Visão jusfilosófica sobre a ADPF nº 54: fetos anencefálicos

Jusphilosophical reading about ADPF nº 54: anencephalic fetuses

Lectura iusfilosófico sobre la ADPF nº 54: fetos anencephalus

Este artigo é uma leitura jusfilosófica acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 que buscava discutir a constitucionalidade/ legalidade do aborto nos casos de fetos anencefálicos. Como a abordagem é filosófica e ao mesmo tempo preocupada com questões técnicas e procedimentais há um sincronismo de análises. Uma vez que o caso é deveras volumoso, o enfoque concentrar-se-á nas Alegações Finais apresentadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS –, através de seu patrono, Luís Roberto Barroso, atual ministro do STF.

This article is a jusphilosophical reading about the complaint of breach of fundamental precept No. 54 which sought to discuss the constitutionality / legality of abortion in cases of anencephalic fetuses. As it is a philosophical approach and is concerned with both technical and procedural matters there is a concerted analyzes. As the case is quite bulky, the focus will concentrate on Final Allegations made by the National Confederation of Workers in Health - CNTS - through its patron, the current Minister of the Supreme Court, Luís Roberto Barroso.

Este artículo es una lectura iusfilosófico sobre la acusación de violación del precepto fundamental nº 54 que trataba de discutir la constitucionalidad / legalidad del aborto en casos de fetos anencephalus. A medida que es un enfoque filosófico y se ocupa de cuestiones técnicas y de procedimiento es una análisis articulación. Una vez que el caso es bastante voluminoso, la atención se concentrará en los alegatos finales presentados por la Confederación Nacional de Trabajadores de la Salud - CNTS - por el abogado, Luís Roberto Barroso, actual ministro del STF.

Palavras-chave: Aborto, feto anencefálico, biodireito, ADPF, direito constitucional.

Autor:

Prof. Alexandre Fernandes Dantas

Professor de Direito Constitucional e de Filosofia Jurídica da UNESA/RJ, Pesquisador filiado ao CONPEDI, Advogado, Mestre em Direito pelo PPGD/UGF-RJ, doutorando em Ciência Política e Relações Internacionais pelo IUPERJ.

E-mail: profalexandredantas@gmail.com

"A ciência, se é verdadeira, constitui a bússola que indica corretamente ao homem a senda do progresso. No entanto, a ciência só pode cumprir esta missão se se despir das concepções e preconceitos falsos". (Alexei Leontiev)

Introdução

Antes de adentrar ao estudo do caso, vamos, inicialmente, expor o significado da locução "preceito fundamental". Embora o conceito seja fluído e aberto, ou seja, o catálogo que será apresentado a seguir não é exaustivo, analisando a jurisprudência e a doutrina sobre o assunto (MENDES, 2011, p. 1267. BARROSO, 2006, p. 250. NETO, 2013, p. 253. LENZA, 2013, p. 384, 385. CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 595), obtemos a ideia

de que certas normas ou princípios constitucionais possuem "garantias de eternidade". São eles: artigo 1º ao 6º, artigo 34, VII, artigo 37, artigo 60, § 4º, artigo 150, III, "b", artigo 170, artigo 196, artigo 203, artigo 205, artigo 207, artigo 220, todos da Constituição da República.

O caso dos fetos anencefálicos veio em um momento em que a própria Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (denominação dada no Direito brasileiro à ferramenta utilizada para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental – CF art.102, §1º e Lei 9.882/99 – resultante de ato do Poder Público, incluídos atos anteriores à promulgação da Constituição) ainda era uma ação nova e árida para o Judiciário. Nesse sentido, a ministra Ellen Gracie pronunciou em seu voto de não conhecimento da ADPF-54 que o momento de conformação do novo instrumento de controle de constitucionalidade: "deixa ao Tribunal ampla margem de discricionariedade na construção do instituto, corresponde também a enorme responsabilidade para com o futuro. As diretrizes que traçarmos devem ter a consistência necessária para enfrentarem o teste dos anos vindouros e haverão de servir como parâmetro para as impetrações que se seguirem. O Tribunal haverá, portanto, de agir na construção desse instituto com a cautela e a serenidade que lhe têm assegurado, ao longo das décadas, o respeito e a credibilidade perante a comunidade jurídica e a Nação". Sua visão tecnicista, pragmática e preocupada com a "imagem" do Supremo foi voto vencido. A ADPF foi admitida pelo Tribunal Pleno por 7 votos a 4.

Passada essa fase de admissão, o caso do aborto de fetos anencefálicos, foi até hoje, um dos casos julgados no STF que mais repercussão teve, seja no meio das ciências sociais, seja das exatas, seja da população em geral, sem falar do forte apelo religioso que o tema carrega. No voto de ministro Celso de Mello ficou claro a importância do julgamento: “*desejo registrar, Senhor Presidente, que, neste caso, e em quase 44 anos de atuação na área jurídica, primeiro como membro do Ministério Público paulista e, agora, como Juiz do Supremo Tribunal Federal, nunca participei de um processo que se revestisse da magnitude que assume o presente julgamento*”.

Nessa ADPF foi realizada a terceira audiência pública promovida pelo STF, trazendo (consolidando) uma abertura dialogal na jurisdição constitucional, onde o Judiciário está no “meio” da sociedade, ou seja, “não se fecha em torno de sua exclusiva realidade técnica” (VALLE, 2010, p. 438), mas fica aberto às forças que atuam na sociedade. O protagonismo de nossa Corte Suprema parece ser institucional, já que foi a primeira corte constitucional no mundo a transmitir, ao vivo, via canal aberto de televisão suas sessões de julgamento sem cortes ou *remakes*. Com as transmissões o clamor popular em volta de um caso aumenta consideravelmente. Essa abertura encaminha-se à hermenêutica constitucional da sociedade aberta de Peter Häberle, onde a marcha de abertura dialogal da jurisdição constitucional aparece como uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação. Parece que o grau de afetação social do caso que está em julgamento tem ligação direta com uma maior abertura ou não do STF ao ponto de vista científico e às ideias dos especialistas. Nas palavras de Vanice Lirio do Valle:

Em matérias de baixa saliência política, pode-se observar certo retraimento da contumelância dos vetores de pressão e constrição. Tal é o espaço em que, a salvo de maiores riscos político-institucionais, O Judiciário poderá determinar com maior desenvoltura a sua própria e genuína interpretação constitucional. [...] em temas de alta relevância pública e aguda controvérsia moral. Quanto maiores o acirramento da polêmica e a inquietação contramajoritária, maior será o potencial de influência dos aportes dialógicos, envolvendo o Judiciário em um processo interativo em que, antes de proferir a palavra final, observa a participa de um equilibrado jogo de forças. (2010, p. 441)

Da audiência pública sobre interrupção de gravidez de feto anencefalo, o STF extraiu importantes informações técnicas, como por exemplo, a definição de anencefalia e o momento morte em termos científicos:

[...] anencefalia, explicou que as informações e os dados revelados na audiência pública em muito teriam contribuído para esclarecer seu conceito, que consistiria na malformação do tubo neural, a caracterizar-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante o desenvolvimento embrionário. Explicou que, para o diagnóstico dessa anomalia, seria necessária a ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e de um tronco cerebral rudimentar ou a inexistência parcial ou total do crânio. [...] Ressaltou, pois, que essa má-formação seria doença congênita letal, pois não haveria possibilidade de desenvolvimento de massa encefálica em momento posterior, pelo que inexistiria, diante desse diagnóstico, presunção de vida extrauterina, até porque seria consenso na medicina que o falecimento diagnosticar-se-ia pela morte cerebral. Anotou que, em termos médicos, haveria dois processos que evidenciariam o momento morte: o cerebral e o clínico. O primeiro consistiria na parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de causa conhecida, ainda que o tronco cerebral estivesse temporariamente em atividade. O segundo seria a parada irreversível das funções

cardiorrespiratórias, com a finalização das atividades cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea, de maneira a resultar em posterior necrose celular.

As alegações finais

A petição de Luís Roberto Barroso, protocolada em 30/03/2009, é dividida e numerada em 29 parágrafos. Dos quais, passo a analisar os principais argumentos aduzidos pelo autor da petição.

Análise jusfilosófica

No parágrafo número 1, Barroso expõe que “*Nos últimos anos, milhares de mulheres engravidaram de fetos anencefálicos. Muitas delas, provavelmente a maioria, tinham por opção não levar a gestação a termo. Todavia, à vista do entendimento dominante, essas mulheres não podiam – como, de resto, ainda não podem – tomar essa decisão por seu livre-arbítrio, em conjunto com o médico que lhes dá assistência. Ao contrário, tem-se entendido que a interrupção da gestação, nesse caso, depende de prévia autorização judicial*”. Esse pensamento expressa o “fato social relevante” de Miguel Reale, expresso em sua Teoria Tridimensional do Direito – “o Direito é uma realidade fático-axiológica-normativa” – (REALE, 1984, p. 72), onde a situação fática de milhares de mulheres engravidarem de fetos anencefálicos e não terem suporte estatal é relevante e merece análise por parte do Judiciário utilizando-se dos princípios constitucionais.

No parágrafo número 2, o autor relata a lentidão do processo judiciário e o difícil acesso à justiça para os mais humildes, bem como a indevida intromissão de grupos religiosos utilizando-se da vetusta legislação:

... notadamente para as mulheres mais humildes, o acesso a um advogado ou mesmo a um defensor público pode ser extremamente difícil, quando não judicial torna-se uma batalha em diferentes instâncias, com decisões que variam de juiz para juiz e de tribunal para tribunal. Sem mencionar que grupos religiosos fomentam a impetração de habeas corpus que tornam ainda mais árduo e demorado o processo.

No parágrafo número 4, letras “a” e “b”, Barroso, ao apresentar a ação proposta, demonstra o confronto entre lei (Código Penal) e princípios (preceitos fundamentais): “*a) como preceitos fundamentais violados: o art. 1º, IV (princípio da dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, caput, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal; e*

b) como ato do Poder Público causador da lesão a tais preceitos: o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.1940), que tipificam o crime de aborto, sem contemplarem, expressamente, como exceção à incidência de tais normas, a hipótese de interrupção da gestação de feto anencefálico”. Essa é uma leitura neoconstitucional de superação da escola positivista - onde a lei posta era a fonte súpera do direito -; manifesta que os princípios passam a figurar ao lado e acima da lei e, num eventual conflito, o essedário vencedor serão os princípios, como regentes do ordenamento jurídico. Impende citar a definição de princípio de Ronald Dworkin que o denomina “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 de alguma outra dimensão da moralidade”. (DWORKIN, 2011, p. 36)

O parágrafo número 5 revela que “O pedido formulado é no sentido da interpretação conforme a Constituição de tais

dispositivos do Código Penal”, ou seja, ler e interpretar o CP não de maneira seca, mas com as lentes dos princípios constitucionais. Nesse mesmo parágrafo, de maneira sagaz, ao invés de falar em aborto do feto anencefálico, escreve “antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico”, na tentativa de qualificar o fato como atípico. Como nos art. 124 a 128 do Código Penal o tipo penal é “aborto”, ao falar em “antecipação terapêutica” acaba por deletar a tipicidade da conduta.

No ponto 7 da petição, Barroso discorre sobre as audiências públicas realizadas sobre o caso e as empresta grande peso no convencimento do ministros. Essa tese nos remete à “arena de debate” de Jürgen Habermas, que utiliza uma perspectiva plural, propondo práticas dialógicas como elemento integrante da jurisdição constitucional:

as estruturas comunicativas da esfera pública formam uma rede ampla de sensores que reagem à pressão de situações problemáticas da sociedade como um todo e estimulam opiniões influentes. A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode ‘dominar’ por si mesma o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma, direcioná-lo. [...] A ideia de democracia, apoiada no conceito de discurso, parte da imagem de uma sociedade descentrada, a qual constitui – ao lado da esfera pública política – uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento de problemas de toda a sociedade. Se prescindirmos dos conceitos oriundos da filosofia do sujeito, a soberania não precisa encontrar-se no povo, nem ser banida para o anonimato das competências jurídico-constitucionais. A identidade da comunidade jurídica que se organiza a si mesma é absorvida pelas formas de comunicação destituídas de sujeito, as quais regulam de tal modo a corrente de formação discursiva da opinião e da vontade, que seus resultados falíveis têm a seu favor a suposição de racionalidade. [Processos e pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como a comporta mais importante para a racionalização discursiva das decisões. Racionalização significa mais do que simples legitimação] Com isso, não se desmente a intuição que se encontra na base da ideia de soberania popular: ela simplesmente passa a ser interpretada de modo intersubjetivista. A soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente. (HABERMAS, 1997, p. 23, 24)

Nos subitens do parágrafo número 7 há uma interdisciplinaridade da ciência jurídica com a ciência médica, em um nítido afastamento da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen; onde o cultor do direito não deve recorrer a outras disciplinas em sua interpretação daquele:

Intitula-se Teoria ‘Pura’ do Direito porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e deseja excluir deste tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isso quer dizer: ela expurgará a ciência do direito de todos elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método e parece ser claro. [...] De maneira desprovida de todo espírito crítico, o direito se mesclou à biologia, à psicologia, à ética, [...] Sim, ele [o cultor do direito] acha que pode melhorar sua visão do conhecimento, justamente conseguindo pedir emprestado a outras disciplinas. Com isso, naturalmente, a verdadeira ciência do direito se perde. (KELSEN, 2007, p. 52, 53)

No parágrafo número 10, o causídico tenta afastar o nexo causal entre a conduta da grávida e de seu médico da morte do feto anencefálico. Em suas palavras: “a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extrauterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre

da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os nove meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal”. Assim, afirma não haver o nexo causal entre as condutas e o resultado finalístico.

Nos parágrafos 11 e 12, apresenta o feto anencefalo como um pré-ser humano e recorre a princípios gerais do direito para legitimar a interrupção da gestação nesse caso: “a Lei nº 9.347, de 4.02.97, permite a retirada de órgãos destinados a transplante após o diagnóstico de ‘morte encefálica’ do doador. Portanto, o indivíduo é considerado morto quando o seu cérebro deixa de ter atividade. Ora bem: o feto anencefálico sequer chega a ter início de atividade cerebral, pois não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. A interrupção da gestação, nessa hipótese, é fato atípico. Em nome do princípio geral da legalidade e do princípio específico da reserva penal, não pode ser vedado ou punido tragicamente, não chega a tornar-se um ser vivo, em sentido técnico”.

O parágrafo número 13 revela o avanço da medicina moderna e a compara à década de quarenta, quando Getúlio Vargas decretou o Código Penal - DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 – aduzindo que “a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Não é difícil demonstrar o ponto”. Desse modo, o único motivo pelo qual o aborto de feto anencefalo não foi positivado como uma das possibilidades de excludente de ilicitude (risco de vida da gestante e gravidez resultante de estupro – CP. Art. 128, I, II) seria a falta de avanço tecnológico da medicina da época para diagnosticar tal anomalia fetal.

Os pontos 14 e 15 retornam à discussão acerca da interpretação evolutiva do Direito, que deve ser levada a cabo pelo Judiciário e é algo a ser feito através da razão. Se é possível fazer aborto de um feto saudável (um ser humano) em caso de estupro, por que não o seria de um feto não saudável? “Parece claro que o Código Penal, havendo autorizado o mais, somente não fez referência ao menos porque não era possível vislumbrar esta possibilidade no momento em que foi elaborado. Deve-se aplicar aqui, no entanto, uma interpretação evolutiva do Direito. A norma jurídica, uma vez posta em vigor, liberta-se da vontade subjetiva que a criou e passa a ter uma existência objetiva e autônoma. É isso que permite sua adaptação a novas situações, ainda que não antecipadas pelo legislador, mas compreendidas na ordem de valores que o inspirou e nas possibilidades e limites oferecidos pelo texto normativo. Afigura-se fora de dúvida que a antecipação de parto aqui defendida situa-se no âmbito lógico das excludentes de punibilidade criadas pelo Código, por ser muito menos grave do que a que vale para o aborto em caso de estupro”. Outro ponto de reflexão que essa comparação cultural da sociedade brasileira da década de quarenta com a da atual nos leva, é sobre em quem se estava pensando resguardar quando se autorizou o aborto em caso de estupro, mesmo que de feto saudável: a mulher ou o marido que não iria querer ter sua honra manchada ao criar o filho de outro?

No parágrafo de número 16, o advogado traz a lume a dignidade da pessoa humana através do imperativo categórico de Immanuel Kant, discorrendo que:

A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio que move o processo civilizatório em múltiplas dimensões. Na filosofia, é a dignidade que informa o imperativo categórico kantiano, dando origem às proposições éticas superadoras do utilitarismo.” O filósofo alemão defendia que o homem possui valor absoluto e que “só a representação de um fim em si mesmo, logo de algo

que é necessariamente um fim para todo ser racional, pode ser o fundamento objetivo de um princípio formal, logo de um imperativo categórico. (KANT, 2009, p. 281, 327)

No ponto 17, Barroso recorre aos direitos humanos, como categoria anterior aos direitos fundamentais. Têm-se os direitos humanos, primordialmente, como categoria internacional e os direitos fundamentais como nacional. Em suas palavras:

No plano jurídico, a dignidade da pessoa humana figura, desde o final da 2ª. Guerra Mundial, em quase todos os documentos internacionais relevantes, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). No direito constitucional, está referida em Constituições como a italiana (1947), a alemã (1949), a portuguesa (1976) e a espanhola (1978). Na Constituição brasileira de 1988, o princípio está inscrito no art. 1º, III, como um dos fundamentos da República.

No número 18, o defensor da causa se mostra adepto da corrente universalista, ou seja, todos os seres humanos possuem direitos iguais, pela simples condição de serem humanos: “O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. Uma das suas manifestações concretas se dá pela via dos chamados direitos da personalidade, que são direitos reconhecidos a todos os seres humanos e oponíveis aos demais indivíduos e ao Estado”.

No 19, recorre ao lado sentimental dos julgadores e tenta tirar a frieza do processo para demonstrar a violência psicológica, a tortura sofrida pela gestante de feto anencefálico:

Obrigar uma mulher a levar até o final a gestação de um feto anencefálico, sem viabilidade de vida extrauterina, viola as duas dimensões da dignidade referidas acima. Do ponto de vista da integridade física, a gestante será obrigada a passar cerca de seis meses – o diagnóstico é feito no terceiro mês – sofrendo as transformações de seu corpo, preparando-se para a chegada do filho que ela não vai ter. No tocante à integridade psicológica, é impossível exagerar o sofrimento de uma pessoa que dorme e acorda, todos os dias, por 180 (cento e oitenta) dias, com a certeza de que o parto, para ela, não será uma celebração da vida, mas um adiado ritual de morte. Ao final de tudo, não haverá um berço, mas um pequeno caixão. Em síntese: impor à mulher o prolongamento de um sofrimento inútil e indesejado viola sua dignidade.

Nos parágrafos 21 – 23, Barroso defende “a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico”, como “filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional”. E designa este desenvolvimento metodológico como “constitucionalização do direito, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, administrativo, penal, processual, dentre outros”. Segundo o autor, essa supremacia constitucional traz consigo “a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética”. Com isso, apoia-se na teoria escalonada de Hans Kelsen, porém, com uma visão pós-positivista cingindo direito e moral. Kelsen, assentado no positivismo, defendia que “a validade das normas do direito positivo não depende da relação em que se encontrem com a norma de justiça [moral]. [...] Um direito positivo não vale pelo fato de ser justo, isto é, pelo fato de sua prescrição corresponder à norma de justiça – e vale mesmo que seja injusto. A sua validade é independente da validade moral. É esta a concepção do positivismo jurídico, e tal é a conse-

quência de uma teoria jurídica positiva ou realista, enquanto contraposta à doutrina idealista”. (KELSEN, 1979, p. 6, 7, 90) O jurista alemão era explícito ao afirmar a Constituição no topo da pirâmide do ordenamento jurídico estatal: “na Constituição repousam todas as leis e os fundamentos de todas as leis e atos jurídicos. [...] Um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas. Sua unidade se deve à conexão, que acontece porque a produção e, desta forma, a validade de uma reverte para a outra, cuja produção novamente é determinada pela outra [...] coloca a Constituição na camada jurídico/positiva mais alta – tomando-se a Constituição no sentido material da palavra –, cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica em geral, ou seja, da legislação”. (KELSEN, 2007, p. 96, 103)

No ponto 24, é demonstrado o avanço do STF como legislador positivo; o fenômeno da judicialização da política, ou como já dito em outra oportunidade, a judicialização da democracia (DANTAS, 2012, p. 178). Nas palavras de Barroso:

A solução constitucionalmente adequada para o pedido aqui formulado exige a leitura das normas do Código Penal relacionadas ao crime de aborto à luz da Constituição. Como se sabe, o conhecimento convencional é no sentido de que o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, pode atuar como legislador negativo, declarando uma norma inconstitucional, mas não como legislador positivo, criando comando inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo – agindo como legislador negativo –, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria. Essa visão tradicional precisa lidar, nos dias que correm, com inúmeras complexidades e sutilezas, e já não subsiste em sua inteireza.

O parágrafo 26, o *judicial discretion* ou *discretionary power* (poder discricionário judicial) é explicitado por Barroso quando diz que: “a interpretação jurídica não é uma atividade mecânica e unívoca, seja porque um mesmo enunciado, ao incidir sobre diferentes circunstâncias de fato, pode produzir normas diversas, seja porque, mesmo em tese, um enunciado pode admitir várias interpretações, em razão da polissemia de seus termos”. Importa trazer a lume a posição de Hebert Hart, para quem, se o juiz tiver de proferir uma decisão em “um caso difícil” deve exercer seu poder discricionário e “criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. [...] Mas não deve fazer isso de forma arbitrária; isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores”. (HART, 2001, p. 335, 336)

Considerações finais

O Acórdão final do Supremo foi publicado em 30/4/2013, e restou transitado em julgado em 6/5/2013. A tese de Barroso saiu vencedora, veja-se o Extrato da Ata:

“Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia, e o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que julgava improcedente o pedido, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela requerente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 11.04.2012.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012".

Esse caso, e a análise aqui realizada servem para demonstrar a importância da filosofia jurídica para o aplicador do Direito. Para sair da mediocridade, ou seja, para sair do comum, ordinário e poder resolver os *hard cases* ou *leading cases*, os casos difíceis, o aplicante deve ser um verdadeiro jusfilósofo para buscar argumentos que permitam o florescer da justiça onde não há lei ou a lei lhe é contrária, ou onde não há jurisprudência ou a jurisprudência lhe é adversa.

Referências

- ADPF 54 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>> Acesso em 03/11/2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. In: *Ações Constitucionais*. Organizador: Fredie Didier Jr. 6ª edição. Salvador: JusPodivm, 2013.
- DANTAS, Alexandre Fernandes. *Direitos humanos: teoria e história*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol II. 2ª edição. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Título original: *The concept of law*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.
- KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Trad. João Baptista Machado. 2ª edição. Coimbra: Armênio Armado, 1979.
- _____. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. 5ª edição. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2007.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de direito constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- REALE, Miguel. *Direito natural / Direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

STF – Supremo Tribunal Federal. Sítio eletrônico disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em 28/08/2013.

VALLE, Vanice Lirio do; AJOUZ, Igor. "Abertura dialógica na jurisdição constitucional: do contramajoritarismo ao alinhamento com a maioria". *Revista Jurispoiesis* (PPGD/UNESA – Rio de Janeiro) v. 13, p. 431-456, 2010.

Artigo enviado em 12/12/2013, aceito em 20/12/2013