco Aurélio cita Immanuel Kant, a fim de afastar um dos argumentos utilizados pelos defensores do posicionamento contrário, qual seja, o de que as mulheres deveriam ter a obrigação de carregar o feto anencéfalo até o fim da gestação, em razão da possibilidade de doação de seus órgãos após o nascimento. Nesse sentido, o Ministro alega que os órgãos do anencéfalo dificilmente serviriam para a doação, mas que, de qualquer modo, esse argumento não pode se sustentar, uma vez que coloca a mulher em uma posição de mero instrumento para a geração e posterior doação de órgãos, e não como um fim em si mesma – o que, para o filósofo, seria inaceitável, pois violaria a sua própria condição humana. Segue o trecho referente do voto:

Kant, em “Fundamentação à Metafísica dos Costumes”, assevera: o homem, e, de maneira geral, todo o ser racional, existe como fim de si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade (...). Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, p. 67.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 63.

A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas alheias – premissa que não se confirma, como se verá –, não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana.²²⁰

O argumento complementar consiste em uma interpretação histórico-evolutiva da norma referente aos dispositivos do Código Penal em discussão, o que, como já explicado no segundo capítulo, associa-se a uma visão pós-positivista. Segundo Marco Aurélio, o legislador do CP apenas não estabeleceu expressamente a atipicidade da conduta em estudo porque não havia como prever essa situação em seu tempo. Como nos anos 30 e 40 a medicina não tinha recursos suficientemente tecnológicos para constatar antecipadamente, no útero, a anencefalia, não foi estabelecida a referida exceção.

Por outro lado, a fim de proteger a saúde psíquica da mulher, o mesmo legislador excetuou a hipótese do aborto humanitário, consequente à gestação oriunda de estupro. Nesse sentido, pela mesma razão, supõe-se, na argumentação do Ministro, que o legislador do CP criaria igualmente uma exceção no caso da antecipação do parto de feto anencefálico, se pudesse, em seu tempo, vislumbrar tal situação. Assim, com as novas tecnologias, o Direito deve também se atualizar, interpretando os textos legais em sintonia com a nova realidade. Destaca-se o trecho em questão:

É de conhecimento corrente que, nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina. A literalidade do Código Penal de 1940 certamente está em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explica a ausência de dispositivo que preveja expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico. Não nos custa lembrar: estamos a tratar do mesmíssimo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher – da mulher, repito, não obstante a visão machista então reinante –, estabeleceu como impunível o aborto provocado em gestação oriunda de estupro, quando o feto é plenamente viável.

Senhor Presidente, mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. No ponto, são extremamente pertinentes as palavras de

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, pp. 60-61.

Padre Antônio Vieira com as quais iniciei este voto. O tempo e as coisas não param. Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. Inconcebível, no campo do pensar, é a estagnação. Inconcebível é o misoneísmo, ou seja, a aversão, sem justificativa, ao que é novo.²²¹

Finalmente, o argumento eventual recebe esse nome pois parte daquele famoso “Princípio da Eventualidade”, muito utilizado por advogados, isto é, a ideia de que você deve expor todos os argumentos em mente, ainda que os anteriores individualmente já sejam suficientes para demonstrar o seu ponto. Assim, ainda que se considere (“apenas por amor ao debate”) que o feto anencéfalo possui direito à vida e que a conduta em análise é de fato abortiva – em outras palavras, ainda que se descarte o argumento principal –, deve-se, ainda assim, para Marco Aurélio, proceder a um sopesamento entre princípios colidentes: de um lado, o direito à dignidade, liberdade, autodeterminação e saúde da mulher, além de direitos sexuais e reprodutivos; do outro lado, o direito à vida do feto anencéfalo. Nesse sentido, o Ministro faz questão de destacar a ausência de hierarquia do direito à vida sobre outros direitos fundamentais.

Como se verifica, trata-se claramente de um modelo argumentativo pós-positivista, no qual direitos fundamentais, sob a forma de princípios, consagrados no texto constitucional, entram em conflito, exigindo-se uma ponderação entre eles. Tal modelo, ainda que não mencione expressamente a obra de Alexy, certamente guarda grande afinidade com o que foi por ele proposto. Segue trecho do voto a esse respeito:

De qualquer sorte, Senhor Presidente, aceitemos – apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública – a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, vida predominantemente intrauterina. Nesse contexto, uma vez admitido tal direito – premissa com a qual não comungo, conforme exposto à exaustão –, deve-se definir se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres em favor da preservação do feto anencéfalo, ou o contrário.

[...]

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* pp. 64-65.

de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro.²²²

Já no fim do seu voto, Marco Aurélio retoma o argumento do sopesamento, deixando claro que, no seu entendimento, na situação em análise, os direitos da mulher devem prevalecer sobre o direito à vida do feto anencéfalo. Na passagem abaixo, ele menciona expressamente o “Princípio da Proporcionalidade”, o que novamente mantém laços estreitos com a obra de Alexy, ainda que ele não tenha se referido expressamente ao seu nome ou às suas máximas parciais, isto é, “adequação”, “necessidade” e “proporcionalidade em sentido estrito” (embora tenha mencionado anteriormente a “ponderação”). É o que se verifica abaixo:

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.²²³

Ainda uma última passagem do voto de Marco Aurélio, que sintetiza muito bem tudo o que foi explicado a respeito do argumento eventual, isto é, do juízo de ponderação entre direitos fundamentais da mulher e do feto anencéfalo:

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.²²⁴

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, p. 67.

²²³ *Ibidem* p. 77.

²²⁴ *Ibidem*, p. 78.

Ao término de seu voto, como já destacado no capítulo anterior, na ementa da ADPF 54/DF, o Relator conclui pela procedência da ação, com as seguintes palavras:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.²²⁵

Concluída a análise do voto do Min. Marco Aurélio, procede-se então ao voto da Min. Rosa Weber.

5.3 MIN. ROSA WEBER – (IM/LNCA)

O segundo voto foi o da Min. Rosa Weber, que se posicionou pela procedência da ADPF. Nesse sentido, a sua argumentação, que adotou um tom mais didático do que o de costume e se estendeu por quase 50 páginas, seguiu o mesmo caminho do Relator. Assim, os três argumentos de Marco Aurélio na 2ª camada discursiva – o principal, o complementar e o eventual – mantêm-se no voto da Ministra de maneira muito parecida.

Por outro lado, os argumentos de 3ª camada se mostraram mais diversificados. Os técnico-científicos, inerentes à área médica e biológica, sofreram uma espécie de ressalva, como será explicado adiante, ao passo que alguns argumentos de cunho filosófico e histórico apresentaram uma importância reforçada, em comparação ao voto do Relator. No que se refere a laicidade do Estado, a Ministra pareceu não dedicar uma atenção tão destacada à discussão como o fez Marco Aurélio.

Em relação aos três argumentos de 2ª camada, já no início do voto a Ministra a eles se refere expressamente, facilitando, por certo, a sua compreensão. É o que se verifica abaixo:

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, p. 78.

Para a clareza da exposição, é possível enfrentar o tema por três enfoques: (i) atipicidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia, quanto ao crime de aborto; (ii) vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude; e (iii) ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico.²²⁶

Em seguida, procede à referida ressalva aos argumentos oriundos da Medicina, através de uma série de reflexões filosóficas. Assim, apesar de não negar a relevância dos argumentos técnico-científicos, a Min. Rosa Weber, por meio de raciocínios oriundos da filosofia, da ciência e da lógica, entende que tais argumentos não podem ser absorvidos indistintamente pelo Direito, pois isso consistiria em uma falácia naturalista. Isso porque o sistema jurídico não apenas se mostra autônomo em relação a outras esferas do conhecimento (como se localiza no mundo do “dever ser”) ao passo que o saber de outras ciências, notadamente as naturais, encontram-se no mundo do “ser”, de tal modo que seus juízos de verdadeiro ou falso não se aplicariam diretamente ao direito, que trabalha com a ideia de válido/inválido.

A falácia naturalista aparece nas discussões sobre a ocorrência ou não de aborto no caso de anencefalia com a seguinte estrutura: se a medicina considera determinadas características necessárias e suficientes para a vida e o feto anencéfalo apresenta tais características, ele há de ser protegido. Se a Medicina considera determinadas características como necessárias e suficientes para a vida e o feto anencéfalo não as apresenta, não há de ser protegido. Ocorre que a proteção ou não do feto anencéfalo, da ótica constitucional não há de decorrer puramente de critérios esposados pela Medicina em um dado momento, mas sim dos critérios jurídicos que envolvem o conceito de vida. Com isso quer-se dizer que, da circunstância de a Medicina descrever determinado fenômeno como fato não decorre o dever jurídico de protegê-lo ou ignorá-lo. Em suma, a ciência não pode determinar um dever de proteção a partir de um fato que considera verdadeiro ou falso.²²⁷

O raciocínio, todavia, não se encerra por aí. A Ministra desenvolve uma longa reflexão pelas áreas da filosofia da linguagem e da ciência²²⁸ (a qual não pode ser reproduzida em detalhes aqui, pelas razões acima colocadas), passando por nomes como Ludwig Wittgenstein,

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 105.

²²⁷ *Idem, Ibidem*, p. 106.

²²⁸ *Ibidem*, pp. 105-106; 108-110; 113-115.

Moritz Schlick, Rudolf Carnap, Karl Popper, Alan Chalmers, Paul Feyerabend e Thomas Kuhn – nenhum deles mencionado expressamente ao longo do voto, porém todos registrados nas notas finais. Ao fim, contudo, a conclusão é praticamente a mesma daquilo que foi supracitado.²²⁹

Ainda, em meio a essa argumentação filosófica, Rosa Weber faz uma breve referência a Alexy, em consonância com o que ela vinha desenvolvendo sobre o conceito de “paradigma”, de Thomas Kuhn. Afirma que tal conceito poderia ser adaptado para o Direito apenas nos termos em que Alexy compreende a dogmática jurídica. A menção ao autor germânico comprova sua importância no atual estado jurídico, mas, apesar disso, não se trata de uma argumentação pós-positivista, no sentido aqui compreendido, anteriormente explicado, mas apenas uma referência complementar ao raciocínio filosófico por ela desenvolvido.²³⁰

Em seguida, com base em todas essas reflexões de cunho filosófico, a Ministra expõe o seu argumento principal, em termos muito semelhantes aos do Min. Marco Aurélio. Como os conceitos da Medicina não podem ser absorvidos sem filtragem pelo Direito, faz-se necessária uma procura dentro do próprio ordenamento jurídico. Assim, a Lei n. 9.434/97, que determina a compreensão de morte, para fins jurídicos, a partir da morte encefálica, serve como substrato para uma interpretação analógica entre o estado do morto cerebral e do feto anencéfalo. Segue o trecho do voto nesse sentido:

Para esse fim, é importantíssimo destacar que a Lei de Transplantes de Órgãos (Lei n. 9.434/97) determina como morte a chamada morte encefálica, quando não há mais atividade cerebral no indivíduo, e remete os critérios clínicos do diagnóstico da morte ao Conselho Federal de Medicina (art. 3º da Lei n. 9.434/97). *A contrario sensu*, portanto, vida é a existência de atividade cerebral.²³¹

²²⁹ Afirma a Ministra que “o conceito de vida no Direito há de ser discutido de acordo com sua significação própria no âmbito da dogmática jurídica, da legislação e da jurisprudência. Entendimento diverso que vincule o saber jurídico ao saber médico ou a um conceito único de vida só faz confundir os campos do conhecimento empírico com o campo da ação humana. Além do mais, a negação dessas considerações só pode ser baseada em uma postura dogmática e autoritária injustificável, e não é outra a consequência da falácia naturalista.” *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 115.

²³⁰ Segue o trecho do voto a respeito de Alexy: “No que é pertinente ao Direito, é com base nesses elementos que Alexy compreende a função da dogmática jurídica: um saber que busca uma estabilidade conceitual para direcionar a aplicação dos conceitos e institutos propriamente jurídicos e que leva em consideração a jurisprudência e a legislação para manter a consistência do sistema, e não um conjunto de pressupostos inquestionáveis a descrever a própria essência dos conceitos e objetos por ela estudados. Entendida a dogmática jurídica dessa forma, a ideia de paradigma pode ser aplicada ao direito.” *Ibidem*, p. 114.

²³¹ *Ibidem*, p. 119.

Por fim, após longo desenvolvimento dessa ideia, a Ministra conclui o referido raciocínio – somado, ademais, a uma interpretação conforme a Constituição, tipicamente pós-positivista, ao se referir (no fim da passagem abaixo) ao conceito constitucionalmente garantido de “vida” – alegando que o feto anencefálico não ostenta efetivamente uma “vida”, para fins jurídicos, e que, conseqüentemente, a conduta em estudo (isto é, a antecipação de parto de feto anencefalo) não se enquadra no conceito de aborto. É o que se verifica no seguinte trecho do voto:

Como se vê, a tendência do uso semântico do conceito de vida no Direito está relacionado com critérios voltados às ideias de dignidade, viabilidade de desenvolvimento e presença de características mentais de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade e não apenas atos reflexos e atividade referente ao desenvolvimento unicamente biológico. Diante disso, é de se reconhecer que merecem endosso os posicionamentos de não caber a anencefalia no conceito de aborto. O crime de aborto diz respeito à interrupção de uma vida em desenvolvimento que possa ser uma vida com algum grau de complexidade psíquica, de desenvolvimento da subjetividade, da consciência e de relações intersubjetivas. E, por tudo o que foi debatido nos autos desta ação de descumprimento de preceito fundamental, a anencefalia não é compatível com essas características que consubstanciam a ideia de vida para o Direito. Essa é a vida que a Constituição garante, de modo que a compreensão de “vida” como conceito nas demais esferas do Direito deve seguir essa delimitação.²³²

Em seguida, Rosa Weber desenvolve o argumento completar, em sentido semelhante ao de Marco Aurélio. Para ela, não se pode alegar que a vontade do legislador foi contrária à extensão das exceções dos dispositivos penais ao caso dos anencéfalos, o que foi arguido pelo posicionamento oposto. Ao contrário, embora, para ela, a vontade do legislador ofereça uma série de limitações quanto à sua aferição, não devendo gozar de importância destacada (o que reforça o fato do argumento em questão ser complementar, e não principal), o fato é que, no presente caso, tal argumento se coaduna com a tese favorável, uma vez de que não havia, na época da redação do CP (datado de 1940), tecnologia para se detectar previamente a condição da anencefalia no feto. Se houvesse, levando-se em consideração que o aborto oriundo de gravidez resultante de estupro constitui excludente de ilicitude, dever-se-ia esperar tratamento idêntico ao caso dos anencéfalos. Trata-se, pois, de um argumento que parte da realidade da elaboração do texto legal, mas não se limita a ela, pois procura interpretá-la na ótica do presente,

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* pp. 122-123.

no qual existe acesso à tecnologia mais avançada, qual seja, a ultrassonografia (utilizada, segundo a Ministra, desde a década de 1990). Assim, tal argumento se enquadra dentre os pós-positivistas, por se tratar de uma interpretação histórico-evolutiva. Seguem duas passagens do voto nesse sentido:

Enfrentada a *quaestio* sob esse ângulo, o rumo do discurso deve ser outro, para a demonstração de que, nesse caso, a vontade do legislador é no mínimo questionável. Com efeito, em ordenamento jurídico em que o estupro - quando dele resulta gravidez mesmo que de feto absolutamente viável-, é excludente de ilicitude do aborto (CP, art. 128, II), a presunção é de que como tal não foi contemplada a anencefalia unicamente em razão da deficiência tecnológica, em 1940, para o diagnóstico seguro da máformação. Como se sabe, data de 1940 o Código Penal – Lei nº 2848, de 07.12.1940 -, e o uso da ultrassonografia, apenas da década de noventa. Nessa linha, entendo que o argumento não se sustenta.²³³

O argumento da vontade do legislador não se mostra consistente, pois, para levar a juízo de improcedência da ADPF. Tudo indica que só não contemplada a anencefalia no rol das excludentes de ilicitude por falta de condições tecnológicas de diagnosticá-la à época.²³⁴

Ainda no contexto da referida interpretação histórico-evolutiva, pode-se verificar alusões históricas de cunho geral, isto é, pertinentes à 3ª camada discursiva. Nesse sentido, a Ministra se referiu a vários fatos históricos desde a Idade Média até o surgimento do Estado liberal, em consonância, portanto, com um estudo de teoria geral do Estado e com informações relativas à própria história do direito e da política.²³⁵ Assim como mencionado anteriormente, trata-se de uma passagem muito extensa, impossível de ser analisada detalhadamente. Tudo isso, entretanto, culmina em uma investigação da importância da vontade do legislador no direito liberal e no atual momento constitucional, a fim de demonstrar, como já explicado acima, que ela não goza de uma relevância tão acentuada hodiernamente.²³⁶

Finalmente, a Ministra desenvolve o argumento eventual, qual seja, o da ponderação de valores²³⁷, que, como se sabe, encaixa-se dentro da metodologia pós-positivista, novamente em

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, p. 124.

²³⁴ *Ibidem*, p. 134.

²³⁵ *Ibidem*, pp. 125-131.

²³⁶ *Ibidem*, pp. 131-134.

²³⁷ Observe-se que “valores” e “princípios” têm sido tratados como sinônimos pelos ministros, embora, sob uma análise rigorosa, de acordo com Alexy, eles não o são, apesar da grande semelhança. Tal distinção, contudo, tem sido desprezada nos votos. Ademais, não há qualquer necessidade de pormenorizar no presente trabalho essas diferenças.

sentido muito parecido com aquele do Relator. Assim, se se levar em consideração, pelo Princípio da Eventualidade, que o feto anencéfalo tem direito à vida – o que, como foi visto, é negado pelo argumento principal –, ainda assim deve proceder a ADPF. Inicialmente, porém, Rosa Weber apresenta os direitos colidentes e reforça o posicionamento de que não existem valores absolutos, conforme se verifica abaixo:

Em resumo, de um lado se afirma que a vida tem mais peso que outros direitos, mesmo que somados; de outro, se diz que os direitos somados das gestantes não podem ser suprimidos em prol de uma vida precária.

O princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores que lhe é inerente comportam reflexão.

Os sistemas ocidentais não admitem valores absolutos. Não há como estabelecer, a priori, qual o que se reveste de maior peso, diante do reconhecimento de que são relativos e de que a sociedade é plural. Se os valores são relativos, não há como fundamentar um como superior ao outro. Isso implica que todos devem respeitar as percepções valorativas de mundo dos demais, inadmissíveis visões de mundo que, sob o argumento de superioridade, pretendam eliminar outras possíveis. É necessária a proibição de posturas que preguem a eliminação de outras formas de ver a realidade (inclusive ética), restringindo-se a liberdade que se põe contra a liberdade, acabando-se com o que ficou conhecido como paradoxo da liberdade.²³⁸

Posteriormente, Rosa Weber explica detidamente o Princípio da Proporcionalidade, inclusive cada uma de suas máximas parciais, isto é, a “adequação”, a “necessidade” e a “proporcionalidade em sentido estrito”. Dessa maneira, a Ministra foi ainda mais precisa do que o Relator (que não chegou a se ater a esses critérios), e, conseqüentemente, aproximou-se ainda mais do modelo pós-positivista elaborado por Alexy, que determina esse tipo de análise. Salienta-se que, nessa passagem, a Ministra se refere sobretudo a princípios, ratificando o entendimento de que princípios e valores têm sido tratados como sinônimos.²³⁹

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 135.

²³⁹ Nesse sentido, afirma Rosa Weber o seguinte: “Como os princípios são normas que pretendem ter aplicabilidade em um caso concreto, a eventual aplicação precisa ser viável fática e normativamente. As condições fáticas devem ser cumpridas pelos critérios da necessidade e da adequação. Assim, um princípio será aplicado se for adequado para atingir o fim perseguido (o meio utilizado deve necessariamente levar ao fim que se busca) e necessário às exigências e expectativas do resultado diante de outros possíveis (os meios empregados para a realização do princípio devem ser os menos gravosos – se houver outros meios menos gravosos, a regra escolhida para realizar o princípio em tela é tida por desproporcional).

Não obstante os dois critérios de realização fática, pode ocorrer que os dois princípios se mantenham aplicáveis ao caso, o que leva à situação de um deles vir a limitar o âmbito de atuação do outro. Esse é o limite jurídico, que, de acordo com o modelo teórico da ponderação, deve ser resolvido pelo chamado princípio da proporcionalidade

Por fim, após nova argumentação minuciosa, a Ministra procede propriamente ao sopesamento de princípios no caso concreto (saúde, integridade, dignidade e liberdade da gestante vs vida do feto anencéfalo) e decide pela prevalência do primeiro grupo, isto é, dos direitos da mulher, como se observa nos trechos do voto selecionados abaixo:

Nessa linha de raciocínio, se, por um lado, a intervenção do Estado viola a saúde, a integridade, a dignidade e a liberdade da gestante, a omissão deixa de proteger um fenômeno biológico sobre o qual há dúvida a respeito da aplicabilidade concreta do princípio defensivo reivindicado. A força argumentativa dentro da situação concreta indica que, no caso da anencefalia, vale a postura protetiva do Estado por meio da não intervenção em detrimento do dever de defesa que só se realiza com a ação punitiva. [...]

Para concluir, ao enfoque da teoria da proporcionalidade, o quociente da divisão das razões em favor da liberdade da mulher em cotejo com a proteção do feto anencefálico por meio da omissão do Estado e da declaração de inconstitucionalidade da leitura que inclui a interrupção, ou a antecipação terapêutica do parto, em caso de comprovada anencefalia, presentes as certezas empíricas sobre a afetação da esfera de atuação de cada um dos princípios em jogo, é maior que um. Há, portanto, de ser preservada a liberdade da grávida, quando se vê diante de tão doloroso dilema, de optar sobre o futuro da sua gestação de feto anencéfalo.²⁴⁰

Julga, pois, procedente a ação a Ministra Rosa Weber, a fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação que criminaliza a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Procede-se, a seguir, à análise do voto do Ministro Joaquim Barbosa.

em sentido estrito. É a técnica de aplicação deste terceiro subprincípio que demanda a ponderação de valores. Apesar da denominação, diante de tudo o que foi dito acima sobre regras e princípios, estes devem ser concebidos com regras de otimização de condutas para a máxima realização dos valores que os sustentam. Assim, diante de uma concorrência de princípios, o esforço hermenêutico deve se voltar para a realização máxima de um para justificar que o outro não seja aplicado. Ou seja, o peso das razões para a aplicação de um princípio deve ser maior do que o do outro no caso concreto. Mas esse peso precisa de um padrão intersubjetivamente compartilhado, caso contrário a escolha não passa de uma preferência pessoal do responsável pela solução do caso concreto.” *Ibidem*, pp. 138-139.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* pp. 144, 146-147.

5.4 MIN. JOAQUIM BARBOSA – (IM/LNCA)

O voto seguinte foi o do Ministro Joaquim Barbosa, que votou igualmente pela procedência do pedido formulado na presente ADPF. Diferentemente dos dois anteriores, contudo, particularmente do de Rosa Weber, o voto de Barbosa foi bastante sucinto. Na realidade, como explicado na antecipação ao seu voto, ele se limitou a juntar aos autos, com pequenas modificações, um voto anterior, referente ao julgamento do Habeas Corpus nº 84.025 pelo plenário do STF, oito anos e dois meses antes do julgamento da ADPF.²⁴¹ Talvez seja essa a razão de seu voto não ter se prolongado tanto. Ademais, é possível que esse também seja o motivo de sua argumentação ter divergido um pouco das anteriores (embora não seja esse o espaço adequado para esse tipo de especulação).

No âmbito da terceira camada, verifica-se basicamente apenas uma argumentação técnico-científica, voltado à medicina e mesmo à psicologia, em sentido um pouco semelhante à de Marco Aurélio. Apesar disso, em razão da curta extensão do voto, mesmo isso é bem menos desenvolvido do que nos votos anteriores. A passagem mais destacada nesse sentido pode ser encontrada já nos parágrafos 4º e 5º do seu voto.²⁴²

No âmbito da segunda camada, o fato mais notável foi a redução da importância daquele que foi considerado o “argumento principal” do Relator, repetido por Rosa Weber, isto é, a ideia de que o feto anencéfalo, a partir de uma analogia com o morto cerebral, não possui direito à vida, pois não está vivo para fins jurídicos.²⁴³ Na realidade, esse argumento foi verificado em uma passagem do voto, não podendo, contudo, ser considerado a sua tese principal, como se pode depreender do trecho abaixo colacionado:

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 157.

²⁴² *Ibidem*, pp. 160-161.

²⁴³ No âmbito da segunda camada, verifica-se também uma tentativa de conceituação do aborto, por meio da doutrina penalista (portanto em termos técnicos), figurando, nesse sentido, como uma interpretação gramatical semântica (método clássico): “A doutrina, de um modo geral, conceitua o aborto como ‘a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intrauterina’”. *Idem*.

Sr. Presidente, entendo que a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia deve ser analisada de dois ângulos. O primeiro diz respeito à liberdade individual, da qual a autodeterminação da gestante é uma manifestação. Já o segundo se refere aos diferentes graus de tutela penal da vida humana.

Verifica-se, portanto, que, em última análise, a presente ADPF cuida da tutela da liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida independente extrauterina é absolutamente inviável.²⁴⁴

Ora, a referida passagem já mostra que a ordem de importância dos argumentos se inverte no voto de Barbosa. Isso porque o argumento eventual do Relator – qual seja, o sopesamento de direitos fundamentais, tipicamente pós-positivista – torna-se o seu principal. De um lado, a liberdade individual da gestante, manifestada por seu direito à autodeterminação, além de sua saúde física e psíquica e de sua própria dignidade; do outro, a vida do feto, a qual, entretanto, deve ser visualizada sob uma ótica gradativa, pois a tutela à vida comporta diferentes graus (argumento que ganha uma relevância bem maior em seu voto do que nos anteriores). Assim, o conflito não é simplesmente aparente (de acordo com a tese principal do Relator e de Rosa Weber), pois a vida encontra-se sim em um dos polos da balança, porém surge claramente fragilizada, em razão de sua inviabilidade extrauterina, conforme se observa mais notadamente na passagem destacada abaixo:

Em se tratando de feto com vida extrauterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento em que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.

Desse modo, nos casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extrauterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez, nos casos previstos no Código Penal. Em outras palavras, dizer-se criminosa a conduta abortiva, para a hipótese em tela,

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 160.

leva ao entendimento de que a gestante cujo feto seja portador de anomalia grave e incompatível com a vida extrauterina está obrigada a manter a gestação. Esse entendimento não me parece razoável em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludentes de ilicitude de aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extrauterina é plenamente viável.²⁴⁵

O trecho citado a seguir, por sua vez, destaca o referido argumento da gradação da vida, que apoia o raciocínio de que a vida do feto anencefálico deve ceder na ponderação do caso concreto. Pode-se afirmar, até mesmo, que existe aí uma interpretação sistemática (logo, método clássico), na medida em que há uma comparação entre a tutela da vida intrauterina com as tutelas das demais modalidades de vida. É o que se verifica abaixo:

A tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados.

Não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio.

Ora, se o feto ainda se encontra no ventre da mãe, é evidente que sua situação jurídica, penal inclusive, é diversa da situação da gestante.

Limitando-me ao problema concreto, ou seja, de feto que, por ser portador de anencefalia, não irá sobreviver muito tempo após o parto, devemos nos ater a qual é o objeto jurídico tutelado pelos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal.

Creio que seja, de um lado, a preservação de uma vida potencial e, por outro, a incolumidade da gestação.

Daí por que há de se separar a situação em que o feto se encontra em desenvolvimento das situações em que ele está biologicamente morto e, ainda, da situação em que ele está biologicamente vivo, mas juridicamente morto.

Apenas a primeira hipótese é abraçada pelo Direito Penal, uma vez que não se visa a proteger situações moralmente controversas, mas apenas aquelas em que exista algum obstáculo durante a gestação que impeça a transformação de vida potencial em um novo ser humano.

Por essa razão, o feto anencefálico, mesmo estando biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos vivos), não tem proteção jurídica.²⁴⁶

Os dois últimos parágrafos da referida passagem são bem curiosos, justamente por defenderem o raciocínio de que o feto anencefalo não possui efetivamente direito à vida, por não se encontrar vivo para fins jurídicos (mas apenas biológicos), como já antecipado no início da análise. Ora, como já colocado, trata-se do argumento principal do Relator, que até então

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* pp. 162-163.

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 164-165.

não havia sido verificado no voto de Barbosa. Pode-se afirmar então que, nesse último, a ordem se inverte e que ele se torna a tese subsidiária do seu voto. Do modo como foi apresentado, todavia, não se pode deixar de observar uma certa incoerência. Isso porque, ao colocar a vida inviável do anencéfalo no sopesamento, em uma das balanças, já se presumia que tal vida era juridicamente reconhecida. Por outro lado, ao afirmar que o mesmo feto “está biologicamente vivo, mas juridicamente morto”, o valor a ser sopesado desaparece, isto é, a ponderação se torna aparente. Nos votos anteriores, a passagem do argumento principal para o eventual pode ser percebida, justamente, pelo uso do Princípio da Eventualidade.

No presente voto, o mesmo princípio resta obscuro, já que os mesmos argumentos (embora na ordem inversa) são verificados dentro do mesmo raciocínio. De qualquer modo, feita essa observação, parece ser aceitável o tratamento aqui utilizado, qual seja, o de que o sopesamento é o argumento principal e a desconsideração da vida do anencéfalo para fins jurídicos é o argumento secundário.

Por fim, a presença desse último raciocínio é reforçada, em momento posterior, na medida em que Barbosa repete a analogia realizada pelos ministros anteriores entre a morte encefálica e a do feto anencéfalo (enquadrada, pois, na metodologia clássica), conforme se verifica a seguir: “A própria lei de transplante de órgãos (Lei 9.434/1997), ao fixar como momento da morte do ser humano o da morte encefálica, reforça esse argumento.”²⁴⁷

Nestes moldes, o argumento complementar do Relator, isto é, o raciocínio histórico-evolutivo (pós-positivista, portanto) também se repete no final do voto de Barbosa, em condições semelhantes (isto é, com o mesmo *status* complementar perante o principal). É o que se observa no trecho colacionado a seguir:

Importante frisar, por oportuno, que há uma razão histórica para o equivocadamente denominado “aborto eugênico” não ser considerado lícito. Quando da promulgação do Código Penal, em 1940, não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro pós-parto.

Nesse aspecto, é importante lembrar que os estudos referentes à medicina fetal e à terapia neonatal datam da década de 1950, somente vindo a alcançar a sofisticação hoje conhecida há pouco mais de dez anos. Explica-se, assim, a lacuna do Código Penal e justifica-se a interpretação conforme a Constituição a ser dada aos dispositivos do Código Penal a fim de reconhecer o direito subjetivo da gestante, nos casos de

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, p. 165.

gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, de se submeter à antecipação terapêutica do parto.²⁴⁸

Como já antecipado, julga, portanto, procedente a ação o Ministro Joaquim Barbosa. Procede-se ao voto seguinte, proferido pelo Ministro Luiz Fux.

5.5 MIN. LUIZ FUX – (IM/LNCA)

O voto do Ministro Luiz Fux foi organizado de modo menos didático do que os anteriores, particularmente os dois primeiros, o que dificulta a análise de seu *modus argumentandi*. Não obstante, foi possível identificar passagens significativas de seu voto e consequentemente traçar as linhas gerais de sua argumentação.

Fux, assim como todos os ministros que o antecederam, votou pela procedência do pedido formulado na inicial da ADPF. Ademais, seu voto também foi relativamente curto (19 páginas), se comparado aos dois primeiros.

No que concerne à segunda camada, observou-se que, assim como Joaquim Barbosa, Fux reduziu a relevância do principal argumento do Relator, isto é, a analogia com a morte encefálica e a consequente desconsideração da vida do anencéfalo para fins jurídicos, bem como a conclusão de que a colisão de valores é apenas aparente. Na realidade, ao que parece, Fux desconsiderou de todo esse argumento, enquanto Barbosa, como explicado, ainda o utilizou subsidiariamente.

Essa conclusão fica ainda mais clara na medida em que Fux considera eufemística a expressão “antecipação terapêutica do parto”, utilizada pelos outros ministros favoráveis à procedência da ação, uma vez que, para ele, trata-se sim de conduta abortiva:

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, p. 166.

[...] caso o diagnóstico de anencefalia durante a gestação fosse possível à época do Código Penal de 1940, teria, sem dúvida alguma, o legislador previsto também essa hipótese de permissão de antecipação terapêutica do parto, ou, afastando o eufemismo, o aborto, sob pena de incidir em grave desproporcionalidade.²⁴⁹

Desconsiderado esse argumento, restaram os outros dois: o do sopesamento de direitos fundamentais e o histórico-evolutivo, ambos tipicamente pós-positivistas. Nesse sentido, o primeiro deles, assim como em Barbosa, tornou-se o principal argumento de Fux, divergindo assim do modelo de Marco Aurélio e de Rosa Weber, ao passo que o segundo, conserva sua relevância complementar diante do principal, aproximando-se, nesse ponto, do referido modelo do Relator.

Em relação à terceira camada, novamente se sobressai o uso de argumentos técnico-científicos, referentes a área médica e biológica. Verificou-se, entretanto, muito no início do voto, uma passagem destoante, de caráter religioso. Muito embora talvez não chegue a participar efetivamente da argumentação do Ministro, guardando, nesse sentido, mais um teor de reflexão preliminar, porém demonstra-se importante, ainda assim, colacionar o referido trecho do voto:

Eu não posso deixar de destacar - e até peço vênias a Vossa Excelência pelo equívoco que cometi ao mencionar o seu nome - que cada um tem o seu perfil espiritual. Hoje de manhã, acordei e agradei a Deus por poder contribuir com a humanidade por meio de uma decisão que pode conjurar tristezas, angústias, dores, aflições e, ao mesmo tempo, pedi a Deus que a razão e a paixão me acompanhassem no exercício desse mais alto apostolado que um ser humano pode se dedicar nesse mundo de Deus: a magistratura.²⁵⁰

No que se refere à sua argumentação propriamente, Fux, após longa apresentação de dados técnico-científicos (médicos e biológicos), chega a três conclusões, como se verifica abaixo, a fim de fortalecer seu argumento principal, que será tratado em seguida. Segue o trecho:

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 182.

²⁵⁰ *Idem*, pp. 169-170.

Então, com base nesses dados colhidos, que foram aqui confirmados, é possível chegar-se a três conclusões lastimáveis: a expectativa de vida do anencéfalo fora do útero é absolutamente efêmera; o diagnóstico de anencefalia pode ser feito, com razoável índice de precisão, a partir das técnicas hodiernamente disponíveis; e as perspectivas de cura dessa deficiência na formação do tubo neural são absolutamente inexistentes nos dias atuais. Por isso que neonato anencefálico tem uma expectativa de vida reduzidíssima.²⁵¹

Já em passagem anterior, o Ministro menciona Robert Alexy, a fim de afirmar “que não existem princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais”²⁵².

Em seguida, através de referência expressa a uma “leitura moral da constituição de Ronald Dworkin”, Fux trata propriamente dos bens jurídicos em jogo (a saúde física e mental e a dignidade da mulher vs a vida do feto anencéfalo – que resta implícita na balança, levando-se em consideração as três conclusões de cunho médico anteriormente destacadas) e afirma ser **desproporcional** a criminalização de aborto de anencéfalo. Por fim, observa que essa ponderação de princípios realizada é chamada tecnicamente, no Direito Penal, de “estado de necessidade justificante”. Esse, portanto, é o argumento principal de Fux, com base em um sopesamento de princípios, sendo considerado, pois, tipicamente pós-positivista. Segue o trecho abaixo nesse sentido:

Baseado numa outra percepção do professor Dworkin sobre uma leitura moral da Constituição, é preciso verificar-se que efetivamente o bem jurídico aqui em eminência é exatamente a saúde física e mental da mulher e a desproporcionalidade da criminalização do aborto levado a efeito por uma mulher sofredora, pobre, com a patologia do feto anencefálico.

No Direito Penal, essa ponderação de princípio recebe o *nomem iuris*, “estado de necessidade justificante”. Versando sobre o tema, o professor Günther Jakobs esclarece que a ponderação de interesses faz com que o fim justifique os meios. Essa é a sua redação no Tratado de Direito Penal - Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade, traduzido por Gercélia Mendes e Geraldo de Carvalho pela Editora Del Rey, em 2008.²⁵³

Posteriormente, o Ministro ingressa no argumento complementar, também de cunho pós-positivista, por se tratar de interpretação histórico-evolutiva, desenvolvida de maneira

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, pp. 177-178.

²⁵² *Ibidem*, p. 176.

²⁵³ *Ibidem*, p. 181.

muito parecida com a de todos os ministros que o antecederam. Nesse sentido, contudo, chega a afirmar que a conduta poderia ser considerada até mesmo atípica – ao passo que, pelo seu argumento principal, a conduta ainda seria típica, mas deixaria de ser antijurídica, em razão do estado de necessidade justificante. Por fim, em reforço do argumento evolutivo, alega que o anteprojeto do novo Código Penal (que até hoje não veio a ser aprovado) já prevê uma terceira hipótese de aborto permitido para o caso de ser inviável o nascituro.

Consectariamente, o atual art. 128 do de Código Penal, que prevê as causas de justificação no crime de aborto, deve sofrer essa releitura moral a que refere Ronald Dworkin, exatamente porque há novas luzes sobre as novas necessidades científicas e sociais.

Os hodiernos métodos de diagnóstico da anencefalia durante a gravidez inexistiam à época da edição da parte especial do Código Penal brasileiro. Nesse particular, não é algo irrazoável raciocinar-se sob o ângulo da própria tipicidade. Esse tipo sequer poderia ter sido previsto pelo legislador porque, na época, não havia meios de se detectar essa doença. E tanto isso é verdade que a ultrassonografia foi criada na Alemanha, em 1940, por pesquisadores da Universidade de Colônia, e em 31 de dezembro do mesmo ano era publicado o Código Penal brasileiro. Então, isso é uma prova inequívoca que nem se pensava em antecipação de parto de feto anencefálico. A necessidade de interpretação evolutiva, então, se revela patente na medida em que - e aqui um dado novo de expressão importância - o anteprojeto do novo Código Penal inclui mais uma hipótese de aborto permitido no art. 127, III: quando há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de um nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável.²⁵⁴

Em um dos últimos trechos do seu voto, o Ministro reforça a tese do estado de necessidade (ainda que construída, *in casu*, jurisprudencialmente), cuja análise, como se sabe, encontra-se na esfera da antijuridicidade, e alega ainda a “inexigibilidade de conduta diversa”. Por fim, cita Cícero, em uma passagem um tanto inusitada, por apresentar um teor jusnaturalista. Certamente, não se trata de um “argumento sério”, mas sim de um desfecho imbuído de carga retórica.

Por incidir, no meu modo de ver, em uma causa de justificação, por se enquadrar no estado de necessidade, na antijuridicidade e na inexigibilidade de conduta diversa, a gestante de feto anencefálico que opta pelo abortamento - o Supremo Tribunal respeita as mulheres que desejam levar o seu parto adiante - positivamente não atua contra a lei, mas antes, como observava Cícero na famosa "Oração pro Milone", age em

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* pp. 181-182.

consonância com a lei sagrada, que nasceu com o homem, lei anterior aos legistas, à tradição e aos livros, gravada no código imortal da natureza, lei menos estudada que sentida.²⁵⁵

Após o voto do Min Luiz Fux, favorável ao pedido formulado na inicial da ADPF, procede-se ao voto da Ministra Cármen Lúcia.

5.6 MIN. CÁRMEN LÚCIA – (IM/LNCA)

A Ministra Cármen Lúcia, diferentemente dos últimos dois ministros, proferiu um dos votos mais extensos do acórdão (69 páginas), fato que dificulta uma análise um pouco mais detalhada. Quanto ao posicionamento, seguiu o entendimento dos demais, votando pela procedência da ADPF.

Em relação aos argumentos, dentro da segunda camada, desenvolveu os três “argumentos-fim” aqui tratados: o da colisão aparente, diante de uma negação do direito à vida do feto anencefálico; o histórico-evolutivo e o do sopesamento real (esse último, particularmente, com algumas peculiaridades, que serão explicados em momento oportuno). Já no que se refere à ordem de importância, parece que a Ministra não se afastou tanto do entendimento do Relator, contudo não foi possível traçar essa hierarquia com tanta precisão, pelo fato do voto não ter sido tão enxuto nem tão didático quanto o do Relator. Nesse sentido, opta-se por não a estipular na presente análise.

Quanto à terceira camada, predominaram novamente os argumentos técnico-científicos, relacionados à medicina e à biologia – recorde-se, desde já, o trecho destacado no capítulo anterior, quando da conceituação da anencefalia (p. 89)²⁵⁶ –, todavia foi igualmente possível

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 187.

²⁵⁶ *Ibidem*, pp. 206-208.

identificar passagens relevantes de cunho filosófico, com referência a nomes como Immanuel Kant²⁵⁷ e Simone de Beauvoir²⁵⁸.

Primeiramente, muito no início do seu voto, destaque-se uma passagem interessante, que demonstra claramente o uso de uma retórica da objetividade, no sentido de encobrir o caráter discricionário do Judiciário. Leia-se:

O Poder Judiciário foi chamado, na presente arguição, não para criar norma jurídica, que não é sua atribuição. Foi acionado para declarar se o ato da gestante ou da equipe médica optar pela interrupção da gravidez de feto anencéfalo afrontaria preceitos constitucionais fundamentais ou se estaria tal prática enquadrada nas normas proibitivas dos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal.²⁵⁹

Interessante também o emprego recorrente do termo “aborto” (apesar do uso do argumento da colisão aparente) no lugar de “antecipação terapêutica do parto” (expressão utilizada uma única vez no voto da Ministra) – assim como fez o Min. Fux –, como se verifica, por exemplo, no seguinte trecho: “Seja realçado que a espécie dos autos não trata de aborto seletivo, mas de modalidade abortiva específica, que não pode ser considerada dotada de culpabilidade ou ilicitude pelo estado de necessidade da mãe.”²⁶⁰

Na construção do argumento da colisão aparente, em razão da analogia com a morte encefálica (isto é, aquele considerado o “argumento principal” do Relator), a Ministra passa por diversas reflexões. Em relação à medicina (e, nesse ponto, trata-se naturalmente da 3ª camada), Cármen Lúcia aborda a evolução do conceito de morte, a qual era anteriormente diagnosticada

²⁵⁷ “Para Kant (...) a liberdade é mais do que a simples ausência de impedimentos externos. Livres são aqueles que fazem suas próprias escolhas, embasados em determinados princípios. Dessa forma, apenas os seres racionais gozam da liberdade” (RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 33).” *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 250.

²⁵⁸ “A esta mulher não fica a possibilidade de “medir sua posse do mundo, (mas) não é possível medir no abstrato a carta que constitui para a mulher a função geradora: ... só a sociedade pode decidir dela. Segundo essa sociedade exija maior ou menor número de nascimentos, segundo as condições higiênicas em que se desenvolvam a gravidez e o parto, a escravização da mulher à espécie faz-se mais ou menos estreita. ...” (BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo: fatos e mitos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, 9ª impressão, p. 55).” *Ibidem*, p. 259.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 199.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 248.

por meio da parada cardíaca, mas atualmente passou a ser verificada a partir da supressão ou ausência da função cerebral²⁶¹.

Posteriormente, utiliza argumentos propriamente jurídicos, a fim de mostrar que a vida garantida na CF/88 não é apenas a biológica, mas sim a vida ou “existência digna”. Trata-se, pois, de uma “interpretação conforme a constituição”, tipicamente pós-positivista, como se observa no trecho abaixo destacado:

No inc. III do art. 1º da Constituição da República se tem o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, o da dignidade da pessoa humana e, em seu art. 5º, caput, a garantia aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, (d) "a inviolabilidade do direito à vida".

O art. 173 da Constituição afirma o direito à existência digna. Todos os princípios do sistema jurídico conjugam-se em torno deste vetor fundamental, a submeter os indivíduos na sociedade brasileira.

Para o Professor José Afonso da Silva, "Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva.²⁶²

Finalmente, após passar pela medicina e pelo próprio direito, a Ministra reforça o seu conceito de vida com base em reflexões filosóficas (novamente enquadradas, pois, na 3ª camada). Assim sendo, cita o jusfilósofo Narciso Martinez Moran (da UNED), a fim de demonstrar seu ponto de vista:

Logicamente, este derecho se refiere en primer término a la vida física, biológica del ser humano. Sin embargo, sería un contrasentido pensar que la vida humana se agota en su manifestación meramente biológica, como en el caso de las plantas, e incluso psíquica, como en los animales inferiores. En el hombre, por el contrario, lo más importante es su existencia espiritual, racional, pues se trata del único ser de 1ª naturaleza cuya conducta es teleológica, es decir, el único ser que por estar dotado de razón y voluntad introduce fines, elige medios y actúa libremente para conformarla y transformarla de acuerdo con sus ideas.²⁶³

²⁶¹ “Para a determinação do momento em que se tem como ocorrida a morte - necessário para se ter um quadro completo do que significam os conceitos de vida no anencéfalo -, começou-se com a verificação da parada cardíaca até se atingir o conceito atual de supressão ou ausência da função cerebral. Longo foi o caminho percorrido - de resto nunca inacabado - sobre este tema, na busca de se responder às questões morais sobre os novos avanços da tecnologia médica relativos ao termo da vida.” In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. Op. cit., p. 212.

²⁶² *Ibidem*, pp. 216-217.

²⁶³ *Ibidem*, pp. 218-219.

Nesse contexto, interessante destacar também o uso de uma interpretação sistemática (logo, método clássico) com alguns dispositivos do Código Civil (art. 1º e art. 22) e da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) – art. 53, §2º –, a fim de investigar o início da personalidade jurídica, concluindo-se, porém, pela ausência de consenso nessas leis, mantendo-se assim um certo impasse no caso em análise, razão pela qual passa a discutir sobre o fim da personalidade, isto é, a morte (art. 6º do CC), sobre a qual não há divergência.²⁶⁴

Logo em seguida, o raciocínio será continuado, com a já conhecida analogia com a morte encefálica (argumento clássico – 2ª camada), que encerra a vida para fins jurídicos, disciplinada na Lei nº 9.434/97. É o que se verifica abaixo:

O fim da existência com o evento morte é verificado pelo diagnóstico de morte encefálica, "constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina" (art. 3º, caput, da Lei n. 9.434, de 4.2.97, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento").²⁶⁵

Em momento posterior, a Ministra observa uma distinção interessante, até então ignorada pelos demais ministros: a Lei nº 9.434/97 trata da “morte encefálica”, ao passo que o feto anencéfalo, de acordo com especialistas da medicina, seria, na realidade, um “morto cerebral”. Tais conceitos não são absolutamente sinônimos, pois, às vezes, a má-formação do feto não abrange todo o encéfalo. Apesar disso, a Ministra, em seguida, acaba por minimizar a importância prática de tal distinção, na medida em que o resultado acaba sendo o mesmo, isto é, a inviabilidade extrauterina do feto anencefálico em 100% dos casos.

Pelas razões expostas, autores médicos referem-se ao feto portador de anencefalia como ‘morto cerebral’ e não ‘morto encefálico’, pois algumas vezes não é a totalidade de seu encéfalo que se apresenta danificado ou malformado. Qualquer que seja a terminologia adotada, contudo, o resultado, infelizmente, não é senão o mesmo: o feto

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* pp. 232-235.

²⁶⁵ *Idem*, p. 235.

portador de anencefalia não sobrevive, não tem vida extra-uterina em 100% dos casos.²⁶⁶

Por fim, conclui o seu raciocínio alegando o conflito aparente das normas em jogo, em razão da referida analogia com a morte encefálica, tratada na supracitada Lei nº 9.434/97. Dessa maneira, alega a Ministra que o aborto de feto anencéfalo se trata de conduta penal atípica, por ser um verdadeiro “crime impossível”. Configura-se, portanto, um argumento clássico (porque baseado na analogia) semelhante ao desenvolvido pelo Relator (como se sabe, seu “argumento principal”), além de outros ministros. Segue abaixo o referido trecho:

O que se tem, pois, diante de todos os elementos da medicina e do direito brasileiro é conflito normativo aparente, por se permitir o transplante de órgãos quando detectada a morte cerebral (antecedido pela “*autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a ordem sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive*” - art. 4º da Lei n. 9.434/97) e não incluir nas excludentes de ilicitude o aborto do feto que apresentar ausência do encéfalo.

Desde que a Lei n. 9.434/97 dispôs que o diagnóstico de morte encefálica seria o marco para declarar-se determinada pessoa como morta, o aborto do feto desprovido do encéfalo sequer poderia ser considerado conduta penal típica, porque se teria verdadeiro crime impossível em face da absoluta impropriedade daquele sobre o qual recai a conduta do agente, a saber, o feto morto, porque anencéfalo. [...]

Não haveria, pois, “aborto do feto anencéfalo” pela ausência de tipicidade, ausente o objeto jurídico tutelado, inexistindo sujeito passivo.²⁶⁷

A interpretação histórico-evolutiva (tipicamente pós-positivista, portanto) – argumento complementar do Relator – também pôde ser verificada complementarmente no voto de Cármen Lúcia, conforme é possível observar na passagem a seguir do seu voto:

O Código Penal, como qualquer lei, há de se ajustar às mudanças e exigências de uma sociedade em constante evolução e mutação. Decretado em 7.12.1940, o Código Penal brasileiro completará 70 anos. Neste período, a sociedade transformou-se. Em especial na área médica a modificação é enorme. A lei não pode desconhecer os tempos vividos.²⁶⁸

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 239.

²⁶⁷ *Idem, Ibidem*, p. 240

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 243.

Finalmente, a ponderação de bens jurídicos (argumento igualmente pós-positivista) também foi utilizada pela Ministra, sendo desenvolvida aos poucos ao longo do voto e concluída já perto de seu desfecho. Como se sabe, tal argumento já foi mencionado por outros ministros. Observa-se, entretanto, algumas particularidades no presente voto. A primeira foi o fato de a gestante não ter sido mantida sozinha em uma das balanças. No esquema anterior, compreendia-se que os direitos em jogo eram a vida do feto (de um lado) e a saúde e dignidade (dentre outros) da gestante (do outro lado). Nesse sentido, Cármen Lúcia destaca também o sofrimento do pai e da família, de modo geral (possíveis filhos que os pais já tenham, por exemplo).²⁶⁹

Por outro lado, a Ministra também procura estender o direito à vida ao polo dos pais (não se restringindo mais ao feto), uma vez que se vale do conceito de “dignidade da vida”²⁷⁰, já que a vida humana, como já mencionado, envolveria um teor não apenas biológico, mas também “intrinsecamente humano”, isto é, a dignidade. Em suas palavras:

Por isso a necessidade de debate e conclusão sobre ponderação dos bens jurídicos protegidos, todos eles especiais e valiosos: de um lado, a vida, protegida pela Constituição em seus arts. 1º, inc. III, art. 5º. e 173 e, de outro lado, também a vida e a saúde física, mental e emocional dos pais ou da gestante de feto anencéfalo.²⁷¹

²⁶⁹ Nesse sentido, afirma Cármen Lúcia, em sua antecipação de voto, o seguinte: “Eu queria chamar os rapazes na sala para participar dessa prosa, porque, na verdade, nós falamos de aborto de feto anencéfalo, sempre de nós mulheres, porque somos quem temos que carregar no útero a realidade humana feito carne. Mas é preciso lembrar que o pai também sofre barbaramente; que a família pode sofrer e se desfacer - e isso não é incomum -; que o direito do pai também precisa ser contado nessa discussão; que o direito do homem de ter a sua família, durante aquele período, qualquer que seja a opção que este casal faça (se tiver, o casal; se não tiver, como a mulher lida com isso; se for um pai que não seja o marido, tem que se lidar com isso), esse homem também precisa participar e ser levado em consideração na sua dignidade. Por isso mesmo, acho que, quando falamos em dignidade, estamos falando de todos: do feto, da mulher, do pai, do que seria o irmãozinho mais velho, que fica olhando - como uma das cartas que nos chegaram contava que o filho pergunta todo dia quanto tempo levará para ele brincar, sabendo a mulher que esse irmão nunca vai brincar com o que está para chegar; que ele não vai poder jogar bolinha de gude porque não vai ter essa possibilidade. Essa realidade toda precisa ser posta constitucionalmente no centro da discussão.” *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 193.

²⁷⁰ Novamente em sua antecipação de voto, afirma a Ministra que “todos preocupam-se com o direito à vida, quem é contra a interrupção da gravidez, quem é a favor, quem se pronunciou na audiência pública, de uma forma ou de outra; não há ninguém que tenha qualquer outra preocupação que não seja rigorosamente a vida e a dignidade da vida, com a visão que cada um tem de mundo e da própria vida, o que reflete, a meu ver, um momento democrático brasileiro, um momento de pluralidade.” *Ibidem*, p. 189.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 221.

Em momento posterior, a Ministra cita o penalista Luiz Flávio Gomes, a fim, justamente, de defender a razoabilidade do entendimento de que a vida do feto anencéfalo deva ceder, na ponderação do caso concreto, diante do interesse geral da liberdade, da autonomia da vontade, da legalidade, da dignidade da pessoa humana e da saúde, não sendo, pois, a conduta do seu aborto desaprovada juridicamente:

Sob qual fundamento torna-se possível concluir se o risco é ou não proibido (ou seja, juridicamente desaprovado)? A base dessa valoração decorre da ponderação (em cada caso concreto) entre o interesse de proteção de um bem jurídico (que tende a proibir todo tipo de conduta perigosa relevante) e o interesse geral de liberdade (que procura assegurar um âmbito de liberdade de ação, sem nenhuma ingerência estatal). No aborto anencefálico parece não haver dúvida que o risco criado (contra o bem jurídico, vida do feto) não é desaprovado juridicamente. Todas as normas e princípios constitucionais invocados na ação de descumprimento de preceito fundamental (artigos 1º, IV - dignidade da pessoa humana; 52, II - princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade; 6º, caput, e 196 - direito à saúde, todos da CF), conduzem à conclusão de que não se trata de uma morte (ou antecipação dela) desarrazoada.²⁷²

Ainda, dentro do mesmo argumento, observa-se a seguinte passagem, que sintetiza o raciocínio da Ministra: no caso concreto, a dignidade da vida dos pais deve prevalecer sobre a vida inviável do feto anencéfalo. É o que se verifica abaixo:

Alçada à categoria de princípio jurídico fundamental, afronta a dignidade humana a maternidade ou paternidade exigida no ordenamento jurídico que determina a continuidade de gestação, da qual não resultará, no estágio atual do conhecimento médico, ser humano com vida, o que afeta a personalidade daqueles que vivenciam a experiência, inclusive em sua relação aos concidadãos por colocá-los em situação de criminalidade.

A Constituição não afirma apenas o direito à vida. E já não seria pouco. Mas não se quer apenas viver, mas viver com dignidade.²⁷³

No fim do seu voto, Cármen Lúcia ainda tece alguns comentários sobre a laicidade do Estado brasileiro, no sentido de afastar uma possível interpretação religiosa, assim como fez o Relator. Para tanto, vale-se de uma interpretação predominantemente principiológica (pós-

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, pp. 244-245.

²⁷³ *Ibidem*, p. 255.

positivista), alegando princípios como “igualdade” e “liberdade” religiosas, além do “estado democrático de direito”.²⁷⁴

Procede-se, em sequência, ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

5.7 MIN. RICARDO LEWANDOWSKI – (IM/LNCA)

O Min. Ricardo Lewandowski foi um dos dois que votou em sentido contrário à procedência do pedido formulado na inicial da ADPF. Nesse sentido, mostra-se fundamental a análise da argumentação por ele adotada, a fim de compará-la posteriormente com a dos ministros que votaram em sentido favorável. Quanto à extensão, o seu voto também foi relativamente curto (17 laudas).

Quanto à segunda camada discursiva, verifica-se uma característica marcante: o domínio dos métodos clássicos. Nesse sentido, a argumentação do Ministro se concentra em argumentar em torno dos referidos métodos e, sobretudo, refutar a aplicabilidade de métodos pós-positivistas ao presente caso. Sendo assim, Lewandowski insiste que certas noções interpretativas, tipicamente pós-positivistas – particularmente a de “interpretação conforme” – pode ter valia em outras situações, mas não no julgado em análise, no qual se depara com limitações que não podem ser transgredidas, levando-se em consideração, principalmente, o papel de “legislador negativo” do STF – expressão que diz muito em termos de retórica da objetividade (uma investigação mais detida em relação ao seu uso estratégico, contudo, ingressaria no terreno do método analítico, o qual extrapola o corte traçado no presente trabalho, que, como já explanado, é cartográfico).

No que se refere à terceira camada discursiva, o Ministro se mostra bem mais contido do que os demais no uso de argumentos técnico-científicos de cunho médico e biológico, o que,

²⁷⁴ “A compreensão da laicidade do Estado se infere pela liberdade religiosa que seus cidadãos usufruem; a sociedade brasileira é amplamente conhecida pela variedade de credos e sincretismo religioso e, a prevalência do dogma de um segmento religioso em detrimento dos demais é inequívoca afronta ao princípio da igualdade e, por isso, a laicidade do Estado é ponto fundamental para que essa regra não pereça.” *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 257.

por si só, já se mostra um fato relevante. Entretanto, verificou-se uma menção aos dados trazidos por um dos médicos presentes na audiência pública previamente realizada. Curiosamente, ele conseguiu encaixar dados oriundos da medicina em um de seus argumentos contrários à procedência da ADPF, onde todos os demais encontraram argumentos a ela favoráveis. Verificou-se ainda uma passagem de cunho filosófico e histórico.²⁷⁵

O argumento de cunho médico consiste em alegar que diversas outras doenças congênitas são igualmente letais, de tal modo que conceder uma exceção ao caso dos anencéfalos exigiria abrir as portas (criar um precedente) a todos esses outros casos, de modo excessivamente amplo. Ademais, alega a impropriedade do termo “anencefalia”, que seria melhor compreendida se fosse chamada de “meroencefalia” (“mero” significa “parte”).²⁷⁶

Novamente, em relação aos métodos clássicos, o Ministro utiliza uma interpretação histórica, de natureza genética, para dizer o oposto dos demais, isto é, que desde a elaboração do Código Penal (1940) e da sua reforma (1984) já existiam métodos científicos para a detecção de patologias fetais, de tal modo que a vontade do legislador era sim a de manter o caso em análise fora das exceções ao crime de aborto. Logo, para ele, a interpretação histórico-evolutiva dos demais não procede. Significativo observar também que o Ministro utiliza a expressão

²⁷⁵ “Data da Antiguidade Clássica a discussão epistemológica sobre a possibilidade do conhecimento da realidade circundante, isto é, do mundo fenomenológico. Xenófanes, por exemplo, prenunciando o ceticismo que caracterizaria o Iluminismo Grego, cujo clímax se deu em Atenas, no século V a. C., deixou-nos, a propósito, a seguinte observação: “*A verdade certa, homem nenhum conheceu, nem conhecerá*”. Em que pesem, contudo, as múltiplas divergências gnosiológicas, todas as correntes filosóficas que se debruçaram sobre o tema concluíram que conhecer o real implica interpretá-lo de alguma maneira.” In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. Op. cit., p. 273.

²⁷⁶ Segue a referida passagem: “Nessa linha, o Doutor Rodolfo Acatuassú Nunes, Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, na Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal sobre o tema, assentou o seguinte: “A anencefalia é ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, mas certamente não é a única; existem outras: acardia, agenedia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, ostogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15, trissomia do cromossomo 18. São todas afecções congênitas letais, listadas como afecções que exigirão de seus pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte. Por que foi escolhida a anencefalia para provocar-se a antecipação da morte, ainda no ventre materno, não se esperando o nascimento natural? Em primeiro lugar, a anencefalia é um termo que induz ao erro. Há uma grande desinformação, que faz prevalecer e difundir a ideia de que a anencefalia significa ausência do encéfalo. Na realidade, anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo. O nome mais correto para anencefalia seria ‘meroencefalia’, já que ‘mero’ significa ‘parte’.” É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrempio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina.” *Idem*, pp. 279-280.

“aborto eugênico”, evitada por quase todos aqueles foram favoráveis à procedência do pedido formulado na ADPF.

Em outras palavras, o legislador, de modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez nessas situações. Quer dizer, considerou penalmente imputável o abortamento induzido de um feto mal formado.

E não se diga que à época da promulgação do Código Penal ou de sua reforma, levadas a efeito, respectivamente, por meio do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e da Lei 7.209, de 11 de junho de 1984, não existiam métodos científicos para detectar eventual degeneração fetal. Como se sabe, os diagnósticos de deformidades ou patologias fetais, realizados mediante as mais distintas técnicas, a começar do exame do líquido amniótico, já se encontram de longa data à disposição da Medicina.

Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados.²⁷⁷

Ainda, em relação aos métodos clássicos, o Ministro faz questão de ressaltar a importância de combiná-los, a fim de alcançar “o preciso significado de um preceito jurídico”:

No caso dos textos legais, raramente a *mens legis* se revela de imediato. Com efeito, na maior parte das vezes, o preciso significado de um preceito jurídico só pode ser alcançado mediante um esforço exegético que exige a combinação de vários métodos hermenêuticos: o gramatical, o sistemático, o histórico, o teleológico, dentre outros.²⁷⁸

Adiante, Lewandowski desenvolve a referida alegação de que a interpretação conforme a Constituição não se aplica ao presente caso, por afrontar a “expressão literal da lei” e a “vontade manifesta do legislador”. Em outras palavras, defende o Ministro a superioridade dos métodos clássicos gramatical e histórico frente à interpretação conforme, de natureza pós-positivista.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, p. 272.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 273.

Impende ressaltar, ademais, naquilo que interessa para a presente discussão, que a técnica de interpretação conforme a Constituição, embora legítima e desejável, dentro de determinadas circunstâncias, defronta-se com duas barreiras intransponíveis, quais sejam: de um lado, não é dado ao hermeneuta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele.²⁷⁹

Em seguida, com base no argumento anterior, o Ministro expõe sua defesa à limitação do Judiciário e ao seu papel de “legislador negativo”, que deve ser exercido com “cerimoniosa parcimônia”, a partir do “princípio da intervenção mínima”, em respeito aos “poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional”.

É que, como explica Luís Roberto Barroso, o postulado da independência e harmonia entre os Poderes, “*ao lado do princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, um e outro atuam como mecanismos de autolimitação Poder Judiciário (judicial self-restraint)*”. E enfatiza: “*Deveras, foi ao Poder Legislativo, que tem o batismo da representação popular e não o Judiciário, que a Constituição conferiu a função de criar o direito positivo e reger as relações sociais*”.²⁸⁰

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno.

Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo *mister* trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional.²⁸¹

Em momento posterior, o Ministro deslegitima ainda outra argumentação tipicamente pós-positivista, qual seja, a principiológica baseada na dignidade humana, a qual, para ele, pode ser invocada por ambos os posicionamentos do caso em pauta, de tal modo que seu significado

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 276.

²⁸⁰ *Idem*.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 277.

resta, dessa feita, esvaziado. Em suas palavras: “Interessantemente, tanto os que são favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez, quanto os que são contrários a ela invocam, em abono das respectivas posições, de modo enfático, o princípio da dignidade humana.”²⁸²

Em conclusão, reiterando a sua tese da “moderação judicial” (e encerrando o 1º dia de votação), julga o Ministro improcedente o pedido, com as seguintes palavras:

Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto eugênico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, **julgo improcedente o pedido.**²⁸³

5.8 MIN. AYRES BRITTO – (IM/LNCA)

O voto do Ministro Ayres Britto é mais um que adota um modelo mais sucinto, para os padrões do presente acórdão (16 laudas). Trata-se de outro voto em sentido favorável e o primeiro do segundo dia de votação.

Quanto à argumentação adotada na 2ª camada, novamente se observa um padrão parecido com o do Relator, isto é, a alegação de “colisão aparente” como argumento principal e a ponderação entre os direitos da gestante e do feto anencéfalo como argumento eventual (inclusive com o uso da expressão latina “*ad argumentandum*”, o que reforça ainda mais o seu caráter de eventualidade). A maior distinção, contudo, parece ter sido a omissão do argumento histórico-evolutivo (argumento complementar do Relator), que não foi observado na análise realizada. A atenção, portanto, voltou-se aos outros dois.

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 278.

²⁸³ *Ibidem*, p. 284.

Quanto à terceira camada, houve novamente um destaque dos argumentos técnico-científicos, de cunho médico e biológico, mas houve ainda menção à física quântica, além de passagens de teor filosófico²⁸⁴. Ademais, certos trechos do voto do Ministro adotam um teor quase literário, com o fito de despertar determinados sentimentos no leitor, como será igualmente destacado.

Primeiramente, na tentativa de esclarecer o sentido do aborto e dos dispositivos penais – e já se encaminhando para a construção do argumento principal –, o Ministro faz menção aos métodos clássicos de interpretação²⁸⁵ (2ª camada, portanto), bem como à “definição prosaica” do aborto (método clássico gramatical). Em suas palavras, “o aborto tem esta definição: é expulsão provocada ou consentida do produto da concepção, com o propósito de obstar, de impedir que ele venha ter qualquer possibilidade de vida extrauterina.”²⁸⁶

Quanto ao argumento principal, Ayres Britto faz questão de destacar a sintonia com os votos dos demais ministros²⁸⁷, com a exceção de Lewandowski, tratando-se o feto anencéfalo

²⁸⁴ A passagem a seguir é perfeita para destacar uma mistura de argumentos técnico-científicos (neurociência e física quântica) e filosóficos, a respeito do cérebro humano e da condição do anencéfalo: “Vale dizer, o feto anencéfalo nem pode ser chamado de deficiente; não pode ser chamado de deficiente físico, porque vai lhe faltar a própria calota craniana. Vai portar consigo um vazio onde deveria estar o cérebro com sua funcionalidade neural, mas não se pode dizer que seja um doente mental, porque ele não tem nem mente. A mente é um dos hemisférios do cérebro; o feto anencéfalo não tem mente e não tem cérebro. O cérebro, segundo a neurociência e a física quântica, é binário, como tudo o mais na vida; tudo é dual, tudo se nos dá em dicotomias, em dualismos: o perto e o longe, o claro e o escuro, o largo e o estreito, a alegria e a tristeza, o amor e o ódio, o pensamento e o sentimento, o concreto e o abstrato; tudo. Por isso que o cérebro também tem dois hemisférios, basicamente: o hemisfério esquerdo é chamado de mente. Antigamente, mente era sinônimo de cérebro, depois da física quântica e da neurociência, não, o cérebro é mais do que a mente. [...] E se o anencéfalo é desprovido de mente, esse hemisfério esquerdo do cérebro, também é desprovido do hemisfério direito, que é a sede do sentimento enquanto inteligência emocional. [...] E se o anencéfalo não tem o lado direito nem o lado esquerdo do cérebro, inteligência emocional do lado direito, inteligência intelectual ou cartesiana ou racional ou lógica do lado esquerdo, ele não tem como, pela combinação dos dois hemisférios, partejar o que podemos chamar de rebento da consciência, que já é um *tertium genus*, uma terceira realidade neural, inconfundível com as primárias realidades neurais do sentimento e do pensamento.” In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, pp. 295-297.

²⁸⁵ “[...] são significações ressaídas tão-só da estrutura de linguagem de cada qual dos enunciados interpretados, e isso segundo os combinados métodos de compreensibilidade que são próprios da hermenêutica do Direito e, todos nós sabemos, os métodos filológico, lógico, teleológico e histórico, todos eles a incidir sobre o dispositivo objeto, sobre o dispositivo alvo em si mesmo, isoladamente, portanto. Assim como o método sistemático, esse já operante pela inserção do texto alvo no conjunto da lei ou do seguimento legal de que ele faça parte; panoramicamente, portanto.” *Ibidem*, p. 291.

²⁸⁶ *Idem*.

²⁸⁷ A presente dissertação entende que Ayres Britto se equivoca ao incluir o Min. Luiz Fux nessa lista. Como explicado no “capítulo 4.5”, verificou-se que a argumentação desse último opta por métodos pós-positivistas, parecendo desconsiderar o argumento da analogia (referindo-se, inclusive, à expressão “antecipação terapêutica do parto” como sendo eufemística).

de um “natimorto cerebral”, padecente de “inviabilidade vital”, conforme destaca, de acordo com ele, a própria Resolução nº 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina. Logo, não se poderia afirmar a ocorrência de crime de aborto quando da interrupção de gravidez de feto anencefálico.

Foi a perfilhada pelo Ministro Marco Aurélio, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, pela Ministra Rosa Weber, pelo Ministro Joaquim Barbosa e pela Ministra Cármen Lúcia: inexistente o crime de aborto naquelas específicas situações de voluntária interrupção de uma gravidez que tenha por objeto um “natimorto cerebral”. Um ser padecente de inviabilidade vital. Expressões, aliás, figurantes da Resolução nº 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina. Expressões ali empregadas no plural para os casos de anencefalia fetal.²⁸⁸

Em sequência, reforça esse argumento principal destacando a atipicidade da conduta em análise, que não pode corresponder ao fato-tipo legal do aborto, uma vez que falta a “potencialidade vital” do feto. Desse modo, resta configurado o argumento da “colisão aparente”, ainda que sem menção expressa ao termo, na medida em que não subsiste em um dos polos da balança - a vida (ou, ao menos, vida viável). Observe-se, desde já, a referida linguagem poética do Ministro, que se vale de metáforas em seu argumento – na passagem abaixo, ao comparar o feto anencéfalo a “uma crisálida que jamais se tornará uma borboleta”:

Metaforicamente, o feto anencéfalo é uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta porque não alçará voo jamais. O que já importa proclamar que se a gravidez “é destinada ao nada” – a figuração é do Ministro Sepúlveda Pertence –, sua voluntária interrupção é penalmente atípica, já não corresponde a um fato-tipo legal, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana *in fieri*, donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer. Equivale a dizer: o desfazimento da gravidez anencéfala só é aborto em linguagem simplesmente coloquial, assim usada como representação de um fato situado no mundo do ser – kelsenianamente falando. Não é aborto, contudo, em linguagem depuradamente jurídica – também ressaltou a Ministra Rosa Weber –, por não corresponder a um fato alojado no mundo do dever-ser em que o Direito consiste.²⁸⁹

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, pp. 293-294.

²⁸⁹ *Ibidem*, pp. 294-295.

Por fim, salienta-se que o Ministro, assim como os anteriores, também destaca, ainda no contexto do argumento principal, a analogia com a normatização da morte encefálica, abordada no artigo 3º da Lei Federal nº 9.434/97:

Ajunte-se que essa particularizada compreensão das coisas tem a respaldá-la a própria associação que o artigo 3º da Lei Federal nº 9.434/97 faz entre morte encefálica e cessação da vida humana. A primeira, morte encefálica, a servir de critério para a legitimação do transplante *post mortem* de tecidos e partes do corpo humano.²⁹⁰

Quanto ao argumento eventual da ponderação de valores (método pós-positivista, portanto), Ayres Britto, inicialmente, utiliza-se novamente de uma interpretação gramatical (método clássico) do termo “anencefalia”, valendo-se de uma definição de dicionário, para, em seguida, alegar que, em uma hipótese como essa, o fiel da balança pende para o lado da gestante, já que não se pode obrigá-la a levar adiante uma gravidez como essa.

Na Enciclopédia e Dicionário Koogan Houaiss, página 52, a anencefalia é definida como um fenômeno teratológico, ou “monstruosidade caracterizada pela ausência de cérebro”. O que faz o fiel da balança em que se pesam contrapostos valores pender para o lado da gestante, na acepção de que ela já não está obrigada a levar adiante uma gravidez tão-somente comprometida com o pior dos malogros quando do culminante instante do parto.²⁹¹

Posteriormente, Ayres Britto dá continuidade ao desenvolvimento do argumento eventual, ao alegar que, *ad argumentandum*, a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo não configura prática penalmente cabível, já que a gestante não pode ser obrigada a se submeter a tamanho “abalo psíquico” e “dor moral”, particularmente levando-se em consideração a impossibilidade de vida extrauterina do feto anencefálico.

Em suma, ainda que sem a menção expressa ao sopesamento de princípios (embora, na passagem anterior, tenha havido a menção ao “fiel da balança em que se pesam contrapostos valores”), entende-se que restou configurado o argumento eventual nessas duas passagens (a

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* pp. 294-295

²⁹¹ *Idem*.

anterior e a seguinte). Ademais, verifica-se uma das poucas utilizações de brocardos jurídicos no trecho abaixo (*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*):

A antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo é fato típico por argumentação, *ad argumentandum*, é aborto, sim, mas não configura prática penalmente cabível. Se se partir para essa segunda tese, que não é a do professor, ainda assim não configura prática penalmente cabível, pois se a razão fundamental desse tipo de despenalização reside na consideração final de que o abalo psíquico e a dor moral da gestante são bem jurídicos a tutelar para além da potencialidade vital do feto, essa mesma fundamental e definitiva razão pode se fazer presente na gestação anencéfala; aliás, pode se fazer presente com a força ainda maior de convencimento, se considerados os aspectos de que o feto anencéfalo dificulta sobremodo a gravidez e nem sequer tem a possibilidade de viver extrauterinamente senão para se debater nos estertores que são próprios daqueles que já com morte cerebral comprovada, se veem desligados dos aparelhos hospitalares que lhes davam uma aparência de vida, donde o mais que justificado emprego do brocardo latino *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*, a se traduzir na fórmula de que, onde exista a mesma razão decisiva prevalece a mesma regra de direito.²⁹²

Por último, merece destaque mais uma passagem de cunho quase literário do Ministro. As expressões utilizadas, com o recurso da metáfora, têm, indubitavelmente, a finalidade de despertar um sentimento de compaixão e solidariedade no leitor, diante da condição da gestante de feto anencefálico. Nesse sentido, parece cabível enquadrar esse tipo de argumento dentre os axiológicos, os quais, como já mencionado, representam “a tentativa do jurista praticante de transmitir no leitor um determinado sentimento (estado emocional) favorável à adesão ao discurso”. É, pois, o que se verifica na passagem abaixo (particularmente no seu desfecho):

É o reconhecimento desse direito que tem a mulher de se rebelar contra uma gravidez, um tipo de gravidez tão anômala que corresponde a um desvario da própria natureza – porque a natureza também se destrambelha, já dizia Tobias Barreto. É um direito que tem a mulher de interromper uma gravidez que trai até mesmo a ideia-força que exprime a locução “dar à luz”. “Dar à luz” é dar a vida; não é dar a morte. É como se fosse uma gravidez, metaforicamente, que impedisse o rio de ser corrente; o rio salta da nascente para a embocadura. E é o que sucede, sem fluir, sem a ventura de se assumir também como corrente porque o rio é um rio só, da nascente à foz, passando pela corrente. E, no caso da gravidez de que estamos a falar, a fase corrente do rio é totalmente eliminada. A mulher já sabe por antecipação que o produto da sua gravidez, longe de, pelo parto, cair nos braços aconchegantes da vida, vai se precipitar - digamos assim - no mais terrível dos colapsos. É o colapso da luz da vida. O feto anencéfalo

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 298.

não passa de um organismo prometido à inscrição do seu nome não no registro civil, mas numa lápide mortuária.²⁹³

Votou em sentido favorável, portanto, o Min. Ayres Britto. Procede-se, a seguir, ao voto do Min. Gilmar Mendes.

5.9 MIN. GILMAR MENDES – (IM/LNCA)

O Ministro Gilmar Mendes foi considerado voto vencido, pois, apesar de ter se posicionado em sentido favorável ao provimento da ADPF, acrescentou-lhe determinadas condições a respeito da adequada regulamentação do reconhecimento da anencefalia por parte do Ministério da Saúde (defendidas também pelo Min. Celso de Mello), que não foram aceitas, contudo, pela maioria. Em suas palavras:

Para o cumprimento desta decisão, é indispensável que o Ministério da Saúde regulamente adequadamente, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia. Enquanto pendente regulamentação, a anencefalia deverá ser atestada por no mínimo dois laudos diagnósticos, produzidos por médicos distintos, e segundo técnicas de exame atuais e suficientemente seguras.²⁹⁴

Em seu voto, considerado extenso (44 fls), o Ministro segue um caminho argumentativo notadamente distinto do Relator e dos demais que votaram em sentido favorável, razão pela qual merece uma atenção maior.

Em relação à segunda camada, o Ministro surpreendentemente descarta tanto o argumento da colisão aparente (argumento principal do Relator, considerado clássico em razão do raciocínio analógico empreendido), quanto o do sopesamento de princípios (argumento eventual daquele outro, tipicamente pós-positivista). Sendo assim, resta-lhe apenas o argumento

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, pp. 300-301.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 349.

histórico-evolutivo (argumento complementar do Relator, de cunho igualmente pós-positivista), que se torna, no presente voto, o seu argumento principal (e praticamente único). Destaca-se, porém, já de início, uma referência de Gilmar à teoria de Peter Häberle, autor trabalhado no segundo capítulo, considerado um dos expoentes do pós-positivismo alemão, em defesa da ampliação das “audiências públicas e intervenções de eventuais interessados”. Como se observa, portanto, a linha pós-positivista predomina em seu voto.

A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição (cf. Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 47-48).²⁹⁵

No que se refere à terceira camada, Gilmar Mendes segue a linha da maioria, no sentido de não diversificar demais esse leque, concentrando-se sobretudo naqueles argumentos técnico-científicos de cunho médico e biológico.²⁹⁶ Mesmo esses últimos, contudo, parecem desempenhar um papel menos relevante, considerando-se as dimensões do voto, em comparação a outros. Nesse sentido, pode-se afirmar que, no presente voto, a preponderância é mesmo dos argumentos propriamente jurídicos (2ª camada).

Quanto ao argumento histórico-evolutivo, mesmo antes de deixar claro os rumos tomados pelo seu voto, já se pode perceber, na seguinte passagem, uma inclinação a seu favor,

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 313.

²⁹⁶ Serve como exemplo dessa modalidade argumentativa a passagem a seguir, na qual o Ministro junta ao voto uma série de dados médicos a respeito da anencefalia: “– Nos casos mais brevemente diagnosticados, por volta da décima semana de gravidez foi possível descobrir a anencefalia no feto. Desse modo, pode-se considerar que, a partir do fim do primeiro trimestre de gravidez, passa a ser possível diagnosticar a anomalia; – No estágio atual de desenvolvimento da medicina, o diagnóstico da anencefalia fetal pode ser realizado com elevadíssimo grau de certeza; – O risco da gravidez de um feto anencéfalo é maior do que o de um feto viável. Entre outras complicações, são frequentes: variação do líquido amniótico; hipertensão; diabetes; parto prematuro; gravidez prolongada; deslocamento placentário; óbito intrauterino; necessidade de transfusão de sangue por não contração do útero após o parto; e histerectomia. Além disso, há forte impacto sobre a saúde mental das mulheres, com estresse psíquico, angústia, culpa, pensamentos suicidas e fixação na imagem fetal; e – A anencefalia é uma doença letal que, na grande maioria dos casos, leva à morte intrauterina do feto ou logo após as primeiras horas do nascimento.” *Ibidem*, p. 326.

ao refletir sobre a licitude do aborto de gravidez proveniente de estupro, dirigindo ao caso dos anencéfalos compreensão em sentido semelhante:

É o caso do aborto de gravidez proveniente de estupro, previsto pela maioria dos países, inclusive pelo Brasil, a partir do entendimento de que seria aceitável que a mãe não desejasse gerar o fruto de uma relação sexual não consensual. Trata-se aqui de situação em que o feto pode ser abortado, ainda que plenamente saudável, dando-se primazia ao direito da gestante e aos impactos psicológicos de tal situação. A essa situação se inclui, também, a possibilidade de aborto de anencéfalos, cuja manifestação não conseguia ser identificada na década de 1940, no Brasil, com base na tecnologia então disponível.²⁹⁷

Em passagem posterior, de modo bastante didático, o Ministro relembra os três fundamentos precípuos da causa de pedir da presente ADPF, destacados pela Autora em suas razões finais, os quais praticamente coincidem com os três argumentos-fim do Relator, e, a partir daí, passa a refletir sobre cada um deles.

A causa de pedir da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sustenta-se em três fundamentos principais, conforme enfatizou a autora em suas razões finais: (i) a atipicidade do fato (aborto de feto anencéfalo); (ii) a necessidade de se conferir ao Código Penal, na parte que interessa, uma interpretação evolutiva, pois data de 1940 a redação de sua parte especial; e (iii) a prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à saúde.²⁹⁸

Mesmo antes da passagem anterior, o Ministro já dá a entender que não aceitará o argumento da atipicidade do fato, ao discordar da analogia, realizada pela maioria dos ministros (no argumento da colisão aparente), entre a anencefalia e a morte cerebral. Em suas palavras:

Morte encefálica e anencefalia são conceitos distintos, portanto, deve ser bem ponderado o argumento de que a lei brasileira considera a morte cerebral para fins de doação de órgãos. Na anencefalia, a pessoa tem autonomia cardíaca e respiratória, ao passo que, na morte cerebral, a pessoa só permanece viva com a ajuda de aparelhos.²⁹⁹

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, p. 324.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 327.

²⁹⁹ *Ibidem*, pp. 325-326.

Posteriormente, o Ministro retoma as razões pelas quais descarta os argumentos da atipicidade do fato (conflito aparente) e da prevalência do princípio da dignidade humana da gestante em detrimento da vida do feto, após procedimento de sopesamento. Para ele, o nascituro goza de evidente proteção jurídica, e o feto anencéfalo, como se sabe, pode sim nascer com vida, ainda que venha a óbito poucas horas depois. Nesse sentido, desconsiderada a analogia com a morte encefálica, não resta outra alternativa ao Ministro além de descartar esse argumento.

Ademais, o entendimento contrário, em sua opinião, representaria até mesmo um desrespeito à visão de uma considerável parcela da sociedade, que se posiciona em sentido diverso. Quanto ao argumento do sopesamento, afirma que o seu uso, ao menos com base no princípio da dignidade humana, não pode prosperar, haja vista que também o nascituro deve ser protegido por essa prerrogativa constitucional.³⁰⁰ Em sequência, desconsidera igualmente o princípio da saúde pública como elemento a ser alegado em favor da procedência da ADPF, uma vez que se trata de um argumento pragmático, incompatível com uma discussão desse nível de complexidade.

É de se registrar que, não fosse a falta de consenso acerca da necessidade de se conferir proteção jurídica ao feto anencéfalo, não estaria o Supremo Tribunal perante julgamento tão delicado. Parece-me, portanto, que afirmar a atipicidade do aborto nesta hipótese é incorreto, ante a evidente proteção jurídica que se confere ao nascituro (e está documentado à exaustão que o feto anencéfalo pode nascer com vida, a qual terá maior ou menor duração, a depender de diversos fatores).

Além disso, em uma sociedade heterogênea e que tem por princípio constitucional o pluralismo político, parece-me também inadequado tratar o aborto do feto anencéfalo como fato atípico, pois tal postura afigurar-se-ia até mesmo ofensiva àquela parcela da sociedade que defende a vida e a dignidade desses fetos.

Disso também decorre que não se pode simplesmente tutelar o direito de praticar o aborto dos fetos anencéfalos com base no princípio da dignidade humana (outro fundamento da inicial), visto que, conforme asseverou o Tribunal Constitucional alemão, também o nascituro deve ser protegido por essa cláusula constitucional. Até mesmo porque o desenvolvimento da vida passa necessariamente pelo estágio fetal.³⁰¹

³⁰⁰ Nesse sentido, utiliza-se, de certo modo, do raciocínio inverso daquele empreendido por Cármen Lúcia, que procurou estender o direito à vida aos dois polos em colisão, a partir do conceito de “dignidade da vida” da gestante e de outros familiares envolvidos, fazendo com que o direito deles prevalecesse sobre o do feto no processo de ponderação. Gilmar Mendes, por outro lado, segue o caminho inverso, a fim de descartar esse argumento do sopesamento.

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, p. 328.

Penso ser inadequado, portanto, tratar do tema aborto de fetos anencéfalos sobre o prisma da atipicidade do fato, ou da ponderação entre a dignidade humana da mulher em detrimento da do feto. Por outro lado, também não me impressiona o argumento pragmático segundo o qual o aborto deve ser tratado como assunto de saúde pública. Questões capazes de gerar *desacordos morais razoáveis* em sociedades plurais tornam-se logo assuntos políticos demasiadamente complexos e simbólicos para serem reduzidos a um olhar preponderantemente pragmático.³⁰²

Finalmente, o Ministro retoma o seu entendimento, já anteriormente esboçado, em defesa do argumento histórico-evolutivo (pós-positivista), já que não era possível, em 1940, o diagnóstico prévio da anencefalia, constatada apenas no momento do parto. Em reforço a essa interpretação, desenvolve uma comparação entre o caso do feto anencéfalo e as outras hipóteses de exceção previstas no CP: aborto terapêutico (art. 128, I) e aborto humanitário (art. 128, II). Assim, considera que o caso em julgamento guarda semelhanças com as duas hipóteses referidas, uma vez que existe, de um lado, um risco adicional à saúde física da mulher e, de outro, um dano gravíssimo à sua saúde psíquica, transitando, pois, o caso em análise, “entre o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa”.

Pode-se afirmar, portanto, que Gilmar Mendes emprega uma interpretação gramatical sintática (método clássico) como argumento-meio, na medida em que compara hipóteses de exceção dentro de um mesmo dispositivo normativo, a fim de dar suporte ao seu argumento-fim, qual seja, o histórico-evolutivo (pós-positivista).

Dos fundamentos que compõem a causa de pedir da presente ADPF, resta analisar aquele referente à necessidade de se conferir ao conjunto normativo do Código Penal transcrito acima uma interpretação evolutiva. Isso porque a parte especial do Código é de 1940, momento em que ainda não se vislumbrava possível diagnosticar a anencefalia fetal.

O aborto dos fetos anencéfalos apenas aparentemente é uma questão capaz de gerar *desacordo moral razoável*, ao contrário do que pode ocorrer com o aborto puro e simples. Isso fica evidente ao se constatar que, desde 1940, o ordenamento jurídico brasileiro convive com duas hipóteses de aborto permitidas pela legislação (art. 128, I e II, CP). Significa dizer que a interrupção antecipada da gravidez não é algo completamente estranho à sociedade plural brasileira.³⁰³

Com efeito, é possível aferir um norte interpretativo a partir das próprias opções do legislador, que transitam entre o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa.

A gestação do feto anencéfalo, consoante inúmeras informações colhidas na instrução do processo, inequivocamente, traz riscos adicionais à mulher. Por certo que, pelo

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 329.

³⁰³ *Ibidem*, p. 331.

menos na maioria das vezes, esses riscos não atingem a gravidade requerida pelo inciso I do art. 128 do Código Penal, mas são consideráveis.

Entrementes, o aborto do feto anencéfalo tem por objetivo precípua zelar pela saúde psíquica da gestante, uma vez que, desde o diagnóstico da anomalia (que pode ocorrer a partir do terceiro mês de gestação) até o parto, a mulher conviverá com o sofrimento de carregar consigo um feto que não conseguirá sobreviver, segundo a medicina afirma com elevadíssimo grau de certeza. Essa hipótese assemelha-se, em sua estrutura lógico-funcional, ao aborto de feto resultante de estupro, em que a principal intenção da norma é também a proteção da saúde psíquica da gestante, com a relevante distinção de que, neste último caso, permite-se a prática do aborto ainda que o feto seja saudável.³⁰⁴

Já no fim do seu voto, levando-se em conta a desconsideração do argumento da atipicidade do fato, o Ministro sustenta que a decisão a favor da procedência da ADPF deve ser encarada como possuidora de verdadeiros efeitos aditivos, a fim de acrescentar jurisprudencialmente uma terceira hipótese de exceção ao crime de aborto. Tal noção se opõe à visão tradicional do Judiciário (defendida sobretudo por Lewandowski), ao pregar um papel ativista por parte dele, a partir de uma atuação do STF, em termos de controle de constitucionalidade, não apenas como legislador negativo, mas claramente como legislador positivo. Tudo isso reforça a ideia de que o voto de Gilmar Mendes é notadamente o mais “desenvolvido” (na falta de termo mais adequado) dentro de uma metodologia pós-positivista.

Porém, o fato de o âmbito normativo penal ser a área mais problemática de aplicação das decisões de efeitos aditivos não deve significar o seu completo rechaço nessa seara. No caso brasileiro – assim como ocorreu também na realidade italiana –, o controle da constitucionalidade da legislação penal pré-constitucional (como é o caso do Código Penal, de 1940) pode impor à Corte a necessidade de adoção de uma interpretação evolutiva atualizadora dessa legislação em face da ordem constitucional de 1988, exigindo uma decisão interpretativa com efeitos aditivos, que ocorrerá *in bonam partem*, no caso em exame.³⁰⁵

Em conclusão, de acordo com o que desenvolveu ao longo do voto, encerra o Ministro com as seguintes palavras (observe-se, inclusive, que, em razão de desconsiderar o argumento da atipicidade do fato, Gilmar Mendes, diferentemente da maioria, não tem qualquer problema em se referir ao caso em análise como “aborto”, em vez de “antecipação terapêutica do parto”):

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* p. 332.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 346.

Com essas considerações, voto no sentido da procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar interpretação conforme a Constituição, com efeitos aditivos, ao art. 128 do Código Penal, para estabelecer que, além do aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, “não se pune o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia comprovada por junta médica competente, conforme normas e procedimentos a serem estabelecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)”.³⁰⁶

O Min. Gilmar Mendes votou, portanto, em sentido favorável à procedência da ADPF. Parte-se, a seguir, para o voto do Min. Celso de Mello.

5.10 MIN. CELSO DE MELLO – (IM/LNCA)

O Min. Celso de Mello apresenta um dos votos mais extensos do presente acórdão (59 laudas). O seu posicionamento foi igualmente no sentido de dar procedência à ADPF. Apesar disso, assim como Gilmar Mendes, Celso de Mello foi considerado voto vencido, uma vez que se posicionou a favor das condições a respeito da adequada regulamentação do reconhecimento da anencefalia por parte do Ministério da Saúde, propostas por Gilmar.

Em relação à segunda camada, o Ministro apresenta precisamente o entendimento inverso de Gilmar Mendes, no sentido de que alega tanto o argumento da atipicidade (colisão aparente e raciocínio analógico – metodologia clássica), quanto o do sopesamento (método pós-positivista) – em outras palavras, os argumentos principal e eventual do Relator –, ao passo que aparenta simplesmente ignorar o argumento histórico-evolutivo (o qual, como previamente mencionado, foi o mais relevante e, mais do que isso, o único argumento-fim de Gilmar Mendes). Quanto à ordem de importância, apesar de não haver, de forma tão clara, a ideia de eventualidade do argumento do sopesamento em relação ao da atipicidade, pode-se afirmar que

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, p. 349.

esse último, assim como ocorreu no voto do Relator, mantém o status de principal diante do outro (eventual, portanto).

Curiosamente, o Ministro adota alguns dos entendimentos expostos por Gilmar Mendes, típicos de uma visão contemporânea de ativismo judicial, como a ideia do STF como “legislador positivo” e do “perfil aditivo” da decisão – visão, como já destacado, diametralmente oposta daquela do Min. Ricardo Lewandowski. Ocorre que Celso de Mello defende o argumento da atipicidade, diferentemente de Gilmar Mendes, de tal modo que ele não precisaria adotar esse tipo de postura, que só se justifica na medida em que se alega uma terceira exceção, jurisprudencialmente criada, como fez Gilmar – e não uma simples atipicidade. Seguem duas passagens de seu voto nesse sentido:

Isso significa, *presente tal situação*, que não se mostra configurado o próprio objeto material do tipo penal, a tornar evidente *a ausência de tipicidade penal* da própria conduta da mulher gestante e de quem a auxilie no procedimento de antecipação terapêutica de parto.

Em tal contexto, cabe acentuar que este Tribunal, superando a noção de que somente atua como “*legislador negativo*”, evolui, no presente julgamento, no sentido de acrescentar, às modalidades de exclusão do crime de aborto previstas no art. 128 do CP (*aborto necessário* e *aborto sentimental* ou *humanitário*), uma terceira hipótese – *antecipação terapêutica de parto* concernente a feto portador de anencefalia – que, longe de se identificar com a prática criminosa de aborto, caracteriza, *antes*, uma situação de ausência de tipicidade penal.³⁰⁷

Posta a questão nesses termos, ter-se-á, *na espécie ora em exame*, uma típica “*sentença de perfil aditivo*”, proferida em sede de jurisdição constitucional, vocacionada a impedir, *em razão da omissão normativa constatada*, a incriminação do comportamento da mulher que opta, *no caso de anencefalia*, pela interrupção do processo fisiológico de gestação.³⁰⁸

No que se refere ao princípio do Estado laico, Celso de Mello, após algumas alusões históricas – tanto de 3ª camada, na medida em que apresenta brevemente o ambiente sociopolítico que deu origem ao referido dispositivo (notadamente a conhecida Questão Religiosa), a partir do Decreto 119-A, de 07/01/1890, que estabeleceu a separação entre o Estado e a Igreja; como de 2ª camada, isto é, histórico-comparativa, uma vez que aborda o

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, pp. 405-406.

³⁰⁸ *Idem*, pp. 406-407.

modo como essa questão era disciplinada tanto na Constituição de 1824, a qual proclamava um Estado confessional, como a partir de 1890, com a mencionada cisão entre Estado e Igreja³⁰⁹ – , apresenta as duas funções do referido princípio: assegurar a liberdade religiosa dos cidadãos e garantir a não apropriação do aparato estatal por parte de grupos fundamentalistas.

A separação constitucional entre Estado e Igreja, *desse modo*, além de impedir que o Poder Público tenha preferência ou guarde hostilidade em relação a qualquer denominação religiosa, objetiva resguardar duas (2) posições que se revestem de absoluta importância: (1) assegurar, *de um lado*, aos cidadãos, a liberdade religiosa e a prática de seu exercício, e (2) obstar, *de outro*, que grupos fundamentalistas se apropriem do aparelho de Estado, para, com apoio em convicções ou em razões de ordem confessional, impor, aos demais cidadãos, a observância de princípios teológicos e de diretrizes religiosas.³¹⁰

Em relação à terceira camada, pode-se afirmar que o voto de Celso de Mello foi um dos mais ricos nessa esfera, já que procedeu a uma longa reflexão sobre a origem da vida nos variados campos: técnico-científico (médico e biológico), religioso e filosófico, como será mostrado abaixo.

Nesse sentido, colaciona, primeiramente, um quadro, elaborado por Letícia da Nóbrega Cesarino, a respeito das “diferentes teses científicas que discutem, cada qual com argumentos próprios, o início da vida”³¹¹. Dentre essas teses, encontram-se a “genética”, a “embriológica”, a “neurológica”, a “ecológica” e a “gradualista”. Não há necessidade de se aprofundar em cada uma delas.³¹² O que importa aqui é acompanhar o raciocínio do Ministro. Após a apresentação das teorias científicas, parte para as filosóficas e religiosas, além de reiterar aquelas. Em suas palavras:

As divergências a propósito da definição do início da vida não se registram apenas no campo científico, mas se projetam, por igual, no domínio filosófico e no âmbito das religiões, como o evidencia um estudo altamente informativo sobre a questão em análise (“O primeiro instante”), realizado por Eliza Muto e Leandro Narloch.³¹³

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, pp. 378-381.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 385.

³¹¹ *Ibidem*, p. 387.

³¹² O referido quadro pode ser encontrado nas folhas 388 e 389 da ADPF n.54/DF.

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, p. 389.

Assim, o Ministro apresentou primeiramente algumas visões filosóficas a respeito do início da vida, valendo-se de nomes consagrados, como: os de Platão, Aristóteles, Sêneca, além dos filósofos teólogos Santo Agostinho e São Tomás de Aquino³¹⁴. Posteriormente, retomou as já referidas teses científicas³¹⁵ e, por fim, partiu para as doutrinas religiosas, por meio das compreensões do “catolicismo”, “judaísmo”, “islamismo”, “budismo” e “hinduísmo”.³¹⁶

Concluída a sua exposição, Celso de Mello observa que as teses mencionadas são, de fato, muito diversas, não sendo possível traçar um ponto comum entre elas. Dessa maneira, possui o intérprete, sempre em consonância com a garantia do Estado laico, a possibilidade de optar por aquela mais ajustada ao interesse público e aos direitos fundamentais, concretizando particularmente o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos à vida, à saúde e à liberdade. Como se verifica, o Ministro já esboça, nessa passagem, um argumento de cunho principiológico. É o que se observa abaixo:

Veja-se, *portanto*, de todo o quadro ora exposto, que são diversas as teorias científicas que buscam estabelecer a definição bioética do início da vida, o que permite, ao intérprete – necessariamente desvinculado de razões de natureza confessional ou religiosa -, optar por aquela concepção que mais se ajuste ao interesse público e que respeite os direitos fundamentais das pessoas, objetivando-se, *com tal orientação*, conferir sentido real ao princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta às proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida, o direito à saúde e o direito à liberdade.³¹⁷

Pouco depois, o Ministro utiliza a famosa analogia entre a situação da morte encefálica e da anencefalia, por meio da Lei nº 9.434/97, deixando implícitas as ideias da colisão aparente e da atipicidade da conduta da interrupção da gravidez de feto anencefálico (argumento principal, de cunho positivista).

Como se sabe, a Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, estabelece, em seu art. 3º, “*caput*”, como marco final da vida, o momento em que se dá a morte encefálica, ao prever que

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, pp. 389-391.

³¹⁵ *Ibidem*, pp. 391-395.

³¹⁶ *Ibidem*, pp. 395-397.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 397.

a retirada “*post mortem*” de tecidos, órgãos e partes do corpo humano destinados ao transplante “(...) *deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica* (...)” (grifei).

A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também, “*a contrario sensu*”, servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida, eis que, *nesses casos*, sequer se iniciou o processo de formação do sistema nervoso central, pois inexistente, *até esse momento*, a figura da pessoa ou de um ser humano potencial.³¹⁸

Em seguida, Celso de Mello desenvolve adequadamente o argumento da ponderação de princípios (tese subsidiária, de natureza pós-positivista). Nesse sentido, o caráter de eventualidade desse raciocínio fica subentendido. Assim, afirma primeiramente a viabilidade da “utilização da técnica de ponderação concreta de direitos revestidos da mesma estatura”, a exemplo dos princípios constitucionais “concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à plenitude da liberdade, à saúde e ao respeito à dignidade da pessoa humana”, quando verificados em situação de conflito, desde que evitado o “esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais”.

Não se põe em debate, presente referido contexto, a questão *concernente à proteção insuficiente* (uma das dimensões em que se projeta o postulado da proporcionalidade), pois a existência de tensão dialética resultante do antagonismo entre valores constitucionais impregnados de igual eficácia e autoridade torna viável a utilização *da técnica da ponderação concreta* de direitos revestidos da mesma estatura.

Como se sabe, a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais – como aqueles concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à plenitude da liberdade, à saúde e ao respeito à dignidade da pessoa humana – há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “*hic et nunc*”, em função de determinado contexto *e sob uma perspectiva axiológica concreta*, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que a utilização do método da ponderação de bens e interesses *não importe em esvaziamento* do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina [...].³¹⁹

Logo após o Ministro dá continuidade ao seu argumento da ponderação, aplicando-o ao caso em pauta e admitindo a necessidade de prevalência dos “interesses existenciais titularizados por mulheres grávidas de fetos portadores de anencefalia” em detrimento ao direito

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, pp. 398-399.

³¹⁹ *Ibidem*, pp. 399-401.

à vida desse último. Ademais, vale-se igualmente de uma interpretação histórica, (método clássico, que não pode ser confundido com uma interpretação histórico-evolutiva, essa última de cunho pós-positivista), do tipo genética, na medida em que se volta aos debates no Congresso Nacional e na Assembleia Nacional Constituinte, a fim de alegar que “ao longo do processo constituinte de que resultou a vigente Constituição Federal, foram oferecidas diversas emendas objetivando estabelecer a inviolabilidade do direito à vida *desde a concepção*”, o que, no entanto, não gerou quaisquer frutos.

Tenho para mim, *desse modo*, Senhor Presidente, e estabelecidas tais premissas, que a questão pertinente ao direito à vida admite a possibilidade de, *ele próprio*, constituir objeto de ponderação por parte do Estado, considerada a relevantíssima circunstância (ocorrente *na espécie*) de que se põem em relação de conflito, com esse mesmo direito, interesses existenciais titularizados por mulheres grávidas de fetos portadores de anencefalia, cuja superação pode ser conseguida com a liberação – que se impõe *como uma exigência* de ordem ética e de caráter jurídico – da interrupção da gestação. Há um ponto que merece registro especial. Refiro-me ao fato de que, ao longo do processo constituinte de que resultou a vigente Constituição Federal, foram oferecidas diversas emendas objetivando estabelecer a inviolabilidade do direito à vida *desde a concepção*. Tais emendas, *no entanto*, não lograram aprovação, como se vê, *não apenas* dos Anais da Assembleia Nacional Constituinte, como, *notadamente*, do próprio texto inscrito no “*caput*” do art. 5º de nossa Lei Fundamental.³²⁰

Ainda, a respeito do argumento eventual, a passagem abaixo deixa claro esse seu teor de eventualidade em relação ao argumento da atipicidade, na medida em que o Ministro inicia afirmando que “mesmo que se considerasse típica a conduta...”. Trata-se, nesse caso, em seu entendimento, de “hipótese configuradora de causa supralegal de exclusão da culpabilidade”, em razão de clara “inexigibilidade de conduta diversa”. Segue o trecho abaixo:

Mesmo que se considerasse típica a conduta referente à antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico, ainda assim não haveria como reconhecer delituosidade em tal comportamento.

É que se registra, *em referida situação*, hipótese configuradora *de causa supralegal de exclusão da culpabilidade* que se revela apta a descaracterizar a própria delituosidade do fato.

Nessa específica situação, *a causa supralegal mencionada* traduzirá hipótese caracterizadora *de inexigibilidade de conduta diversa*, uma vez que inexistente, *em tal contexto*, motivo racional, justo e legítimo que possa obrigar a mulher a prolongar,

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, pp. 401-402.

inutilmente, a gestação e a expor-se a desnecessário sofrimento físico e/ou psíquico, com grave dano à sua saúde e com possibilidade, *até mesmo*, de risco de morte, consoante esclarecido na Audiência Pública que se realizou em função deste processo.³²¹

Por fim, ainda no âmbito de uma argumentação principiológica (voltada à garantia dos direitos fundamentais), Celso de Mello discorre sobre um tema tipicamente pós-positivista (frequente dentre os simpatizantes contemporâneos de um posicionamento mais ativista do Judiciário), qual seja, o da função contramajoritária do STF, como guardião da Constituição Federal e dos direitos fundamentais, particularmente das minorias e grupos vulneráveis, a partir de uma “concepção material de democracia constitucional”, em razão do seu exercício de controle de constitucionalidade – portanto em contrariedade da vontade majoritária, representada pela legislação infraconstitucional.

Nesse ponto, deixa subentendida a referência à teoria de Peter Häberle, à semelhança de Gilmar Mendes, ao mencionar uma “perspectiva pluralística”, “em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção”. Seguem abaixo duas passagens do seu voto a esse respeito:

Impende destacar, *ainda*, no ponto, considerado o sentido prevalecente neste julgamento, a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito, que se realiza, *no caso, pelo reconhecimento e outorga de proteção* a grupos vulneráveis, cujo amparo jurisdicional deve ser analisado na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional.³²²

Isso significa, portanto, *numa perspectiva pluralística*, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, *especialmente* no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais *em favor das minorias e dos grupos vulneráveis*, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – *consoante adverte a doutrina* (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – *o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática* ao regime político vigente em nosso País.³²³

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* pp. 407-408.

³²² *Idem*.

³²³ *Ibidem*, pp. 414-415.

O Min. Celso de Mello votou, pois, em sentido favorável à procedência da ADPF. Prossegue-se, por fim, ao último voto, qual seja, o do Min. Cezar Peluso, presidente do STF à época.

5.11 MIN. CÉZAR PELUSO (PRESIDENTE) – (IM/LNCA)

O Ministro Cezar Peluso, presidente do STF à época do julgamento, profere o segundo voto contra o provimento da ADPF – dos dez ministros que votaram, apenas ele e Lewandowski foram contrários, razão pela qual merece uma atenção destacada. Trata-se, ademais, de mais um voto extenso (50 laudas ao todo).

Em relação à segunda camada discursiva, houve claramente uma preponderância da metodologia clássica (notadamente a interpretação legalista, embora também se verifique o uso da interpretação sistemática), somada a uma refutação dos três argumentos-fim do Relator (o da colisão aparente, o histórico-evolutivo e o do sopesamento), os quais, como se sabe, foram utilizados a favor da procedência da ADPF. Ademais, houve uma clara postura de defesa, por parte do Presidente, da restrição do poder criativo do Judiciário, a partir de uma ideia de não usurpação das funções do Legislativo. Assim, coloca-se contra a atuação do STF como legislador positivo – favorável a uma atuação contida, discreta.

Nesse sentido, as semelhanças com o voto de Lewandowski são evidentes, tanto em relação ao predomínio dos argumentos clássicos, como em relação a essa visão perante a postura adequada do STF. Em suas palavras:

Não se pode tampouco, em segundo lugar, pedir a esta Corte que, atuando indevidamente como legislador positivo, tenha a ousadia de criar hipótese de exclusão de punibilidade do aborto, ou de desnaturar-lhe a tipicidade, quando carece de legitimidade e competência constitucionais para tanto.³²⁴

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, p. 475.

No que se refere à terceira camada, Peluso volta a dar ênfase aos argumentos técnico-científicos (medicina e biologia), além de utilizar, em alguns momentos, argumentos de cunho filosófico.³²⁵ O mais relevante do seu voto nessa esfera, contudo, foi o uso recorrente de argumentos axiológicos, os quais, por certo, predominaram sobre os demais. Nesse sentido, a constante tentativa de fornecer um tom moralista aos seus argumentos foi a tônica do seu voto. Como já afirmado, esse tipo de argumento é, em via de regra, auxiliar, na medida em que, quase sempre, não subsiste por si só, mas acompanha os demais, a fim de lhes intensificar o elemento do *pathos*. Foi, portanto, o que se verificou no presente voto. Quanto a esse ponto em particular, faz-se interessante observar uma divergência em relação ao voto de Lewandowski, o qual não insistiu nesse tipo de argumento. Na realidade, pode-se afirmar que Peluso foi o único dos dez ministros que de fato priorizou esse tipo de argumentação axiológica.

Já no início do seu voto, Peluso utiliza argumentos científicos e filosóficos (3ª camada), como afirma expressamente, com o objetivo de oferecer um conceito de vida distinto da visão prevalente, no STF, da exigência de viabilidade. Nesse sentido, posiciona-se favorável ao pré-requisito da “capacidade de movimento autógeno” para o reconhecimento da vida, o que, nesse sentido, estaria presente nos fetos anencefálicos. Desse modo, o Ministro prepara o terreno para a negação do argumento da atipicidade.

Como se vê logo, todas as referências científicas e filosóficas à noção genérica de **processo**, compreendido como **sucessão contínua de mudanças de acordo com diretriz unitária de desenvolvimento autônomo**, para caracterizar em teoria e identificar em concreto a vida, radicam-se, em última instância, na ideia de movimento cujo princípio causal está no próprio movente, que por consequência se define como vivo. Noutras palavras, não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, sem necessidade de intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo. É o que me permito denominar aqui **capacidade de movimento autógeno**.

Sustento, agora, que **todos** os fetos anencefálicos – a menos que, como tais, já estejam mortos, como parecem sugerir-lhes os partidários do abortamento – são

³²⁵ Segue um exemplo de argumento filosófico, baseado em Martin Heidegger, utilizado por Peluso: “[...] falar-se em “*morte inevitável e certa*” chega a ser pleonástico, pois ela o é para todos. Disse eu, noutra ocasião, não me seduzir nem comover “*o argumento de que o feto anencefalo seja um condenado à morte. Todos o somos, todos nascemos para morrer. A duração da vida é que não pode estar sujeita ao poder de disposição das demais pessoas. Esta é a razão jurídica fundamental por que não apenas as normas infraconstitucionais, mas também a Constituição tutela a vida*”.” In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. Op. cit., pp. 451-452.

inequivocamente dotados dessa capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe é imanente. Sintetizou-o, de forma didática, em raciocínio guiado de lógica irresponsível, **LENISE MARTINS GARCIA**: “o anencéfalo morre, e ele só pode morrer porque ele está vivo. Se ele não estivesse vivo, ele não poderia morrer.”³²⁶

Em seguida, o Ministro dá continuidade ao seu argumento, com base nos referidos fundamentos científicos e filosóficos, justamente no sentido de negar o argumento analógico majoritário entre a morte encefálica e a anencefalia e, consequentemente, a atipicidade da conduta (argumento principal do Relator). Em suas palavras:

Afirmo ainda, na mesma assentada, que tinha, e tenho, por insuficiente a analogia retórica que se pretende estabelecer entre os momentos da chamada **morte encefálica** e, *a contrario sensu*, do início da vida. A tentativa de aproximação, transposta e aqui reproduzida, não é tampouco adequada à anencefalia, por uma série de boas razões.³²⁷

Em seguida, o Ministro explica as referidas razões, as quais, para os fins do presente trabalho, não precisam ser esmiuçadas.

Posteriormente, volta a recusar (dessa vez expressamente) o pré-requisito da viabilidade (ou potencialidade) para o reconhecimento da vida, adotando, dessarte, um posicionamento mais amplo a respeito do conceito de vida (já explicado acima) e, consequentemente, uma área mais extensa para a configuração do crime de aborto. Reconhece-se, na passagem a seguir, uma interpretação de cunho legalista, literal (método clássico – 2ª camada), na medida em que Peluso afirma reiteradamente a ideia de que uma interpretação favorável à procedência do pedido da autora da ADPF iria de encontro: à “ordem jurídica”, ao “ordenamento jurídico”, à proibição jurídico-normativa da conduta”, aos “termos técnico-jurídicos”. Seria, por fim, “*contra legem*”.

Não obstante vozes respeitáveis defendam que “o aborto pressupõe uma potencialidade de vida” fora do útero, para que se possa ter por configurado o aborto como crime basta, a meu juízo, a eliminação da vida, abstraída toda especulação quanto a sua viabilidade futura ou extrauterina.

Daí, mui diversamente do que se aduz na inicial, o aborto provocado de feto anencefálico é conduta vedada, e vedada de modo frontal, pela **ordem jurídica**. E, a despeito dos esforços retóricos da autora, aparece, por conseguinte, de todo inócua o

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, pp. 431-432.

³²⁷ *Ibidem*, p. 434.

apelo para a liberdade e a autonomia pessoais, fundado na pressuposição errônea de inexistência de **proibição jurídico-normativa da conduta**. Não há como nem por onde cogitar, sem contraste ostensivo com o **ordenamento jurídico**, de resguardo à autonomia da vontade, quando esta se preordena ao indisfarçável cometimento de um crime. Não se concebe nem entende, em **termos técnico-jurídicos**, únicos apropriados ao caso, direito subjetivo de escolha, **contra legem**, de comportamento funestamente danoso à vida ou à incolumidade física alheia e, como tal, tido por criminoso. É coisa abstrusa!³²⁸ **(negritos nossos)**

Na passagem abaixo, pode-se reconhecer claramente diversos trechos “emotivistas”, onde o Ministro tentou impor o referido tom moralista, a partir de uma argumentação fortemente axiológica (3ª camada). Nesse sentido, chegou a comparar o “extermínio do anencéfalo” ao “racismo”, “sexismo” e “especismo”, por meio dos quais houve uma discriminação e uma “absurda defesa e absolvição do uso injusto da superioridade de alguns (em regra, brancos de estirpe ariana, homens e seres humanos) sobre outros (negros, judeus, mulheres e animais, respectivamente)”. Segue a passagem abaixo, com destaque dos trechos onde esse tom se torna mais evidente:

É que, nessa postura dogmática, ao feto, reduzido, no fim das contas, **à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda**, não é dispensada, de nenhum ângulo, a menor consideração ética ou jurídica, nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica e ética que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humanas. Essa **forma odiosa de discriminação**, que a tanto equivale, nas suas consequências, a formulação criticada, **em nada difere do racismo, do sexismo e do chamado especismo**. Todos esses casos retratam **a absurda defesa e absolvição do uso injusto da superioridade de alguns (em regra, brancos de estirpe ariana, homens e seres humanos) sobre outros (negros, judeus, mulheres e animais, respectivamente)**. No caso do **extermínio do anencéfalo**, encena-se a **atuação avassaladora do ser poderoso superior** que, detentor de toda a força, **inflige a pena de morte** ao incapaz de pressentir a agressão e de esboçar-lhe qualquer defesa. Mas o simples e decisivo fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à imprevisível espécie humana garante-lhe, em nossa ordem jurídica, apesar da deficiência ou mutilação - apresentada, **para induzir horror e atrair adesão irrefletida à proposta de extermínio, sob as vestes de monstruosidade** -, que lhe não rouba a inata dignidade humana, **nem o transforma em coisa ou objeto material desvalioso** ao juízo do Direito e da Constituição da República.³²⁹ **(negritos nossos)**³³⁰

³²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* pp. 438-439.

³²⁹ *Idem*, *Ibidem*, p. 440.

³³⁰ Seguem outras passagens de cunho fortemente axiológico: “Em termos mais diretos, a liberdade religiosa, aliada a outros valores jurídicos, como, p. ex., a autonomia individual, **impertinente mas ardilosamente invocados**, afastaria a tipicidade penal e o despropósito dessas **abomináveis condutas**, que deixariam de **repugnar ao espírito civilizado e já não representariam cruéis homicídios**, porque, numa espécie de **severa**

Em momento posterior, o Ministro afasta igualmente o argumento da ponderação de princípios (argumento eventual do Relator), como já realizado, por exemplo, por Gilmar Mendes, na medida em que compreende que a dignidade da pessoa humana e a integridade física figuram nos dois polos, pois são igualmente direitos dos fetos anencéfalos. Afirma, ademais, que a vida humana é um valor inegociável, imponderável, sendo, pois, o valor mais importante do ordenamento jurídico. Logo, para ele, nem todos as garantias são sopesáveis e relativizáveis no caso concreto. Seguem as passagens abaixo:

Não posso, pois, concordar com a assertiva de que “a não-previsão de uma excludente de ilicitude pela lei ofenderia princípios constitucionais, [como] o princípio da dignidade da pessoa humana. E [a arguente] disse mais: essa dignidade seria medida pela **integridade física da mãe**. Não concordo. A integridade física e biológica da **vida intrauterina** também está em jogo.”³³¹

A vida humana, imantada de dignidade intrínseca, anterior ao próprio ordenamento jurídico, não pode ser relativizada fora das específicas hipóteses legais, nem podem classificados seus portadores segundo uma escala cruel que defina, com base em critérios subjetivos e sempre arbitrários, quem tem, ou não, direito a ela. Havendo vida, e vida humana – atributo de que é dotado o feto ou o bebê anencéfalo –, está-se diante de valor jurídico fundante e inegociável, que não comporta, nessa estima, margem alguma para transigência. Cuida-se, como já afirmei, “do valor mais importante do ordenamento jurídico.”³³²

Por fim, ainda a respeito do afastamento do argumento de ponderação entre os direitos do feto e da gestante (e da consequente prevalência dos direitos dessa última, de acordo com a visão majoritária no presente acórdão), reitera Peluso o seu entendimento, já no final do seu voto, a fim de sintetizar tudo aquilo anteriormente colocado:

miopia intelectual, seriam vistas sob a ilusão da sombra da liberdade religiosa e de outros valores constitucionais **adulterados** a título de justificação.” (**negritos nossos**) *Ibidem*, pp. 440-441. “Nesta seara, a interpretação há de ser, antes, ampla e generosa na proteção ao valor supremo do ordenamento jurídico, sobretudo quando, como no caso, eventual mutilação hermenêutica do espectro dessa tutela seria sustentada e imposta para favorecer **mero sentimento doloroso doutros seres humanos**, como se tal estado psíquico, a que estão sujeitas todas as pessoas, constituísse título jurídico hábil para, sob fundamento de **excessiva insuportabilidade**, justificar **o extermínio da vida de inocentes indefesos**.” (**negritos nossos**) *Ibidem*, p. 475.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, p. 444.

³³² *Ibidem*, pp. 448-449.

Nesta moldura, só cegueira passional não percebe que o sistema jurídico se defronta, de maneira inexorável, com tensa relação entre dois valores de pesos axiológicos muito diversos, perante os quais ao intérprete não sobra alternativa de escolha hermenêutica, quaisquer que sejam os princípios ou postulados dogmáticos a que recorra. Noutras palavras, trata-se de ver, logo, que a vida humana, hospedada na carne frágil de feto imperfeito, não pode, a despeito da fortuita imperfeição que lhe não subtrai a dignidade jurídica imanente, ser destruída *a forceps* para satisfazer sentimento, quase sempre transitório, de frustração e de insuportabilidade personalíssima de uma dor ainda que legítima. Não há, nesse esquema de ponderação de bens tão manifestamente desproporcionais, critério algum capaz de equilibrar ou compensar valores jurídicos díspares, nem de *justificar*, isto é, tornar justo o sacrifício desnecessário da vida em nome da tutela de sentimento cujo objeto é apenas livrar-se de uma dor sem culpa, que não é justa nem injusta, mas apenas humana.³³³

Em trecho diverso, o Ministro deixa subentendida a sua recusa em aceitar o argumento histórico-evolutivo (argumento complementar do Relator), na medida em que “as deformidades das vidas intrauterinas não são novidade fenomênica”, ainda que “os métodos científicos de seu diagnóstico” o sejam. Em seguida, procede a uma interpretação sistemática do caso em análise com o direito civil, particularmente, com o art. 2º do Código Civil, na medida em que aborda a temática dos sujeitos de direito, nos quais figura, para o Ministro, o feto anencéfalo. É o que se verifica no trecho abaixo:

Convém reforçar, também, o que sustentei na discussão da medida liminar relativa a esta ADPF, [...] “(...) *As deformidades das vidas intrauterinas não são novidade fenomênica. Novidade são hoje os métodos científicos de seu diagnóstico. A consciência jurídica jamais desconheceu a possibilidade de que de uma gravidez possa não resultar sempre nascimento viável. (...) No instante em que o transformássemos [o feto anencéfalo] em objeto do poder de disposição alheia, essa vida se tornaria coisa (res), porque só coisa, em Direito, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humano é sujeito de direito.*”

E é **sujeito de direito**, por outra razão, curta mas decisiva, consistente em que, embora não tenha ainda personalidade civil, o nascituro é, anencéfalo ou não, investido pelo ordenamento, segundo velha e fundada tradição jurídica, na garantia expressa de resguardo de seus direitos, entre os quais se conta *a fortiori* o da proteção da **vida**, como dispõe hoje o art. 2º do Código Civil.³³⁴

Em outra passagem, o Ministro censura a eutanásia e a compara com a situação em pauta. Nesse sentido, resta implícito que, para ele, assim como a expressão “antecipação terapêutica da morte” não atenua a reprovabilidade ético-jurídica dessa conduta, a “antecipação

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* pp. 469-470.

³³⁴ *Ibidem*, pp. 446-447.

terapêutica do parto”, expressão utilizada pela maioria dos ministros no presente acórdão, também não reduz a reprovabilidade do aborto de feto anencéfalo (considerando-se que Peluso enxerga o ato em julgamento como tal).

A vida é fato objetivamente aferível num dado ponto no tempo. Não se concebe que, só por critérios de prognóstico de sua viabilidade ou medida de continuidade, se lhe ponha termo antecipado. O tempo de vida pode, sob tal avaliação, ser reduzidíssimo também noutras muitas hipóteses, como, v. g., a de doenças fatais incuráveis, que não autorizam, de modo algum, a “*antecipação terapêutica da morte*”, como, para atenuar-lhe o senso comum de reprovabilidade ética e jurídica, soem denominá-la os defensores da eutanásia.³³⁵

Quanto à alegação da Autora da ADPF (com base nos direitos à saúde física e psíquica da gestante e na sua dignidade humana) de que “a submissão forçada da hipótese de gravidez de anencéfalo” configura um sofrimento tão acentuado e evitável que poderia ser considerada uma tortura, o Ministro igualmente a rebate, afirmando que esse sofrimento não pode ser “legalmente” evitado e que não se trata de algo intencional, pois ninguém o está infligindo propositalmente.

A primeira fraqueza, que já lhe compromete toda a validade, é a submissão forçada da hipótese de gravidez de anencéfalo à definição de tortura apresentada pela autora: afirma ela *sic et simpliciter* que, podendo a situação ser evitada, então há tortura. Mas é evidente que a situação, neste caso, não pode ser **legalmente** evitada. De tortura, escusaria dizê-lo, só se pode cogitar com seriedade, quando algum sofrimento **injusto** e **intencional** possa ser esquivado de maneira compatível com o ordenamento jurídico. Ora, na hipótese, o método proposto para evitar ou encurtar o sofrimento já esbarra em intransponíveis vedações legais, como a do crime de aborto, sem previsão de excludente, e constitucionais, como o chamado direito à vida e a dignidade humana do feto.

Ademais, falta ao caso a circunstância elementar de inflicção **proposital** de sofrimento. Indaga-se: quem estaria, de indústria, a aplicar tortura à mãe? O feto anencéfalo, fruto “[d]esse imponderável, [d]esse acaso natural”? Ou o Estado, personificado no Poder Legislativo, que, para legitimar ação tendente a aliviá-la à dor, deixou de prever hipótese de licitude ou de impunidade do aborto? Quem sabe, seria o Judiciário, que, recusando-se a usurpar a função legiferante, não se sente autorizado a reconhecer-lhe atipicidade ou a criar *ex nihilo* excludente de punibilidade?³³⁶

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.*, p. 450.

³³⁶ *Ibidem*, pp. 465-466.

Por fim, ainda a respeito do direito à saúde da gestante, alegado no pedido da Autora da Arguição, Peluso o reduz ao absurdo, ao afirmar que toda gravidez implica algum risco à saúde e à vida da gestante e, por esse raciocínio, chegar-se-ia à conclusão de que a prática de qualquer aborto deveria ser considerada lícita. Ademais, o Ministro também entende que os casos extremos de risco concreto e grave à vida da gestante já estão abrigados na hipótese excepcional legalmente prevista do aborto terapêutico (art. 128, I).

Portanto, mais uma vez, Peluso afasta os argumentos principiológicos, defendidos pela maioria dos ministros, referentes ao risco à saúde da gestante, e reforça um posicionamento legalista, com base na interpretação literal (método clássico) do Código Penal (assim como o fez também na passagem imediatamente transcrita acima e em muitos outros momentos do seu voto). Segue abaixo o trecho a esse respeito:

Ao refutar a invocação do direito à saúde como fundamento autônomo para o aborto do anencéfalo, já observei, na assentada anterior, que esta alusão “*me leva a pensar na possibilidade de o argumento basear-se no pressuposto de que a gravidez sempre constitua grande risco à vida humana e, portanto, talvez fosse até melhor proibi-la. Seria mais seguro. Não vejo, pois, nenhuma ofensa próxima a direito à saúde*”, até porque, acrescento agora, toda gravidez implica risco teórico à saúde da gestante, mas nem por isso a lei torna lícita a prática de aborto, sem prova de risco concreto e grave, cuja atualização seja capaz de provocar-lhe a morte e só possa evitada mediante esse recurso extremo. Doutro modo, e o absurdo da conclusão mostra o absurdo da premissa, o aborto seria sempre legítimo sob o pretexto do risco meramente hipotético inerente a toda gravidez!³³⁷

Concluída a apresentação individual do voto de cada ministro do STF, procede-se ao capítulo final do presente trabalho, no qual serão interpretados os resultados obtidos, com base no referido método cartográfico e sob a luz da retórica da objetividade.

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. *Op. cit.* pp. 473-474.

6 INTERPRETANDO OS RESULTADOS SOB A LUZ DO MÉTODO CATOGRÁFICO

6.1 COMENTÁRIOS SOBRE OS DADOS OBTIDOS

O capítulo final da presente dissertação se volta para a última camada discursiva tratada por Just, qual seja, a da “estrutura discursiva”. Nela, primeiramente, será sinteticamente apresentado o modo como os elementos das demais camadas – particularmente os argumentos tratados no capítulo anterior, isto é, aqueles relacionados à segunda e à terceira camadas (argumentos propriamente jurídicos e não codificados juridicamente) – foram distribuídos ao longo do acórdão.

A referida análise ocorrerá em três perspectivas: a individual; a global e a relativa ao posicionamento decisório (favorável/contrário). Tudo isso, porém, será realizado por meio de tabelas, com base nos dados obtidos e apresentados no capítulo anterior. Considerando-se a extensa investigação nesse último empreendida, compreendeu-se que não haveria necessidade de uma abordagem convencional no presente capítulo, sendo o recurso de tabelas a melhor opção nesse estágio, como será verificado adiante.

Na primeira delas, haverá uma exposição de como cada ministro individualmente distribuiu seus argumentos dentre as referidas camadas, de tal modo que poderá parecer um quadro sinóptico do capítulo anterior, na medida em que a abordagem não repetirá cada um de seus argumentos, mas buscará traçar apenas as linhas gerais de sua argumentação, em relação a seus elementos cruciais. Trata-se, pois, de uma breve apresentação do *modus argumentandi* de cada ministro.

A perspectiva global procurará sintetizar em uma tabela as argumentações presentes nos votos dos dez ministros de maneira conjunta, com o intuito de mostrar as que, de fato, prevaleceram no acórdão como um todo.

Por fim, a terceira perspectiva confrontará em uma tabela os modelos argumentativos utilizados pelos ministros em dois blocos, isto é, o daqueles que votaram pela procedência da ADPF e o daqueles que se mostraram a ela contrários, a fim de verificar se existem diferenças relevantes entre tais argumentações.

Tudo isso se encontra em conformidade com os parâmetros definidos pelo método cartográfico, adotado no presente trabalho, levando-se sempre em conta, naturalmente, o marco nele estabelecido, qual seja, a retórica da objetividade.

Nos subcapítulos finais (antecipe-se), serão respondidos os questionamentos propostos na introdução e sugeridas algumas hipóteses a respeito dos comportamentos argumentativos apresentados pelos ministros, sem que isso represente uma imersão no método analítico, por se tratarem de meras conjecturas, que servirão simplesmente como provocações e convites para possíveis trabalhos futuros.

6.2 SINOPSE DOS VOTOS (TABELAS)

6.2.1 Perspectiva individual

A tabela abaixo indica o modo como cada um dos dez ministros distribuiu seus argumentos dentro das 2ª e 3ª camadas discursivas, a partir dos resultados apresentados no capítulo anterior. Em relação à camada dos modelos interpretativos, optou-se por dividi-la, ainda, entre argumentos-fim - positivistas e pós-positivistas. Além disso, procurou-se apontar o argumento principal de cada ministro em cada uma das referidas camadas. No entanto, alguns se mostraram obscuros, não evidentes, razão pela qual foram preenchidos na tabela com o termo “duvidoso”.

	2ª camada (IM)			3ª camada (LNCA)	
Argumentação	Argumentos-fim positivistas	Argumentos-fim pós-positivistas	Argumento principal	Argumentos de 3ª camada (todos)	Argumento principal
Ministros					
Min. Marco Aurélio Mello (Relator)	Analógico (da atipicidade ou da colisão aparente)	Histórico-evolutivo (complementar) Ponderação de princípios (eventual)	Analógico	Técnico-científico Filosófico	Técnico-científico

Min. Rosa Weber	Analógico (da atipicidade ou da colisão aparente)	Histórico-evolutivo (complementar) Ponderação de princípios (eventual)	Analógico	Técnico-científico Filosófico Histórico	Duvidoso
Min. Joaquim Barbosa	Analógico (da atipicidade ou da colisão aparente) (eventual)	Histórico-evolutivo (complementar) Ponderação de princípios	Ponderação de princípios	Técnico-científico	Técnico-científico (mas com importância mitigada)
Min. Luiz Fux	_____	Histórico-evolutivo (complementar) Ponderação de princípios	Ponderação de princípios	Técnico-científico Religioso	Técnico-científico
Min. Cármen Lúcia	Analógico (da atipicidade ou da colisão aparente)	Histórico-evolutivo Ponderação de princípios	Duvidoso	Técnico-científico Filosófico	Técnico-científico
Min. Ricardo Lewandowski	Gramatical Histórico (genético)	_____	Duvidoso	Técnico-científico Filosófico Histórico	Técnico-científico (mas com importância mitigada)
Min. Ayres Britto	Analógico (da atipicidade ou da colisão aparente)	Ponderação de princípios (eventual)	Analógico	Técnico-científico Axiológico (quase literário) Filosófico	Técnico-científico
Min. Gilmar Mendes	_____	Histórico-evolutivo	Histórico-evolutivo	Técnico-científico	Técnico-científico (mas com importância mitigada)
Min. Celso de Mello	Analógico (da atipicidade ou da colisão aparente)	Ponderação de princípios (eventual)	Analógico	Técnico-científico Filosófico Religioso Histórico	Duvidoso
Min. Cezar Peluso (Presidente)	Gramatical Sistemático	_____	Gramatical	Técnico-científico Filosófico Axiológico	Axiológico

6.2.2 Perspectiva global

A tabela abaixo soma os resultados da anterior, oferecendo uma perspectiva global sobre o modo como o Supremo distribuiu seus argumentos dentro das 2ª e 3ª camadas discursivas. Desse modo, ela aponta o número de vezes que cada argumento foi suscitado ao longo do acórdão, bem como a colocação dele diante dos demais de sua categoria, dentre os argumentos-fim positivistas e pós-positivistas e os argumentos não codificados juridicamente (não computando, porém, o mesmo argumento mais de uma vez para cada ministro). Registrou-se ainda o número de vezes que cada argumento atuou como principal dentro das 2ª e 3ª camadas, bem como sua colocação diante dos demais (nesse ponto, vale ressaltar que não se computa aqui a simples soma das aparições, o que já foi feito nas outras colunas, mas a soma das aparições no papel de argumento principal).

Argumentação STF	2ª camada (IM)			3ª camada (LNCA)	
	Argumentos-fim positivistas (nº de aparições)	Argumentos-fim pós-positivistas (nº de aparições)	Argumento principal (por nº de prevalências)	Argumentos de 3ª camada (todos) (nº de aparições)	Argumento principal (por nº de prevalências)
Ministros (em conjunto)	1. Analógico (da atipicidade ou da colisão aparente) – 6 vezes 2. Gramatical – 2 vezes 3. Histórico (genético) – 1 vez 3. Sistemático – 1 vez	1. Ponderação de princípios – 7 vezes 2. Histórico-evolutivo – 6 vezes	1. Analógico – 4 vezes 2. Ponderação de princípios – 2 vezes 3. Histórico-evolutivo – 1 vez 3. Gramatical – 1 vez	1. Técnico-científico – 10 vezes 2. Filosófico – 7 vezes 3. Histórico – 3 vezes 4. Axiológico – 2 vezes 4. Religioso – 2 vezes	1. Técnico-científico – 7 vezes 2. Axiológico – 1 vez

6.2.3 Perspectiva pelo posicionamento decisório (favorável/contrário)

A tabela abaixo soma os resultados da primeira, oferecendo uma perspectiva por blocos decisórios (isto é, dividindo os argumentos entre os posicionamentos decisórios favorável e contrário) sobre o modo como os ministros distribuíram seus argumentos dentro das 2ª e 3ª camadas discursivas. Desse modo, ela aponta o número de vezes que cada argumento foi suscitado ao longo do acórdão, em seu respectivo bloco, bem como a colocação dele diante dos demais de sua categoria, dentre os argumentos-fim positivistas e pós-positivistas e os argumentos não codificados juridicamente (não computando, porém, o mesmo argumento mais de uma vez para cada ministro). Registrou-se ainda o número de vezes que cada argumento atuou como principal dentro das 2ª e 3ª camadas, em seu respectivo posicionamento decisório, bem como sua colocação diante dos demais (nesse ponto, vale ressaltar que não se computa aqui a simples soma das aparições, o que já foi feito nas outras colunas, mas a soma das aparições no papel de argumento principal).

Argumentação Blocos decisórios	2ª camada (IM)			3ª camada (LNCA)	
	Argumentos-fim positivistas (nº de aparições)	Argumentos-fim pós-positivistas (nº de aparições)	Argumento principal (por nº de prevalências)	Argumentos de 3ª camada (todos) (nº de aparições)	Argumento principal (por nº de prevalências)
Ministros com um posicionamento decisório favorável	1. Analógico (da atipicidade ou da colisão aparente) – 6 vezes	1. Ponderação de princípios – 7 vezes 2. Histórico-evolutivo – 6 vezes	1. Analógico – 4 vezes 2. Ponderação de princípios – 2 vezes 3. Histórico-evolutivo – 1 vez	1. Técnico-científico – 8 vezes 2. Filosófico – 5 vezes 3. Histórico – 2 vez 3. Religioso – 2 vezes 5. Axiológico – 1 vez	1. Técnico-científico – 6 vezes

Ministros com um posicionamento decisório contrário	1. Gramatical – 2 vezes 2. Histórico (genético) – 1 vez 2. Sistemático – 1 vez	_____	1. Gramatical – 1 vez	1. Técnico-científico – 2 vezes 1. Filosófico – 2 vezes 3. Axiológico – 1 vez 3. Histórico – 1 vez	1. Técnico-científico – 1 vez 1. Axiológico – 1 vez
--	--	-------	-----------------------	---	--

6.3 RETORNO ÀS QUESTÕES INICIAIS

6.3.1 Todos os direitos são relativizáveis no modelo decisório contemporâneo?

A primeira questão a ser proposta diz respeito à relativização de todos os direitos no modelo decisório contemporâneo (isto é, no atual cenário pós-positivista). A reflexão diz respeito particularmente aos direitos fundamentais, na medida em que costumam adotar uma roupagem principiológica. Nesse sentido, o que se questiona é se algum deles apresentaria um *status* absoluto, ou se haveria sempre a possibilidade de afastá-lo (ou, ao menos, mitigá-lo consideravelmente) no caso concreto, por meio de um juízo de ponderação. Ademais, compreende-se que, se os direitos mais relevantes do ordenamento jurídico são relativizáveis *in casu*, nenhum outro estaria, em tese, garantido.

Deve-se reiterar que a presente dissertação não tem o objetivo de criticar ou elogiar qualquer modelo decisório. Desse modo, procura-se apenas compreender a questão proposta no caso em análise e fornecer respostas a ela, eximindo-se, na medida do possível, de emitir juízos de valor a seu respeito.

Sobre o assunto, a título de ilustração, faz-se interessante a menção ao pensamento de García Amado, jurista espanhol de vertente positivista – esse sim conhecido por suas opiniões críticas em relação ao jusnaturalismo e ao neoconstitucionalismo. Desse modo, além de se opor

a uma relativização (ou derrotabilidade) dos direitos fundamentais, costuma criticar a sua excessiva vagueza e ausência de sentido imanente, como se observa na passagem abaixo:

Que el supremo valor de la vida y la dignidad humanas esté afirmado en las constituciones nada resuelve por sí sobre si con tal valor constitucional es compatible la permisión del aborto o de la eutanasia, la guerra, las largas condenas de prisión o la tortura en casos extremos, pues cada iusnaturalismo y cada iusnaturalista que interprete y aplique la Constitución le va a dar un alcance distinto a aquel valor para estos asuntos. Será propiamente interpretación de la Constitución y decisión legítima de los órganos constitucionalmente competentes la que resuelva tales interrogantes jurídico-constitucionales, pero no aplicación de una moral objetiva plasmada en la respectiva cláusula constitucional y, menos aún, aplicación del iusnaturalismo constitucionalizado.³³⁸

Ainda, a esse respeito, sobre o exemplo específico do aborto diante do princípio da dignidade humana, com base em Dürig, atesta Amado toda a incerteza por trás da questão:

Y, por si nos quedan dudas de que los contenidos axiológicos del artículo i .1 de la Ley Fundamental son los que son, y son los preestablecidos en la moral cristiana, pone DÜRIG un ejemplo: sin duda contrario a la idea de dignidad de toda persona es el aborto. ¿Admitirían esto todos los neoconstitucionalistas? ¿O cada uno lo admitirá o no según el sistema de valores con que él “cargue” las cláusulas valorativas de la Constitución, si bien pretendiendo que esos valores no son los que a él le convencen más, sino los verdaderos, los mejores y los que objetivamente la Constitución, por tanto, está asumiendo?³³⁹

Retornando-se agora à ADPF 54/DF, observa-se que o argumento da ponderação de princípios foi amplamente utilizado. Nesse sentido, alguns ministros afirmaram expressamente que nenhum direito é absoluto, facilitando a resposta à atual questão, outros deixaram essa ideia subentendida, na medida em que adotaram o referido argumento da ponderação.

Naturalmente, por se tratar de um ponto favorável à procedência do pedido contido na ADPF, esse argumento não foi alegado pelos ministros que se posicionaram em sentido contrário, isto é, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Isso não significa, contudo, que todos aqueles que foram favoráveis à procedência da Arguição subscreveram tal argumento. Como

³³⁸ AMADO, Juan Antonio García. ***El Derecho y sus circunstancias: nuevos ensayos de filosofía jurídica*** (versão eletrônica da Amazon). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, posição 2639 no Amazon Kindle.

³³⁹ *Ibidem*, posições 2764-2775 no Amazon Kindle.

se observa no quadro acima apresentado, Gilmar Mendes, por razões diversas, julgou-o inconsistente, por entender que a dignidade humana se encontra em ambos os polos (o da gestante e o do feto).

Isso significa, contudo, que a maioria dos ministros (7 de 10) ainda considera o argumento do sopesamento procedente. À primeira vista, essa informação parece levar à conclusão de que, no caso em análise, a maioria dos ministros admite sim a relativização de qualquer direito fundamental em uma ponderação concreta. Isso porque o referido argumento leva à conclusão de que o direito à vida do feto pode ser afastado no conflito concreto apresentado. Desse modo, se até o direito à vida pode ser derrotado, que outro não poderia?

A questão, porém, pode não ser tão simples como parece. Isso porque a própria vida foi qualificada por vários ministros como sendo inviolável. Nesse sentido, pode-se apenas especular se uma vida viável poderia igualmente ser relativizada em uma decisão judicial (ou se essa, ao contrário, seria considerada um direito absoluto). Tal indagação poderá ser respondida se algum dia o Supremo se posicionar (sobretudo por meio de uma decisão com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*) a respeito do aborto em geral, isto é, de feto viável. No presente caso, contudo, a limitação permanece.

Outra possível ressalva à resposta de que, no caso em análise, a maioria dos ministros se posicionou pelo entendimento de que todos os direitos são relativizáveis é o fato de que, em via de regra, a vida do feto foi ponderada com a dignidade humana da gestante, e não apenas com outros direitos dela, como a sua liberdade, autodeterminação e saúde física e psicológica, além de seus direitos sexuais e reprodutivos. Dessa maneira, poder-se-ia afirmar que a dignidade humana que, na realidade, é o único direito absoluto, devendo até mesmo a vida ceder diante dela.

Tal compreensão, contudo, certamente enfrentaria muitas críticas, em razão da imensa fluidez desse conceito. Na medida em que a dignidade humana é considerada, por muitos, uma espécie de guarda-chuva, que abriga, em última instância, todos os direitos fundamentais, tornar-se-ia vazia a sua colocação em qualquer um dos polos de um conflito principiológico, pois, de certo modo, ela estaria igualmente do outro lado, desse modo se anulando. De certa forma, tal foi, inclusive, o mencionado entendimento do Min. Gilmar Mendes.

Novamente, entretanto, foge ao objeto da presente dissertação um posicionamento definitivo sobre isso. Tal provocação se coloca apenas como proposta de desenvolvimento de um trabalho futuro.

Em suma, a questão deverá permanecer em aberto. Pode-se apenas afirmar que a análise da ADPF 54/DF tende a levar à conclusão de que, para a maioria dos ministros, nos limites do referido caso, todos os direitos fundamentais são relativizáveis, porém não se podendo ignorar as referidas ressalvas, cuja análise definitiva não poderá ser levada a cabo nesse espaço, já que extrapola o seu objeto.

6.3.2 Os métodos clássicos ainda se mostram relevantes no atual contexto jurisprudencial brasileiro?

A segunda questão pode ser respondida com um pouco mais de facilidade, já que consiste em discutir sobre a relevância da metodologia positivista na atual jurisprudência pátria. Naturalmente, como já observado anteriormente, tal reflexão só pode ser proposta dentro dos limites da ADPF 54/DF, de tal modo que a conclusão, qualquer que seja, não autoriza uma generalização a seu respeito. Certamente que especulações sobre sua aplicabilidade a outros casos podem ser levantadas pelo leitor, podendo servir de base a trabalhos acadêmicos futuros (o que não deixa de ser um dos objetivos da presente dissertação). Isso, porém, extrapola o atual trabalho, o qual, reitere-se, não se compromete com essas outras hipóteses extensivas.

Sobre esse tema, faz-se pertinente mencionar o pensamento de Andreas Krell, conhecido por sua defesa dos métodos clássicos. Para ele, esses últimos não apenas permanecem sendo utilizados no modelo decisório contemporâneo, como continuam sendo imprescindíveis. Ainda que a sua importância diminua quando da interpretação constitucional, como bem reconhece o Autor, a função que exerce se mantém relevante e insubstituível (entendimento baseado por ele nas obras de Bonavides e Canotilho), mesmo que tenha que dividir espaço com as técnicas mais recentes. Em momento posterior, Krell afirma que os cânones clássicos não garantem resultados absolutos, mas são meios relevantes de suporte ao trabalho jurídico, fornecendo aspectos que auxiliam a controlabilidade racional dos processos interpretativos.

Na interpretação da Constituição, a importância dos métodos tradicionais, sem dúvida, diminui. O texto da Lei Maior regulamenta relações políticas e sociais, o que o torna, segundo Bonavides (2006, p. 461), sujeito a um “influxo político considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável”. Todavia, o autor deixa claro que não defende “uma técnica interpretativa especial para as leis constitucionais” e tampouco pretende “preconizar os meios e regras de interpretação que não sejam aquelas válidas para todos os ramos do Direito, cuja unidade básica não podemos ignorar nem perder de vista [...]”. Na mesma linha, Canotilho (1997, p. 1084 ss.) entende que a interpretação da Constituição deve ser efetuada mediante um conjunto de métodos reciprocamente complementares, entre os quais está o “método jurídico” clássico. [...]

A retórica e a argumentação não podem substituir a metódica jurídica, pois somente esta anda suficientemente próxima às decisões tomadas em um Estado Democrático de Direito. Os cânones metódicos clássicos não garantem resultados certos ou verdadeiros, mas representam importantes meios de apoio ao trabalho jurídico. Reconhecer este fato pode levar a uma problematização e utilização mais racional desses elementos de interpretação. Os cânones devem ser entendidos menos como regras metodológicas determinantes do que orientações e exortações que apontam em direção a certas perguntas, já que elas mesmas deixam em aberto quando e como devem ser utilizadas em um caso concreto. A metodologia jurídica fornece aspectos e fórmulas que ajudam a estruturar melhor o processo de interpretação, tornando-o racionalmente controlável (KOLLER, 1997, p. 211).³⁴⁰

Assim, retornando à questão proposta e ao caso em pauta, pode-se facilmente responder que, com base na tabela global previamente apresentada, a metodologia clássica permanece relevante. Isso porque, dentre 10 ministros, 6 se valeram do argumento da analogia como argumento-fim, o qual, como se sabe, enquadra-se dentre os positivistas. Ademais, outros também foram utilizados, ainda que bem mais discretamente: o gramatical por 2 ministros; o genético e o sistemático uma vez cada.

No que se refere ao argumento principal de cada ministro, o analógico figura 4 vezes nessa categoria, sendo o mais frequente dentre aqueles de 2ª camada.

Todos esses dados levam à conclusão de que, no caso analisado, a metodologia clássica se mostra bastante relevante. Nesse sentido, o atual cenário neoconstitucionalista não implicou em um esquecimento dessa categoria de métodos. O mesmo não se pode afirmar sobre os brocardos interpretativos, os quais, ao menos na ADPF 54/DF, tiveram uma importância diminuta.

Questão mais delicada é decidir qual foi o mais relevante entre os métodos clássicos e os pós-positivistas. Isso porque a resposta irá variar a depender do critério utilizado. Se se levar

³⁴⁰ KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV* 19. São Paulo 10(1), pp. 295-320, jan-jun 2014, pp. 299, 315.

em consideração apenas o número de utilizações como argumento principal, a analogia, como já observado, foi preponderante, ocupando essa posição 4 vezes. Ademais, o gramatical ainda aparece uma vez. Por outro lado, o argumento da ponderação de princípios protagoniza os votos de dois ministros e o histórico-evolutivo o voto de um. Assim, a relação seria 5 contra 3 a favor dos métodos clássicos.

Em contrapartida, desprezando-se o protagonismo dos argumentos, observa-se que os argumentos-fim pós-positivistas aparecem bem mais vezes: o do sopesamento de princípios é o mais frequente, aparecendo 7 vezes, ao passo que o histórico-evolutivo foi suscitado 6 vezes. Dentre os positivistas, como já colocado, o analógico foi utilizado 6 vezes, o gramatical duas, o histórico e o sistemático uma vez cada. Somando-se tudo isso, pode-se verificar 13 aparições dos métodos pós-positivistas contra 10 dos métodos clássicos. Assim, aqueles prevalecem.

Por fim, não se pode esquecer da interpretação conforme a Constituição, que esteve presente na própria estrutura da ementa, em razão do posicionamento favorável adotado pela maioria dos ministros. Assim, oito ministros (incluindo, pois, os que foram favoráveis, mas estipularam condições adicionais) entenderam que a interpretação que compreende a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como conduta abortiva, tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, deve ser **(a partir de uma interpretação conforme a Constituição)** declarada inconstitucional. Como já se observou, a interpretação conforme também se inclui dentre os métodos pós-positivistas. Dessa maneira, se se somar esse número ao previamente apresentado ($13+8=21$), verifica-se uma vantagem ainda maior, em relação ao número de aparições, da metodologia pós-positivista diante da clássica (21×10).

Em conclusão, os métodos positivistas certamente se mostraram relevantes na argumentação analisada na ADPF 54/DF. Por outro lado, já não se mostra tão claro se eles foram mais importantes do que os pós-positivistas, pois isso depende do critério utilizado e da observância da interpretação conforme. Portanto, diante das limitações e discricionariedades apresentadas (na medida em que a escolha do critério é inevitavelmente subjetiva), opta-se por não fornecer uma resposta a essa questão adicional proposta, reconhecendo-se apenas um relativo equilíbrio entre ambas as metodologias.

6.3.3 Os ministros de fato decidem com base em argumentos propriamente jurídicos?

Outra questão que pode ser colocada a respeito de qualquer análise argumentativa judicial – mas que, no presente trabalho, será naturalmente respondida em relação à ADPF 54/DF – é se o juiz (ou tribunal) decide efetivamente o caso com base em argumentos jurídicos.

A esse respeito, teorias muito variadas têm sido elaboradas, das mais cognitivistas às mais céticas, das formalistas às realistas, das dedutivistas às indutivistas e mesmo às circulares. A questão pode ser colocada de maneira ainda mais complexa (e dificilmente aferível), na medida em que muitos jusfilósofos realistas compreendem que a argumentação pode ser desenvolvida de modo estritamente jurídico, porém as verdadeiras razões por trás de um determinado argumento serem bem distintas (e muitas vezes pessoais, arbitrárias e inconfessáveis). A título de exemplo, observe-se a explicação Luiz Alberto Warat a respeito do realismo jurídico:

Negando que as normas jurídicas possibilitem uma previsão infinita das consequências jurídicas, os realistas chegam a produzir um exagerado ceticismo frente a ditas normas gerais. Negam-lhe todo o valor. Afirmam alguns, inclusive, que as normas gerais são um conjunto de enunciados metafísicos que cumprem somente a função retórica de justificar as decisões dos juízes.

Assim, o pensamento realista em relação ao formalista é um pensamento iconoclasta. Não deixa, entretanto, de construir ídolos substitutivos.

Para o realismo a atividade do juiz é basicamente um ato de vontade, devendo-se considerar como fontes dessa vontade todos os motivos que influem em seu ato de decisão. O realismo chega, inclusive, a afirmar em suas vertentes extremas, que a lei é só um alibi que permite encobrir, tecnicamente, os juízos subjetivos de valor do juiz. Dito de outra forma, a lei outorgaria uma estrutura racional aos componentes irracionais que determinam a decisão do juiz.

Levada às suas últimas consequências, esta postura afirma que uma dor qualquer, a opinião da sogra do juiz, sua situação social, o clima do tribunal, os meios de comunicação são, em muitas hipóteses, as causas reais dos processos de elaboração das decisões, normativamente disfarçadas.

Não interessaria, portanto, saber o que as normas dizem, senão o que os juízes dizem que as normas afirmam.³⁴¹

³⁴¹ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: interpretação da lei - temas para uma reformulação. *Op. cit.* pp. 57-58.

Na presente dissertação, todavia, esse tipo de questionamento será pensado de maneira bem menos complexa. Considerando-se que o método cartográfico (e não o analítico) foi o selecionado, não cabe aqui elaborar cotejos mais detidos sobre os argumentos efetivamente utilizados pelos ministros e as razões reais (porém, ocultas) que motivaram os seus votos. Em vez disso, haverá uma simples reflexão sobre os argumentos por eles de fato empreendidos, isto é, se foram propriamente jurídicos. Ademais, mesmo nesse aspecto, os argumentos extrajurídicos serão recortados apenas dentre aqueles já previamente tratados na 3ª camada (e não outros tipos de argumentos pessoais, por exemplo).

Em suma, o que se propõe é a seguinte reflexão: os ministros argumentaram predominantemente com base em argumentos propriamente jurídicos (2ª camada)? Ou, por outro lado, com base sobretudo em argumentos não codificados juridicamente (3ª camada)? Ou será que houve um equilíbrio entre ambos?

De um ponto de vista global – com a exceção de alguns ministros, particularmente Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que foram mais discretos na argumentação não codificada juridicamente – as argumentações exploraram de maneira bastante equilibrada essas duas camadas. Nesse sentido, independentemente do raciocínio principal nos âmbitos internos das referidas camadas, ambas foram harmonizadas e mescladas de modo a cumprir um papel relevante. Assim, torna-se difícil enxergar uma clara prevalência de uma delas. Naturalmente, os argumentos-fim foram desenvolvidos dentro da camada dos argumentos propriamente jurídicos, porém exigiram sobretudo considerações técnico-científicas para a sua adequada formulação.

Em conclusão, pode-se afirmar que, no voto da maioria dos ministros, houve um claro equilíbrio entre os argumentos propriamente jurídicos e os não codificados juridicamente, com uma ligeira vantagem para os primeiros, na medida em que atuaram (alguns deles) como argumentos-fim. Por outro lado, no voto de três ministros (Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes), observou-se, se não um domínio absoluto, ao menos uma vantagem mais sensível dos jurídicos perante os extrajurídicos, uma vez que esses últimos se mostraram mais discretos.

6.3.4 Existem divergências relevantes no *modus argumentandi* dos ministros entre um e outro posicionamento decisório?

A última questão proposta (e possivelmente a que requer um tratamento mais detido) diz respeito às comparações entre os modelos argumentativos verificados em ambos os lados, isto é, entre os ministros que apresentaram um posicionamento decisório favorável e aqueles que foram contrários.

Primeiramente, a fim de responder uma pergunta como essa, deve-se indagar se existe, de fato, uma tendência argumentativa dentre aqueles ministros que foram favoráveis e dentre os que foram contrários. Isso porque, se tais padrões não forem observados, torna-se, de certo modo, sem sentido uma comparação que apresente os referidos posicionamentos em blocos, o que transmite a impressão de homogeneidade e afinidade entre seus elementos.

A esse respeito, pode-se mencionar a teoria das constrições jurídicas de Michel Troper, expoente maior da Teoria Realista da Interpretação (TRI) francesa (oriunda da Escola de Nanterre). Para ele, independentemente das diversas coações extrajurídicas sob as quais os juízes pudessem se encontrar, haveria três grandes constrangimentos propriamente jurídicos (coações jurídicas, ainda que em sentido fraco): **1)** a necessidade do intérprete de legitimar a decisão interpretativa aos seus destinatários, assim como de persuadir, quando for o caso, os demais membros de um órgão colegiado; **2)** a obrigação do intérprete, a fim de preservar sua posição relativa no sistema de competências, de levar em conta o modo como os demais atores poderiam exercer as suas próprias competências; **3)** O constrangimento, sofrido pelo intérprete, a ser coerente com os métodos e os conceitos por ele previamente utilizados.³⁴²

Nesse cenário, as contrições jurídicas (particularmente as duas primeiras) ajudam na compreensão das razões pelas quais os modelos argumentativos dentro de um mesmo posicionamento decisório tendem a ser semelhantes. A respeito de cada uma das três constrições jurídicas, afirma Troper o seguinte:

³⁴² JUST, Gustavo. **Interpretando as Teorias da Interpretação**. *Op. cit.* p. 184-185.

(...), pode-se falar de coação jurídica no sentido fraco: quando normas colocaram um indivíduo ou um órgão numa situação tal que ele deve comportar-se de certa maneira para agir de maneira razoável e eficaz. Tal situação encontra-se primeiro nos órgãos jurisdicionais colegiados, quando um dos membros propõe-se a persuadir os seus colegas. Mesmo se estiver plenamente convencido da verdade da tese realista, é-lhe evidentemente impossível afirmar que o juiz pode dar ao texto qualquer significado, porque, fora do argumento de oportunidade, não há qualquer razão de preferir um significado a outro. Pode-se, por conseguinte, considerar que existe uma coação objetiva que leva a recorrer a argumentos tirados da verdade do texto.

Uma situação de coação fraca encontra-se, ainda, quando as normas organizam as relações entre autoridades de tal maneira que o poder arbitrário de uns dissuade os outros a exercer o seu próprio poder arbitrário de maneira excessiva. [...]

(...) se se definir o poder de maneira positiva, como a capacidade de determinar o comportamento de outro, aumenta-se, então, o seu poder, não decidindo de acordo com os seus caprichos mas, pelo contrário, enunciando regras gerais e estáveis que permitirão aos homens prever as consequências das suas ações e, por conseguinte, de escolher dentre as condutas possíveis aquelas que lhes serão mais vantajosas. Emancipando-se das leis, prescreve-se uma classe específica de ações, submetendo-se a elas, é uma classe geral que impera.

Nada impede que o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação dê a um texto qualquer um significado qualquer, tendo em vista que toda interpretação será igualmente válida, mas se eles assim se comportassem, é claro que os órgãos jurisdicionais inferiores e os jurisdicionados estariam na incapacidade de regular as suas próprias condutas, porque ser-lhes-ia impossível prever as consequências dos seus atos.³⁴³

Retomando o questionamento em pauta, no que se refere propriamente à análise da ADPF 54/DF, verifica-se que, dentre os ministros que se posicionaram em sentido favorável à sua procedência (8 ao todo), houve, em relação à 2ª camada discursiva, apenas três argumentos-fim, os quais se mostraram bastante recorrentes: o ponderativo de princípios (7 vezes), o analógico (6 vezes), o histórico-evolutivo (6 vezes). Desse modo, nem todos eles foram utilizados por todos os ministros favoráveis, assim como a importância relativa de cada um se alterou entre os vários votos. Apesar disso, 4 ministros coincidiram ao utilizar o analógico como argumento principal.

De modo geral, portanto, se não houve uma coincidência total entre os votos, certamente houve uma considerável afinidade entre eles, o que comprova a tendência argumentativa referida. Em relação à 3ª camada, isso se torna ainda mais evidente, na medida em que todos os 8 ministros se valeram do argumento técnico-científico (6 deles claramente como argumento principal) e 5 deles do filosófico.

³⁴³ TROPER, Michel. Uma Teoria Realista da Interpretação. **Opinião Jurídica**. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus, n. 08, ano 04. Fortaleza, 2006.2, pp. 296-297.

Em relação aos ministros contrários (apenas 2 ao todo), houve, quanto à 2ª camada, apenas o uso de argumentos clássicos, com destaque para o gramatical, utilizado por ambos e claramente prevalece em ao menos um dos dois votos. Ademais, a tendência de negar os argumentos-fim dos demais ministros, bem como de defender uma atuação mais discreta (não discricionária) do Judiciário foram pontos em comum desses dois votos. Assim, ainda que não tenha havido uma plena semelhança entre eles, com certeza houve suficiente afinidade para verificar a referida tendência argumentativa. Em relação à 3ª camada, a afinidade permanece, na medida em que tanto Lewandowski quanto Peluso se valeram de argumentos técnico-científicos e filosóficos, variando apenas o argumento restante de cada: histórico, no caso do primeiro; axiológico, no caso do segundo; além do argumento principal de cada: técnico-científico (ainda que com importância mitigada), no que se refere ao primeiro; axiológico, em relação ao segundo. Não são, porém, distinções tão relevantes a ponto de descaracterizar a tendência argumentativa em comum entre eles.

Superada essa etapa, portanto, pode-se adentrar propriamente na questão principal. Existem divergências relevantes no modo como os ministros argumentam entre um e outro posicionamento decisório? Se sim, quais? Como eles se comportam em relação às camadas já apresentadas? Quais metodologias (clássicas ou pós-positivistas) se mostraram mais propícias ao julgamento favorável? E ao julgamento contrário? Quais argumentos não codificados juridicamente se mostraram mais adequados ao julgamento favorável? E ao julgamento contrário? Nesse contexto, pode-se pensar ainda em termos de “ativismo judicial” X “cautela ou moderação judicial”, isto é, as decisões que se mostraram mais discricionárias ou arrojadas (quase sempre as favoráveis, mas dentre elas algumas se sobressaíram) possuíram uma afinidade maior com quais métodos? E as que se mostraram mais cautelosas ou discretas (quase sempre as contrárias)?

As respostas para essas questões, de certo modo, podem já ter ficado subentendidas pelos comentários anteriores. De qualquer modo, ei-las a seguir. Primeiramente, existem sim divergências relevantes no modo como os ministros de cada bloco argumentam. No que concerne à 2ª camada, claramente a metodologia pós-positivista se identifica com o posicionamento favorável (e, ao que parece, mais ainda com os votos mais ativistas, a exemplo do de Gilmar Mendes), na medida em que três dos seus principais argumentos se enquadram nessa linha, quais sejam, o ponderativo de princípios, o histórico-evolutivo e (não se pode esquecer) o da interpretação conforme a Constituição. Por outro lado, os ministros que votaram

em sentido contrário tentaram veementemente combatê-los, sem acrescentarem quaisquer outros argumentos pós-positivistas no lugar.

Em relação à metodologia clássica, a realidade já foi bem distinta, uma vez que ministros de ambos os posicionamentos se valeram de raciocínios nela classificados. Assim, os métodos positivistas tiveram relevância para os dois lados. Apesar disso, não da mesma maneira. Enquanto os ministros favoráveis utilizaram sobretudo o argumento analógico, os ministros contrários procuraram afastá-lo, oferecendo, em contrapartida, argumentos gramatical, histórico e sistemático (sendo o gramatical, naturalmente, o que se mostrou mais propício para uma postura de “cautela judicial”, como colocado acima).

Por fim, no que se refere à 3ª camada, isto é, aos argumentos não codificados juridicamente, as divergências também não foram tão marcantes. Ambos os lados se valeram sobretudo de argumentos técnico-científicos, primeiramente, e filosóficos, em segundo lugar, embora, no posicionamento contrário, esses dois empataram, sendo arguidos pelos dois ministros. Isso mostra a flexibilidade desses tipos de argumento, que podem servir a entendimentos opostos. O argumento axiológico, por sua vez, apareceu uma vez de cada lado, enquanto que o histórico foi verificado duas vezes do lado favorável e uma do lado contrário (embora, no caso do posicionamento negativo, isso representa uma proporção bem maior, qual seja, 50%, já que só conta com dois ministros). Quanto ao argumento religioso, pôde-se verificá-lo duas vezes no bloco favorável, porém nenhuma no bloco contrário, o que representa também uma pequena distinção. O fato mais marcante, todavia, parece ter sido a prevalência do argumento axiológico no voto do Min. Cezar Peluso, ao passo que, dentro os ministros favoráveis, o único argumento prevalente foi o técnico-científico (6 vezes), enquanto que, em relação a outros dois ministros, o argumento principal não restou evidente. Isso, porém, foi uma distinção individual do Min. Peluso, já que o mesmo não ocorreu no voto do Min. Lewandowski.

Em suma, pôde-se verificar divergências relevantes entre os blocos, porém as mais radicais foram observadas, de fato, apenas em relação à metodologia pós-positivista. A metodologia clássica se mostrou importante para os dois lados, muito embora por meio de argumentos distintos. Já os argumentos não codificados juridicamente apresentaram apenas distinções de menor peso entre os posicionamentos decisórios (com a exceção, talvez, do referido destaque do argumento axiológico no voto de Peluso, que, não pode, contudo, ser estendido ao seu bloco). De qualquer modo, no balanço geral, pode-se afirmar que divergências

relevantes na argumentação dos ministros nos distintos posicionamentos decisórios foram sim verificadas.

6.4 CONJECTURAS A RESPEITO DO COMPORTAMENTO ARGUMENTATIVO DOS MINISTROS SOB A ÓTICA DA RETÓRICA DA OBJETIVIDADE

Observou-se reiteradamente, ao longo da presente dissertação, que, dentre as propostas metodológicas de Gustavo Just, aquela a ser adotada seria a cartográfica – e não a analítica. Isso significa que o trabalho se propôs a investigar a distribuição dos argumentos desenvolvidos no voto de cada ministro, dentre as camadas discursivas previamente estabelecidas, particularmente a 2ª e a 3ª, isto é, os modelos interpretativos e os argumentos não codificados juridicamente.

Dessa maneira, após um longo capítulo a esse respeito, foram elaboradas tabelas, a fim de sintetizar os resultados obtidos e, mais do que isso, enxergá-los sob três perspectivas: a individual, a global e a “por posicionamento decisório”. Finalmente, utilizou-se esses dados para o fornecimento de respostas a questões preestabelecidas. Mesmo nessa última etapa, o método cartográfico não foi extrapolado. As perguntas tiveram como objetivo simplesmente a melhor compreensão do material obtido a respeito da distribuição de argumentos de cada ministro – em suma, do seu *modus argumentandi* (de maneira individual, global e por bloco). Assim, não se procurou questionar as razões, interesses, motivações por trás de cada argumento, bem como as repercussões visadas e afastadas pelos ministros, nem tampouco se procedeu a uma investigação crítica a esse respeito, o que (aí sim) caracterizaria o uso do método analítico.

Qualquer que seja o método adotado, porém, a fim de ser fiel à proposta de pesquisa de Just, deve-se enxergá-lo sob a ótica da retórica da objetividade. Isso significa que os argumentos apresentados pelos ministros sempre têm como finalidade a transmissão de um saber, isto é, de um juízo de conhecimento, e não de um juízo valorativo (ou volitivo), ou seja, de um querer. Nesse sentido, mesmo quando um ministro abre uma concessão, ao admitir um certo grau de discricionariedade em sua decisão, ainda assim ele tenta convencer as partes, os demais ministros e a sociedade em geral a respeito de sua racionalidade e, até certo ponto, objetividade.

Não se pode negar, contudo, que, ainda que observada em qualquer um dos dois métodos propostos, é no analítico que a retórica da objetividade se revela com mais força, na medida em que se busca razões, pretensões e interesses dos ministros, ocultos sob o véu da retórica. Nesse subcapítulo final, serão tecidos alguns comentários a esse respeito, aproximando-se assim do método analítico, sem, contudo, nele imergir, uma vez que nada será concluído, afirmado, mas apenas sugerido, suposto, conjecturado. Na realidade, busca-se aqui o incentivo a possíveis trabalhos futuros e não o estabelecimento de conclusões, já que as questões do presente trabalho já foram respondidas nos subcapítulos anteriores.

Uma reflexão muito interessante recai sobre o questionamento das razões por trás do maior uso da analogia como argumento principal. Nesse sentido, por que vários ministros (inclusive o Relator) utilizaram a analogia como principal e o sopesamento de princípios como eventual?

Pode-se supor que a alegação do conflito aparente, isto é, da ausência de direito à vida de um dos lados da balança, em razão da analogia com a morte encefálica, seja mais aceitável pelo público em geral do que o entendimento de que a vida (ainda que inviável) pode ser afastada e derrotada no caso concreto. Consequentemente, esse último argumento foi, pelo entendimento mais frequente (de ao menos 4 dos 8 ministros favoráveis), rebaixado ao patamar de argumento eventual.

Como se observa, não se trata de um raciocínio infalível. Dois ministros (Joaquim Barbosa e Luiz Fux) se valeram da ponderação de princípios como argumento principal. Gilmar Mendes, por sua vez, descartou os dois e pautou seu voto pelo argumento histórico-evolutivo, além de ter sido aparentemente o ministro que mais se valeu de um discurso ativista, pregando a imagem do Supremo como legislador positivo. Celso de Mello, em menor grau, também apresentou algumas passagens de cunho ativista em seu voto. Nesse sentido, todas essas ressalvas mostram que a suposição acima colocada não é, de modo algum, uma regra sólida. Apesar disso, ela se mostra um ponto de partida certamente interessante para um trabalho futuro.

Nesse contexto, muito significativa é também a expressão “antecipação terapêutica do parto” ou “interrupção de gravidez de feto anencéfalo”. Como foi mostrado no capítulo 4, essas expressões foram utilizadas diversas vezes pelos ministros, sobretudo (mas não exclusivamente) por aqueles 4 acima referidos, que se valeram da analogia como argumento principal. Esse uso, por certo, não é meramente desprezioso, na medida em que apresenta

razões simbólicas bastante marcantes para a sua recorrência. Isso porque a utilização do termo “aborto” impõe uma carga argumentativa bem maior para aquele que deseja votar em sentido favorável, além de dificultar o uso do argumento analógico. Por outro lado, para os ministros contrários, a menção ao “aborto” se mostra mais do que propícia.

Novamente, porém, essa observação não se traduz em uma regra infalível. Como comentado no capítulo 4, o uso do termo “aborto” (ou mesmo o expreso afastamento das expressões referidas no início do parágrafo) foi observado por 3 dos ministros favoráveis: Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Nesse sentido, mais uma vez se indaga sobre quais comportamentos argumentativos seriam adotados pelos ministros do Supremo se algum dia eles vierem a se posicionar (sobretudo por meio de uma decisão com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*) a respeito do aborto em geral, isto é, de feto viável. Por ora, contudo, observe-se apenas que a suposição apresentada, ainda que longe de ser incontestável, apresenta-se igualmente como semente viável para uma pesquisa futura.

Outra sugestão de trabalho pode incidir sobre os motivos pelos quais os ministros que votaram em sentido negativo rejeitaram os métodos pós-positivistas. Desse modo, pode-se iniciar questionando de que maneira esses últimos se mostraram indesejáveis para uma argumentação que defende a manutenção do entendimento jurisprudencial corrente e a “discrição judicial” (em oposição à expressão “ativismo judicial”).

Por fim, no que concerne à 3ª camada, pode-se refletir a respeito das razões por trás da imensa predominância dos argumentos técnico-científicos no acórdão como um todo. Nesse sentido, uma hipótese válida é a de que o seu caráter racional parece transmitir uma maior credibilidade às partes, aos demais ministros e ao público em geral se comparado a outros tipos de argumentos extrajurídicos. Trata-se justamente de sua importância em termos de retórica da objetividade. Por outro lado, ministros - favoráveis e contrários - valeram-se desses argumentos. Seria então a flexibilidade outro de seus atrativos argumentativos? Pode-se certamente utilizar também essa questão como ponto de partida para um trabalho acadêmico.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dissertação procurou concretizar aquilo a que se propôs em sua introdução, isto é, investigar o *modus argumentandi* dos ministros do STF no relevante julgamento a respeito da constitucionalidade da interpretação que enquadrava a interrupção de gravidez de feto anencéfalo dentre as condutas tipificadas como aborto nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (a ADPF 54/DF).

Para tanto, iniciou-se com a exposição de seu marco teórico, qual seja, a retórica da objetividade, nos moldes desenvolvidos por Gustavo Just. Preliminarmente, contudo, houve uma breve apresentação de algumas teorias retóricas no direito romano-germânico contemporâneo, notadamente a tópica jurídica (elaborada por Theodor Viehweg), a nova retórica (Chaïm Perelman) e a teoria jurídica retórica (Ottmar Ballweg), seguidas de uma introdução à sociologia bourdieusiana, no que concerne especificamente ao poder simbólico do Direito, no qual Just se baseia para formular a expressão “retórica da objetividade”.

No que se refere à proposta metodológica de Just propriamente, houve uma apresentação cuidadosa dos seus conceitos, particularmente em relação às 4 camadas discursivas: “decisão interpretativa”, modelos interpretativos”, “argumentos não codificados juridicamente” e “estrutura discursiva”; bem como dos seus dois métodos sugeridos: “cartográfico” e “analítico”. Nesse sentido, o primeiro se volta ao objetivo de traçar um panorama sobre o modo como os juristas distribuem os seus argumentos; ao passo que o segundo procura determinar as motivações por trás dessas escolhas argumentativas e os efeitos pretendidos. Desse modo, quanto ao julgado em pauta, já nesse momento restou muito clara a opção pela cartografia.

No segundo capítulo, houve a explanação de alguns elementos fundamentais para a compreensão do panorama histórico pelo qual passou a argumentação e a interpretação jurídicas no direito moderno, desde o positivismo legalista, notadamente a escola da exegese francesa, até o pós-positivismo contemporâneo, pautado no protagonismo constitucional, a ponto de ter sido cunhado o termo “neoconstitucionalismo”. Naturalmente, procurou-se também explicar alguns métodos interpretativos fundamentais: primeiramente os métodos clássicos de Savigny – gramatical, histórico, sistemático, teleológico –, nos quais foi incluído também o método

integrativo da analogia, já defendido naquela época pelo jurista. Posteriormente, foram apresentadas igualmente alguma das principais propostas pós-positivistas: a teoria principiológica de Dworkin, no contexto do *Common Law*, a teoria dos direitos fundamentais e o método ponderativo de Alexy, no ambiente do *Civil Law*, além da interpretação histórico-evolutiva e da interpretação conforme a Constituição.

No capítulo terceiro, houve sucintos comentários explanatórios a respeito do instrumento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), além da apresentação do caso, em suas linhas gerais. Ademais, analisou-se no caso concreto a 1ª camada discursiva, relativa ao conflito e decisão interpretativos, onde se pôde encontrar, dentro os votos dos ministros, três alternativas de escolha: a que entendeu que “a interpretação que compreende a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como conduta abortiva, tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, **deve ser** (a partir de uma interpretação conforme a Constituição) declarada inconstitucional”; a que entendeu que “a mesma interpretação **NÃO deve ser** declarada inconstitucional”; e a que entendeu que “a interpretação **deve ser** declarada inconstitucional, porém que devem ser também **especificadas determinadas condições a respeito da adequada regulamentação do reconhecimento da anencefalia por parte do Ministério da Saúde.**”

O penúltimo capítulo, decerto o mais extenso, trabalhou de maneira detida (na medida do possível, considerando-se o total de impressionantes 500 páginas de acórdão) o modo como cada um dos 10 ministros argumentou no julgamento da ADPF 54/DF, enquadrando os seus argumentos nas categorias propostas, entre modelos interpretativos (nos quais se incluem tanto os métodos clássicos, como os pós-positivistas, ambos referidos acima), destacando-se particularmente os argumentos-fim, e argumentos não codificados juridicamente (selecionando-se como corte metodológico cinco deles: técnico-científicos, filosóficos, históricos, religiosos e axiológicos).

No capítulo final, houve uma estruturação e condensação dos resultados obtidos no capítulo anterior em três tabelas, as quais os apresentam sob distintas perspectivas: a individual, a global e a “por bloco” (ou por posicionamento decisório). Assim, verificou-se com maior precisão o modo como os argumentos foram distribuídos no julgamento em pauta, o que já representa uma função da 4ª camada, qual seja, a da estrutura discursiva, particularmente no método cartográfico. A partir delas, a fim de compreender ainda melhor os mesmos resultados, sempre se pautando pela ótica da retórica da objetividade – isto é, pela ideia de que os juristas

sempre procuram apresentar seus argumentos como a transmissão de um saber, ou seja, de um juízo de conhecimento, racional, e não de um juízo valorativo (ou volitivo) –, pôde-se responder com maior facilidade as questões propostas na introdução: (i) Todos os direitos são relativizáveis no modelo decisório contemporâneo? (ii) Os métodos clássicos ainda se mostram relevantes no atual contexto jurisprudencial brasileiro? (iii) Os ministros de fato decidem com base em argumentos propriamente jurídicos? (iv) Existem divergências relevantes no *modus argumentandi* dos ministros entre um e outro posicionamento decisório?

Com base nas respostas obtidas e apresentadas no capítulo anterior, pode-se afirmar o seguinte a respeito das hipóteses propostas na introdução (lembrando que elas não podem ter efeitos generalizantes, já que dizem respeito ao âmbito específico da decisão investigada):

A hipótese de que todos os direitos são sim relativizáveis no modelo decisório contemporâneo parece ser verdadeira para o julgado em análise, ao menos para a maioria dos ministros, mas não poderá ser confirmada em absoluto. Isso porque foram observadas algumas ressalvas que comprometem esse tipo de afirmação prematura e cuja análise, por si só, já constitui o objeto de um trabalho completamente novo, não podendo ser levada a cabo na presente dissertação.

A hipótese de que os métodos clássicos ainda se mostram efetivamente relevantes no atual contexto jurisprudencial pátrio certamente foi verificada em relação à argumentação analisada na ADPF 54/DF. Por outro lado, já não se mostra tão claro se eles foram mais ou menos relevantes do que os pós-positivistas. De modo geral, contatou-se um relativo equilíbrio entre eles.

A hipótese de que os ministros de fato decidem com base em argumentos propriamente jurídicos pode ser respondida com a afirmação de que, no presente caso, para a maioria dos ministros, houve um claro equilíbrio entre os argumentos propriamente jurídicos e os não codificados juridicamente, ainda que com uma ligeira vantagem para os primeiros (já que somente neles foram desenvolvidos os argumentos-fim). Por outro lado, no voto de três ministros (Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes), observou-se, se não um domínio absoluto, ao menos uma vantagem mais sensível dos jurídicos perante os extrajurídicos, uma vez que esses últimos se mostraram mais discretos. Assim, em suma, os argumentos propriamente jurídicos não são exatamente dominantes na argumentação dos ministros, mas desempenham um papel fundamental.

Por fim, a hipótese de que existem sim divergências relevantes no *modus argumentandi* dos ministros entre um e outro posicionamento decisório foi confirmada no julgado em análise, porém sobretudo em relação aos métodos pós-positivistas. Isso porque a metodologia clássica se mostrou importante para os dois lados, muito embora por meio de argumentos distintos. Já os argumentos não codificados juridicamente, como se observou, apresentaram tão somente distinções de menor peso entre os distintos posicionamentos decisórios.

Finalmente, na etapa final do trabalho, conseguiu-se (satisfatoriamente, ao que se entende) tecer alguns comentários a respeito de supostas razões, pretensões e interesses dos ministros: por exemplo, no que se refere ao valor retórico da expressão “antecipação terapêutica do parto” ou “interrupção de gravidez de feto anencéfalo”; ou mesmo na relativa preferência, por boa parcela dos ministros (inclusive do Relator), do argumento analógico, tratado assim como principal, em comparação ao ponderativo de princípios, apresentado assim como eventual; dentre outros.

Todas essas suposições do subcapítulo final, entretanto, diferentemente das questões e hipóteses anteriormente respondidas e testadas, foram realizadas sem se afirmar nada, nem se chegar a quaisquer conclusões definitivas – sempre, portanto, no campo da mera conjectura –, com o simples objetivo, em verdade, de apresentar temas de problematização para possíveis trabalhos futuros, de quem quer que se interesse pela discussão. Desse modo, mesmo nessa etapa, não se adentrou, de fato, no método analítico, mantendo-se fiel, pois, ao método cartográfico.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. DEUTSCHER BUNDESTAG (Parlamento Federal Alemão). Berlin, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 02/09/2017.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Teoria Discursiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AMADO, Juan Antonio García. **El Derecho y sus circunstancias: nuevos ensayos de filosofía jurídica** (versão eletrônica da Amazon). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, posição 2639 no *Amazon Kindle*.

ANJOS, Márcio Fabri dos. Anencefalia e Bioética: visitando argumentações. **Revista Bioethikos**, Centro Universitário São Camilo, 2012; 6(2), pp. 154-155. Disponível em: <<https://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/94/a4.pdf>>. Acesso em: 15.01.2018.

ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2007.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BALLWEG, Ottmar. **Retórica Analítica e Direito**. Tradução de João Maurício Adeodato. Faculdade de Direito do Recife. Do original *Rhetorik und Vertrauen*. In: *Kritik und Vertrauen: Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag*. Frankfurt a. M., Anton Hain Verlag, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. **Petição Inicial da ADPF 54/DF**. Disponível em PDF em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>>. Acesso em: 15.12.2017. Referente ao seguinte acórdão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. Relator: MELLO, Marco Aurélio. DJe: 30.04.2013. Disponível em PDF em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807932/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df-stf/inteiro-teor-112281184?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04.09.2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Os Juristas, Guardiões da Hipocrisia Coletiva. **Revista Direito, Sociedade e Cultura**. Faculdade de Direito de Vitória. Disponível em: <<http://direitosociedadecultura.blogspot.com.br/2011/03/os-juristas-guardiaes-da-hipocrisia.html>>. Acesso em: 02/09/2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites. 2008. 393 f. Tese de Dissertação (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. **Direito, Estado e Sociedade**. Revista de Direito da PUC. n. 44, jan/jul 2014, p. 196. Disponível em: <https://app.vlex.com/#WW/vid/566313566/graphical_version>. Acesso em: 02.01.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. Relator: MELLO, Marco Aurélio. DJe: 30.04.2013. Disponível em PDF em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807932/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df-stf/inteiro-teor-112281184?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04.09.2017.

CARRILHO JÚNIOR, Paulo Almeida. ADPF - Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Conceito de preceito fundamental. Fundamento lógico-transcendental da validade da constituição jurídico-positiva. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10158&revista_caderno=9>. Acesso em: 28.12.17.

CASTRO JÚNIOR, Torquato. A Bola do Jogo: Uma Metáfora “Performativa” para o “Desafio” da Pragmática da Norma Jurídica. In: ADEODATO, J. M.; BITTAR, E.. (Org.). **Filosofia e teoria geral do direito**: Estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Distinções entre as Técnicas da "Interpretação Conforme a Constituição" e da "Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto"**. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152105770/distincoes-entre-as-tecnicas-da-interpretacao-conforme-a-constituicao-e-da-declaracao-parcial-de-inconstitucionalidade-sem-reducao-de-texto>>. Acesso em: 02.01.2018.

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

_____. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FALCÃO, Pablo Ricardo de Lima. **Nascituro Meroencefálico e STF: entre as retóricas da condicionalidade e da incondicionalidade vital e as vias para fixação de seu status jurídico**. 2007. 180 f. Tese de Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco/Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2007.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2010.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

GUIMARÃES, Nilson Jorge Costa. **A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Breve análise sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental: conceito, principais aspectos, modalidades**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2508/A-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>>. Acesso em: 28.12.2017.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller: método jurídico sob o paradigma pós-positivista. In: MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUST, Gustavo. A Decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a Proibição do Véu Islâmico Integral na Legislação Francesa (acórdão de 1º de julho de 2014): uma análise estratégica das escolhas argumentativas. **Publicações da Escola da AGU – 1º Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa**. ano V, n. 35, v. 2. Brasília, nov./dez. 2014.

_____. Da hermenêutica filosófica à nova vulgata metodológica do direito público: o itinerário de uma contingência histórica. In: ADEODATO, J. M.; BITTAR, E.. (Org.). **Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. **Interpretando as Teorias da Interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV** 19. São Paulo 10(1), pp. 295-320, jan-jun 2014.

KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2012 (versão eletrônica da *Amazon*). Acessado no *Amazon Kindle*.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; STEIN, Leandro Konzen. A Polêmica em torno da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Incidental: existência, localização e eficácia. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí/SC. vol. 14. n. 2. 2º quadrimestre de 2009, pp. 157-158. Disponível em: <https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/leandro+stein+adpf/WW/vid/69909134/graphical_version>. Acesso em: 21.12.17.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Francisco Ramos. Karl Popper e Thomas Kuhn: reflexões acerca da epistemologia contemporânea I. **Revista FARN**. Natal, v.2, n. 1, pp. 143-148, jul./dez. 2002.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico**: pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POSCHER, Ralf. Teoria de um Fantasma: a malsucedida busca da Teoria dos Princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo. (Org.); MACEDO JR., Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coord.). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social: Princípios do Direito Político**. São Paulo: EDIPRO, 2000.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la Vocacion de nuestra Epoca para la Legislacion y la Ciencia del Derecho*. In: **Thibaut y Savigny – La Codificacion: una controversia programatica basada en sus obras**. Madrid: Editorial Aguilar, 1970.

_____. **Metodologia Jurídica**. Campinas, SP: Edicamp, 2001.

_____. **Sistema del Derecho Romano Actual**. tomo I. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, Puerta de Sol, n. 18, 1878.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. n. 7. Tradução de João Maurício Adeodato. Recife, 1995.

TEUBNER, Gunther. A Matriz Anônima – violação de direitos humanos por atores “privados” transnacionais. In: CAMPOS, Ricardo. (Org.); MACEDO JR., Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coord.). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TROPER, Michel. Uma Teoria Realista da Interpretação. **Opinião Jurídica**. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus, n. 08, ano 04. Fortaleza, 2006.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito: interpretação da lei, temas para uma reformulação**. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. **O Direito e sua Linguagem**. 2. versão. 2. ed. aumentada. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Civitas, S.A., 1985.