

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54: UMA ANÁLISE À LUZ DA FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL¹

ARGUITION OF THE BREACH OF FUNDAMENTAL
PRECEPT 54: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF
HERMENEUTICAL PHENOMENOLOGY AND
JUDICIAL ACTIVISM

ARGUICIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE PRECEPTO
FUNDAMENTAL 54: ANÁLISIS A LA LUZ DE LA
FENOMENOLOGÍA HERMENÉUTICA Y EL ACTIVISMO
JUDICIAL

SUMÁRIO:

Introdução; 1 O Abortamento de Feto Anencéfalo e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF; 1.1 O Abortamento de Feto Anencéfalo; 1.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF; 2. A Hermenêutica de Matriz Fenomenológica; 3. O Ativismo Judicial; 4. Análise do Julgamento da ADPF 54; 5. Considerações finais; Referências.

RESUMO:

Comunica os resultados de pesquisa do projeto “Jurisdição Constitucional e Democracia: uma análise hermenêutica da ADPF à luz do ativismo judicial”. Questiona ‘qual é o perfil teórico epistemológico da ADPF nº 54 à luz do ativismo judicial e da hermenêu-

Como citar este artigo:
ROSÁRIO, Luana,
OLIVEIRA, Bianca,
OLIVEIRA, João
Mateus. Arguição de
descumprimento de
preceito fundamental
54: uma análise à luz
da fenomenologia
hermenêutica e do
ativismo judicial.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 30, 2019,
p. 83-108.

Data da submissão:
17/07/2018

Data da aprovação:
29/04/2019

1. Universidade
Estadual de Santa
Cruz–UESC–Brasil

2. Universidade
Estadual de Santa
Cruz–UESC–Brasil

3. Universidade
Estadual de Santa
Cruz–UESC–Brasil

tica fenomenológica?’ e pressupõe que foi de teor ativista. Articula conceitos de ativismo judicial, autocontenção, supremacia constitucional, discurso, *dasein*, desvelamento e temporalidade, voltados para a significação das liberdades da mulher. Justifica-se pelo potencial da ADPF como instrumento superior da salvaguarda dos direitos mais preciosos às sociedade e mulheres.

ABSTRACT:

The text follows the research results of the project “Constitutional Jurisdiction and Democracy: a hermeneutical analysis of the ADPF in the light of judicial activism”. It questions ‘what is the theoretical epistemological profile of the ADPF in the light of judicial activism and phenomenological hermeneutics?’ And assumes that it was of an activist nature. It articulates concepts of judicial activism, self-restraint, constitutional supremacy, discourse, *dasein*, unveiling and temporality, focused on the meaning of women’s freedoms. It is justified by the potential of the ADPF as a superior instrument for safeguarding the precious rights of society and women.

RESUMEN:

Comunica los resultados de la investigación del proyecto “Jurisdicción constitucional y democracia: un análisis hermenéutico de la ADPF a la luz del activismo judicial”. Se pregunta “¿cuál es el perfil teórico epistemológico de la ADPF a la luz del activismo judicial y la hermenéutica fenomenológica?” Y asume que era de naturaleza activista. Articula conceptos de activismo judicial, autocontención, supremacía constitucional, discurso, *dasein*, desvelamiento y temporalidad, enfocados en el significado de las libertades de las mujeres. Está justificado por el potencial de la ADPF como un instrumento superior para salvaguardar los derechos más preciados de la sociedad y las mujeres. Palabras clave: activismo judicial. Fenomenología Hermenéutica. ADPF.

PALAVRAS-CHAVE:

Ativismo Judicial; Hermenêutica Fenomenológica; ADPF 54.

KEYWORDS:

Judicial activism. Hermeneutic-phenomenology; ADPF 54.

PALABRAS CLAVE:

Activismo Judicial; Hermenéutica fenomenológica; ADPF 54.

INTRODUÇÃO

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) propôs, em julho de 2004, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, pleiteando a interpretação conforme a Constituição Federal dos dispositivos contidos nos artigos 124 (aborto provocado pela gestante com ou sem seu consentimento), 126 *caput* (aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante) e 128, incisos I (aborto necessário, quando para salvar a vida da gestante) e II (aborto no caso de gravidez resultante de estupro), do Código Penal Brasileiro (CPB). Com a propositura, buscava-se afastar o entendimento de que a antecipação do parto de feto anencefalo constituísse aborto (crime), numa demanda que trouxe ao Judiciário diversos interesses tutelados constitucionalmente, dentre os quais, de um lado, a vida do feto, e de outro, a saúde, a liberdade e a dignidade da gestante. Votada no plenário em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pelo afastamento da antecipação do parto de feto anencefálico da figura típica do aborto.

O julgamento da ADPF 54 representou um marco, no Brasil, sobre os direitos reprodutivos da mulher e, sobretudo, de sua autonomia, no tema da descriminalização do aborto. O assunto é deveras atual, como se depreende da recente decisão - de 29/11/2016, da primeira turma STF no HC 290.341/RJ - pela descriminalização do aborto praticado com o consentimento da gestante nos primeiros três meses de gravidez, embora sem efeito vinculante, e da tramitação de propostas legislativas em sentido contrário, como o “Estatuto do nascituro”. Voltar a atenção para o julgamento da ADPF 54 e reconstruir a trilha da formação do entendimento do Supremo neste assunto é necessário, para o seu entendimento profundo e estabelecimento de uma tradição, diante da possibilidade de a ADPF figurar como um instrumento de defesa dos preceitos assegurados constitucionalmente e de sua potencialidade para tratar de questões socialmente relevantes.

A busca judicial pela garantia da supremacia constitucional, veiculada nos preceitos fundamentais, e consolidados nos direitos fundamen-

tais em disputa, revela como a dinâmica das sociedades democráticas é fenômeno que converge no que Garapon (2001) chamou de clamor por uma expansão jurídica, diante de um desabamento político, simbólico, psíquico e normativo. Nesse sentido, a judicialização da questão do aborto de feto anencéfalo é fato social que repercute nos mais diversos âmbitos e possibilitando remodelações das formações discursivas. A complexidade dos Estados Democráticos permite que seja o juiz tomado como recurso contra a implosão dessas democracias.

Com o objetivo de se perquirir qual o perfil teórico epistemológico do STF no julgamento da ADPF 54, à luz do ativismo judicial, sob os postulados teóricos de Dworkin e Garapon, e da Hermenêutica Fenomenológica, segundo o referencial de Heidegger e Gadamer, partimos da hipótese de que a postura do STF na decisão evidencia ativismo.

Para galgar os seus objetivos, este trabalho se utiliza da Hermenêutica e da Análise do Discurso, de origem francesa, porém, numa matriz epistemológica fenomenológica. Busca, em um primeiro momento, a compreensão acerca do abortamento de feto anencéfalo e do instituto da ADPF e, em seguida, as bases necessárias para o entendimento do caso, apresentando análise da ação, sob os afluxos teóricos já explanados.

1. O ABORTAMENTO DE FETO ANENCÉFALO E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF

Para o alcance dos fins colimados por este trabalho, necessário elucidar, primeiramente, os dois núcleos fundamentais pelos quais perpassa o estudo da ADPF 54: o instituto do aborto de feto anencéfalo, e o da própria ADPF, os quais passamos a detalhar.

Ressalve-se que a problematização proposta busca perquirir pelos mais diversos âmbitos de discussão jurídica, perpassando pelos espectros jurídico, ideológico, religioso, biopolítico e médico, além de social. Como nenhuma dessas áreas está isolada, porém dialogam entre si, a ideia é cruzar e articular os argumentos em questão numa análise que enriqueça o debate acerca do abortamento no Brasil, já que, embora o julgamento da ADPF 54 estabeleça um espaço de debate, a discussão que transcende especificidade do feto anencéfalo ainda é germinativa no Brasil.

1.1 O Abortamento de Feto Anencéfalo

A noção de anencefalia é clivada por uma compreensão médico-legal, que nos é trazida por Genival Veloso de França (FRANÇA, 2014, p. 313), para o qual:

Conceitua-se anencefalia como uma má-formação fetal congênita decorrente de defeito no fechamento do tubo neural durante o estágio embriológico, fazendo com que o feto não apresente os hemisférios cerebrais e o córtex, mas de forma variada um certo resíduo de tronco encefálico. Isso leva invariavelmente à privação das funções superiores do sistema nervoso central responsáveis por toda vida de relação, restando apenas algumas funções vegetativas e vasomotoras.

A acepção médico-legal aborda a anencefalia de uma perspectiva científico-biológica do saber. No entanto, embora técnica, evidencia também que tal má-formação fetal e consequente privação de funções do sistema nervoso central impossibilita a continuidade da vida do anencéfalo. Assim, o autor aponta um importante ponto de discussão acerca do abortamento do feto anencéfalo – a questão da vida e suas potencialidades e repercussões no âmbito jurídico.

O abortamento no Brasil, como conduta de interrupção gestacional provocada é, via de regra, crime contra a vida, podendo ser autoaborto, aborto consentido ou sem consentimento da gestante – artigos 124 e 125 do Código Penal (CP). Note-se que o legislador previu apenas três hipóteses de exceção, enunciadas no artigo 128/CP. Nos casos de interrupção de gestação ocasionada por estupro, quando oferecer risco de vida à mulher gestante e em decorrência de decisão judicial, desde que praticados por médicos, estarão afastados da incidência do crime, configurando aborto legal. Com o julgamento da ADPF 54, o STF acrescentou uma possibilidade de interrupção legal da gestação ao ordenamento jurídico, o abortamento de feto anencéfalo, descrito como parto antecipado para fins terapêuticos. Com o julgamento do HC 290.341/RJ, em 2016, a comunidade de defesa dos direitos das mulheres aguarda por mais uma hipótese, essa, mais ampla e sem o efeito vinculante.

A ADPF 54, arguida pela CNTS, aduziu a violação de preceitos constantes na Constituição, a exemplo dos direitos à vida e à saúde. Após realizadas as audiências e recolhidos os depoimentos, organizou-se em cinco as principais teses levantadas e que deveriam ser contempladas pelo

juízo. Para Barroso (2009), foram elas: i) a questão da eficiência do diagnóstico e suas condições de realização pela rede pública de saúde, bem como, condições de realização do parto terapêutico antecipado; ii) a amplitude dos riscos de saúde à mulher gestante; iii) o feto e a potencial doação de órgãos; iv) a interrupção gestacional como parto terapêutico antecipado e não como aborto, e v) distinção entre anencefalia e deficiência.

A multifacetagem da criminalização do aborto no Brasil e na sociedade ocidental moderna, a partir do século XX é atravessada pelo discurso da ‘medicalização indefinida’, segundo Foucault (2010), para quem a valorização da racionalidade moderna e da técnica cientificista são paradigmas essenciais de compreensão do discurso médico enquanto ‘regime de verdade’. Entende por regime de verdade que toda sociedade estabelece estruturas essenciais de funcionamento como pilares, havendo disputa pelas posições dos discursos que formam tal estrutura, pois a determinação do que se é verdadeiro tem implicações específicas de poder (FOUCAULT, 2010). A luta não é em favor da verdade, mas em torno deste regime de verdade, dado o papel político-econômico que este desempenha.

Ainda conforme o autor, a medicalização passou a se impor enquanto regime de verdade como derivação da valorização do discurso científico-racional, alcançando espaços políticos e administrativos de decisão por clivar as relações da sociedade com o meio ambiente, da prevenção às doenças até os corpos dos indivíduos. As facetas ideológicas que permutam e assimilam discursos predominantes entre si, permitem que estes se passem como verdade para a sociedade. Foucault (2010) exemplifica analisando o discurso da loucura e loucuras morais, cujas práticas não condiziam com valores burgueses, monogâmicos, heterossexuais e falocêntricos.

A vontade de verdade é oriunda das relações de poder. Há técnicas para a sua obtenção, há definição de um instituto daqueles que geram e definem a verdade (FOUCAULT, 2007). Verdade e poder têm uma relação circular entre si, o movimento parte do poder para a produção da verdade que, por sua vez, o sustenta. Este poder não é convencionalmente repressivo e parece não estar em lugar algum. No entanto, instala-se no mais íntimo lugar de uma sociedade: os corpos dos indivíduos. Antes objeto de castigo, o corpo passa a ocupar um valor diferente, devendo conformi-

dade com o que os regimes estabelecem como verdade. O aparentemente sutil controle sobre os corpos ocorrerá através da tecnologia denominada disciplina. Direito e medicina são, então, disciplinas de biopoder.

Na prática é o que envolve a polêmica do aborto no Brasil, a medicalização cliva o corpo da mulher através de relações biopolíticas. Os regimes de verdade, em suas variadas formas de saber, compõem um sistema de verdade. A proibição do aborto fundamenta-se em perspectivas disciplinares. Antes do julgamento da ADPF 54 a primazia da vida do feto sobrepuja à mulher e sua liberdade. Gestar e parir esse feto seriam obrigação feminina, pois enquanto mulher seria seu dever procriar e não por acaso a maior parte do debate neste julgamento está inserido no questionamento da vida do feto anencéfalo.

1.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF

Apresentadas as linhas mestras acerca do aborto de feto anencéfalo, é necessário destrinchar, nas limitações próprias de um artigo científico, premissas teóricas básicas acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Ao tratar sobre a temática, Dirley da Cunha Júnior (2016) conceituou a ADPF como “uma ação constitucional especialmente destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes da Constituição Federal” (p. 319-20). Sua previsão constitucional está no parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição de 1988¹, a primeira a positivá-la, ainda segundo Cunha Júnior (2016).

Impende destacar que a configuração jurídico-constitucional da ADPF traz sua finalidade, qual seja, a proteção dos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição. Com isso, o legislador constituinte vocacionou à ADPF a defesa exclusiva de determinadas normas constitucionais, passíveis de compreensão enquanto “preceitos fundamentais decorrentes da Constituição”. Por conta disso, e diante da compreensão da Constituição enquanto Lei Fundamental (composta, portanto, de normas fundamentais, o que levaria à conclusão de que todas elas são preceitos fundamentais), surge um desafio hermenêutico, a fim de que seja apontado o campo de incidência da expressão “preceito fundamental”.

Ao tratar desse desafio, André Ramos Tavares (2001) assinalou que

somente uma parcela das normas é que adquiririam um caráter comum de fundamentalidade, isto é, seriam os preceitos imprescindíveis, basilares ou inafastáveis. A partir de interpretação semelhante, Cunha Júnior (2016, p. 325) conceitua preceito fundamental como “[...] toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado [...]”. Tavares (2001, p. 53), por sua vez, os apresenta como “[...] aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional, conferindo-lhe identidade, exteriorizando o sustentáculo da própria Constituição”.

Tavares (2001) ressalta a importância da omissão constitucional (e da Lei nº 9.882/99, que disciplina o instituto) em definir preceito fundamental, pois não faria sentido engessar normas máximas de ordenação constitucional, por vincular valores mais importantes de uma sociedade, dinâmica e cambiante. Cunha Júnior (2016) imputa à doutrina e ao Supremo Tribunal Federal o *locus* do debate quanto à caracterização dos preceitos fundamentais que carecem de tutela mediante ADPF. Todavia, o autor apresenta alguns desses preceitos, dentre os quais, os princípios fundamentais que fixam as estruturas básicas de configuração política do Estado brasileira (arts. 1º ao 4º), direitos e garantias fundamentais, princípios constitucionais sensíveis² e as cláusulas pétreas, que limitam materialmente o poder de reforma constitucional. Acrescenta ainda que deveriam ser assim consideradas também as normas de organização política do Estado e de organização dos Poderes, porquanto nucleares do sistema federativo e do equilíbrio entre os Poderes.

Na petição inicial da ADPF 54 aponta-se que os preceitos fundamentais violados seriam os preceitos dos artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana –, 5º, II – princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –, 6º, *caput*, e 196 – direito à saúde –, todos da Carta da República (BRASIL, 2012).

Para que o preceito fundamental possa ser objeto de ADPF, é necessário que haja o seu “descumprimento³”. Para Tavares (2001), esse conceito se atrela aos preceitos fundamentais e não se trata nem propriamente de uma inconstitucionalidade nem de uma contrariedade à Constituição. A sua medida é de maior extensão em sua abrangência do que essas outras, podendo ocorrer descumprimento em tese por lei, ato normativo,

decisão judicial ou ato administrativo, e mesmo material, incluindo-se o de caráter privado. A inicial indica, como ato do Poder Público, causador da lesão aos preceitos fundamentais supramencionados, o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (BRASIL, 2012).

2. A HERMENÊUTICA DE MATRIZ FENOMENOLÓGICA

O julgamento da ADPF 54, como fragmento da discussão do abortamento no Brasil, fomenta a necessidade de estabelecimento dialógico entre as classes político-jurídica e a sociedade civil. Em nossa perspectiva, o discurso médico, a criminalização, a desconsideração da luta das mulheres pelo reconhecimento de direitos que considerem seus corpos e suas realidades, compõe uma dinâmica social de interdições, de desconstrução de saberes e de determinações biopolíticas patriarcais. Para Foucault (1999), interdição é um procedimento externo de controle dos discursos, são os silenciamentos decorrentes do que não se pode dizer, o que só se diz em determinadas circunstâncias e do direito privilegiado do enunciador.

A inércia do poder legislativo implica que os *hard cases* (Dworkin, 2002), cheguem aos Tribunais, como o caso em tela, e indica a crise do Direito moderno. Segundo Carneiro (2009), com a consolidação do positivismo jurídico a primazia do entendimento jurídico desloca-se do homem para o texto, e assim inferimos que, para os regimes de verdade estabelecidos consequentemente. Com ele, compreendemos que o problema do Direito moderno é inerente ao gene de uma epistemologia que se perde no domínio da técnica.

A resistência positivista a uma ruptura paradigmática reside na má assimilação do texto e na incorporação irreflexiva de jargões trazidos por teorias mal compreendidas e estudadas superficialmente, pois trazem consigo o peso da cientificidade, do regime de verdade. Tal como Carneiro (2009), acreditamos na construção de uma base paradigmática do Direito que caminhe na direção do giro linguístico e de um modelo dialógico. Para isso, buscamos a hermenêutica jurídica que tenha base na fenomenologia hermenêutica. Da necessidade de se voltar para as coisas mesmas, à sinalização da dificuldade do encontro com essa coisa mesma,

dada a temporalidade, a fenomenologia hermenêutica heideggeriana pode ser definida como “deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo” (HEIDEGGER, 2006, p. 65). Elegemos a fenomenologia heideggeriana para abordar o nosso tema, pelo fato de ela trazer em seu âmago a questão da ontologia fundamental presentificada na mundanidade.

Segundo Heidegger (2006), o processo de entificação do ser aprimorou-se e teve desdobramentos na submissão do mundo e da natureza aos domínios da técnica. A objetificação dos entes já ocorreria conforme os políticos interesses de manipulação, controle e exploração. Esse movimento está evidenciado no Direito e na Medicina modernos, por exemplo, já que o pensamento cientificista pontua a distância ontológica entre o que tais ciências são e quais são os seus objetos. Não por acaso, Foucault (1999) tratou especialmente destes dois saberes como regimes de verdade. O advento do pensamento moderno causou o acentuamento da distância ontológica entre ser e ente possibilitou a objetificação das ciências enquanto regimes de verdade, segundo as relações sociais entre saberes e poderes, afastando a medicina e o direito da saúde e da justiça, por exemplo. É preciso desvelar os sentidos de seus interesses mundanos (políticos e discursivos), para se garantir a essencialidade dos preceitos fundamentais, no fazer jurídico hermenêutico.

Nessa tessitura que estabelecemos entre Heidegger e Foucault, o aspecto temporal, tão importante para compreendermos os fenômenos que permeiam as relações entre os saberes e poderes, é fundamental para a fenomenologia heideggeriana. Heidegger (2006) não fixa o ente no presente, ele o compreende “no mundo”. *Dasein*, o “ser aí” do alemão para o português, é compreendido conforme a sua existência *mundana*, e nesta compreensão reside “a repercussão ontológica da compreensão do mundo sobre a interpretação da pre-sença” (HEIDEGGER, 2006, p. 43). É, portanto, o ente escolhido pelo autor como referência aos questionamentos acerca do ser e o elo de significância e ressignificância, para que os fenômenos não se abstraíam por completo, é o tempo.

A leitura tradicional dos entes é incompleta e tem caráter provisório, não interpreta o seu sentido. Para Heidegger (2006), é o tempo que libera o horizonte compreensivo para o sentido do ser. Nesse ponto, o ente que se mostra em seu caráter temporal é uma das possibilidades do ser em si, ao qual não temos acesso devido a nossa limitação de *dasein*, também

histórico e temporal. Conforme nos lembra Carneiro (2005), o que é, é em plenitude, foi e será, mas a partir da fenomenologia heideggeriana só acessamos aquilo que o fenômeno se deixa mostrar e a partir do lugar linguístico no qual estamos mergulhados. “[...] a fenomenologia da presença é hermenêutica” (HEIDEGGER, 2006, p.68).

De forma equivalente, numa outra abordagem do problema da linguagem, Gadamer (2003) sugere a libertação do conceito de verdade trazido pelo discurso lógico-científico pela natureza hermenêutica. O pensamento racional não comportaria a complexidade dos questionamentos concernentes ao humano. Para Gadamer (2003) é a linguagem que nos revela o mundo, a verdade aqui não está posta nos procedimentos e discursos científicos, mas é tida como uma desocultação, e concebemos para além dos regimes de verdade (im)postos. É preciso estar constantemente aberto numa dialética, num movimento, de desocultação dado pelos questionamentos do intérprete à situação.

O jogo apresentado por Gadamer (2003) é a estrutura reveladora deste processo. O seu conceito é esculpido sobre o modo de ser da arte que é “lúdico, dinâmico e instigante” (GADAMER, 2003). Ao enunciar, é trazido uma série de vertentes enunciativas, há uma pluralidade de interlocutores e de dialogantes. O que torna a linguagem efetiva é, portanto, o diálogo. O compreender, no pensamento gadameriano, significa participar do jogo. O jogo se dá no diálogo e a abertura de sentido, nos questionamentos.

O círculo hermenêutico gadameriano revigora as questões heideggerianas da tradição e da historicidade. Ao compreender um texto, antecipa-se o sentido de um todo, revisa-se este projeto de compreensão e realizam-se novas antecipações. Nesse sentido, para Gadamer (2003), a compreensão, a interpretação e a aplicação colmatam o modo de fazer da compreensão e a historicidade como um fundamento. A compreensão ocorre no campo da linguagem e está intimamente atrelada à historicidade da tradição. A dimensão da temporalidade se faz fundamental ao discutir uma interpretação constitucional de dispositivos penais do sistema jurídico.

A dinamização do que é posto perante o sentido que se desvela no horizonte temporal, presentifica o Direito no mundo de sujeitos de linguagem. O diálogo e o fazer hermenêutico decorrente de uma circula-

ridade atribui real importância àquilo que se é discutido, aos indivíduos envolvidos na questão e à dialética que se faz necessária na busca de uma interpretação que lide dialogicamente com a pretensão de justiça (para aqueles que, como nós, consideram que o conteúdo ético é importante⁴), com interditos, com relações de poder, a realidade para além do texto em um movimento hermenêutico complexo.

Nessa perspectiva, entendemos que a interpretação judicial fundada na hermenêutica fenomenológica rompe com consolidados regimes de verdade e permite novas aberturas e projetos compreensivos, na medida em que não se fundamenta nos aspectos teórico-instrumentais da elaboração de regras para a compreensão, mas, sobretudo, na própria estrutura ontológica da compreensão. Possibilita a primazia do Direito para os aspectos humanos e, deste modo, potencializar o diálogo na busca do sentido genuíno e de um fazer democrático e garantista dos preceitos fundamentais, objeto das ADPFs.

3. O ATIVISMO JUDICIAL

Apresentadas as noções básicas propostas, impende, neste momento, a apresentação do ativismo judicial e de seus fundamentos teóricos.

O ativismo judicial consiste, nas lições de Barroso (2010), em um comportamento de modo específico e proativo de interpretação da Constituição, ampliando o seu “sentido e alcance”. É comum presenciá-lo em contextos de retração do Poder Legislativo, de um afastamento entre a classe política e a sociedade civil, o que obstrui o atendimento efetivo das demandas sociais. A proatividade de que fala o autor está relacionada a uma participação mais expandida e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins preconizados na Constituição, o que aumenta sua atuação no espaço dos outros Poderes. O constitucionalista classifica a postura ativista de acordo com diferentes manifestações:

- i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2010, p.6).

Oposta à ideia de ativismo judicial, a autocontenção estaria baseada na conduta através da qual o Poder Judiciário procuraria reduzir suas intromissões nos atos dos demais poderes. Conforme Barroso (2010), os entes do Poder Judiciário, pela autocontenção, seguiriam as condutas de: i) evitar aplicar de forma direta a Constituição em situações que não estejam expressamente em seu âmbito, onde o pronunciamento acerca da questão caberia ao legislador ordinário; ii) utilizar critérios inflexíveis e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e iii) abster-se das interferências na definição das políticas públicas.

O ativismo judicial funda-se na supremacia e força normativa da Constituição (BARROSO, 2010). O advento do ativismo judicial traz ao juiz a possibilidade de utilização das ferramentas hermenêuticas de modo criativo e crítico para adequação e aproximação da norma aos fatos e valores sociais vigentes. Ao valorar fatos sociais, o Direito avançou no sentido de trazer uma interação dialética de ir e vir do fato à norma, de modo mais justo (essencial) e menos político (vontade de verdade).

Segundo Cunha Júnior (2016), com o fenômeno do Estado Democrático de Direito, tornou-se indispensável uma releitura da clássica tripartição de poderes, já que a vontade soberana e suprema deslocou-se para a esfera constitucional (CUNHA JÚNIOR, 2016). A partir daí os juízes, em nome da realização dos direitos sociais e fundamentais, estarão autorizados a tomar decisões políticas, com os juízes sendo chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso (GARAPON, 2001). O ativismo judicial é comportamento de natureza democrática, relativo às decisões que levem em conta um fundo principiológico. Dworkin (2002, p. 430) ao admitir que os direitos podem ser controversos e opondo-se à teoria popular de que os juízes têm o poder discricionário para decidir os casos difíceis, conclui, seu pensamento “[...] insisto que, mesmo nos casos difíceis é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização”, pois o que se interpreta como sentido é possibilidade do próprio ente, traçando um canal com o nosso marco filosófico.

As jurisdições se ampliaram, e o apelo à justiça se tornou de alcance geral. Garapon entende que esse fenômeno decorre de uma demanda

moral: “a espera de uma instância que nomeie o bem e o mal e fixe a injustiça na memória coletiva” (GARAPON, 2001, p. 25). Tal demanda implica no crescente controle da justiça na vida coletiva, isto porque os juízes são cada vez mais chamados para decidir sobre questões de ordens política e moral. O autor (2001) defende que o Direito deve se lembrar que transcende o corpo textual das regras, os princípios são seus elementos também. É dessa forma que os Preceitos Fundamentais devem ser salvaguardados, devem conformidade com normas de Direitos Humanos, na maioria das vezes, e gera um movimento peculiar no ordenamento, “[...] a lei tem agora dois senhores: o soberano, que lhe dá consistência, e o juiz, que a sanciona visando a sua conformidade aos textos básicos e acolhendo-a na ordem jurídica [...]” (GARAPON, 2001, p. 42-3).

O Judiciário é visto como um “último refúgio de um ideal democrático desencantado”. Nesse sentido, segundo Garapon (2011, p. 26), o ativismo aparece como o sintoma mais aparente do fenômeno de “reviravolta judiciária da vida política”, que surge juntamente com outros mecanismos, tais como o enfraquecimento do Estado, o progresso da sociedade civil e a força midiática. Ainda segundo Garapon (2011), a linguagem desse fenômeno é a do direito, e a gramática, o processo, ou seja, o jogo gadameriano.

Com o papel de salvaguardar os ditos Direitos Morais (DWORKIN, 2002), os juízes têm um papel fundamental no espaço hermenêutico do texto jurídico. Não é esta a única fonte de tais direitos e é preciso ser sensível às abstrações de princípios para exercício da democracia. As demandas sociais chegam mais facilmente ao sistema judiciário, perante a abstração com que se dá o processo legislativo no contexto da crise democrática representativa. Para Dworkin (2002), a democracia para países continentais orbitando por decisões políticas da maioria, camuflam necessidades de grupos minoritários e o judiciário ainda recebe o papel político de representar tais causas, passando a buscar interpretações em que possam alcançar justiça através do julgamento, em um jogo onde a população é um jogador mais atuante do que os seus representantes legais no processo legislativo.

O espaço linguístico é o meio através do qual o jogo acontece, onde o diálogo entre o que se é dito, não dito e interditos atribuem possibilidades de aberturas de sentido para além das estruturas de poder, permitindo o revelar de Direitos Morais, sua interpretação, aplicação e concretização dentro da dinâmica histórica.

4. ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADPF 54

A ADPF tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição⁵, resultante de ato do Poder Público. Diante da sua natureza, torna-se um lócus favorável ao surgimento de postura ativista.

Especificamente, no que se referem à ADPF 54, os trabalhos costumam se limitar à exploração de aspectos de Direito material impregnados nos votos dos Ministros do STF, ou, quando muito, aos métodos interpretativos que foram utilizados, carecendo, pois, de resposta, o questionamento acerca de qual o perfil teórico epistemológico da ADPF 54 à luz do ativismo judicial, dos postulados de Dworkin e Garapon, e da hermenêutica fenomenológica.

A controvérsia judicial que fomentou o ingresso da ADPF 54 e discussão do aborto de feto anencéfalo no Brasil foi o caso precedente de Gabriela Oliveira Cordeiro. A gestante ajuizou, no ano de 2003, pedido de liminar que pudesse lhe autorizar a interrupção da gestação, diagnosticada como sendo de feto anencéfalo. Houve extinção processual sem julgamento de mérito, por conta de a hipótese suscitada no pedido ser considerada atípica, pelo juiz. A Defensoria Pública aviou recurso de apelação e obteve, perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a medida liminar para o aborto do nascituro. Logo após, a autorização concedida foi cassada e o caso arrastou-se até o STJ, que negou novamente a autorização. O caso seguiu ao STF, por meio de um *habeas corpus* impetrado pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e pela Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, Cidadania e Desenvolvimento, onde finalmente foi concedida a autorização. Nesse tempo, porém, Gabriela já tinha dado à luz ao bebê, que morreu sete minutos após o parto.

Após o fato, a CNTS, encaminhou a ADPF ao STF. Preocupada com a possibilidade de criminalização dos profissionais da saúde por participarem no procedimento de interrupção da gestação de fetos anencefálicos, uma vez que não havia segurança jurídica sobre o assunto. Dentre os pedidos, era primordial a regularização desta possibilidade de aborto. Em nota prévia, a CNTS, representada pelo Doutor Luís Roberto Barroso, buscou demonstrar que a antecipação terapêutica do parto não consubstancia aborto, pois o feto não desenvolve a vida extrauterina (BRASIL, 2012).

Concernentes aos preceitos fundamentais, foram elencados os prin-

cípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade, bem como os relacionados com a saúde. A permanência de feto anômalo no útero da mulher mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado pela CNTS, a manutenção da gestação de feto anencéfalo leva-o ou à morte intrauterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto (BRASIL, 2012).

Dentre as questões trazidas pela CNTS, a imposição de gestar e parir um feto sem vida em potencial, lhe causa dor, angústia e frustração, resultando em violação às vertentes da dignidade humana – a moral, a física e a psicológica – além do cerceio à liberdade e autonomia da vontade. Assim, o pedido é de que se tenham como inconstitucionais as interpretações dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal as quais os tomem como impeditivos à antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia, por violarem direitos da mulher de liberdade de decisão sobre a sua saúde, vida e corpo.

Em 2012, o STF decidiu, por oito votos a dois (8x2), pela autorização da antecipação terapêutica de parto dos fetos anencefálicos e proferindo súmula vinculante. O processo de deliberação até a decisão e após ela foi acompanhado de muita polêmica. O STF realizou uma série de audiências públicas e procurou ouvir os setores diversos que o caso alcança. Em resumo os argumentos a favor da procedência da ADPF 54 reiteram que: a) a hipótese em julgamento não configura aborto, pois não se trata de potencialidade de vida. Assim, não configura hipótese prevista no artigo 124 do CP; b) o sistema jurídico brasileiro não determina o início da vida, mas fixa o seu fim (com a morte encefálica, nos termos da Lei de Transplante de Órgãos); e c) as normas do Código Penal que criminalizam o aborto são excepcionadas pela aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º da Constituição).

Dos argumentos contra a ADPF 54 destacamos alguns dos quais se valeram outros setores da sociedade, especialmente religiosos. Temos: a) o de que o feto já pode ser considerado um ser humano; b) que haveria maiores chances de sobrevivência extrauterina se proibido o aborto, consoante um caso raro de uma criança chamada Marcela de Jesus Galante Ferreira, que apesar de ter sido diagnosticada com anencefalia, teria sobrevivido

alguns meses após nascer (médicos rechaçam o uso do “caso Marcela”, por erro no diagnóstico); c) legalizar o aborto de fetos anencéfalos representaria um passo significativo para a legalização do aborto em sentido amplo e irrestrito; e d) o aborto de fetos anencéfalos caracterizaria uma prática eugênica, ou seja, uma forma de aborto preconizada por regimes arianos, a exemplo do nazista, no qual se eliminariam indivíduos com deficiências físicas ou mentais, em uma forma de purificação da raça.

Na discussão em tela, tange-se juridicamente a tutela de preceitos fundamentais à vida e à liberdade, dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade, saúde, liberdade de reprodução e sexual. A fenomenologia hermenêutica entende que a apreensão do tema deve dar-se em sua complexidade. Os atritos entre os saberes religiosos, médico-científico e jurídicos dentro do caso, acentua a irradiação dos princípios constitucionais em tais aspectos da sociedade civil e política. No entanto, é preciso entender que, enquanto regime de verdade e discurso de poder somente, o Direito não tem sentido.

Ao sintetizar os votos dos Ministros é possível agrupá-los em dois blocos contrapondo as principais questões debatidas no cerne da ADPF – a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Em respeito às peculiaridades argumentativas e interpretativas contidas nos votos e compreendendo que esse agrupamento é um recorte necessário, evidenciamos que os Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Joaquim Barbosa e a Ministra Carmen Lúcia ao incorporarem aos seus votos o argumento da CNTS de que a discussão não se trata de aborto, visto que não há vida extrauterina em potencial, abraçam uma nova abertura de sentido (GADAMER, 2003) quanto à interrupção de gravidez. Conforme destaca o relator: “ Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. [...] Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica” (BRASIL, 2012, p.23-4). Na oportunidade, o relator dialoga ainda com o voto do Ministro Joaquim Barbosa, no *Habeas Corpus* nº 84.025, para quem o feto anencéfalo ainda que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, acrescentando que não goza de proteção jurídico e tampouco proteção jurídico-penal, não se tratando, portando de aborto, mas de uma hipótese atípica.

A tese trazida pelo CNTS vigora por uma possibilidade de diagnóstico que só foi possível com o tempo. O Ministro relator Marco Aurélio inicia seus votos com um trecho que traz essencialmente a importância do aspecto temporal em todo o debate que percorre a problemática da ADPF-54, é o que se percebe no trecho:

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. (BRASIL, 2012, p. 25).

Para uma aproximação ontológica do discurso jurídico até sua essência, o caminho deve ser traçado através do elo temporal, conforme a fenomenologia heideggeriana. O Ministro relator enquanto *dasein* elegido para interpretação do fenômeno no mundo reconhece que hodiernamente o Código Penal se mostra ultrapassado para um mundo em que já é possível a obtenção do diagnóstico de feto anencefalo e enaltece o legislador da época apontando o discurso progressista de um dispositivo que tutelava a liberdade de escolha da mulher na hipótese de aborto de gestação oriunda de estupro, ainda que o feto fosse viável. Infelizmente os sistemas de verdade se incorporam de interesses politicamente determinados (FOUCAULT, 2007), em oposição a um sentido hermenêuticamente desvelado, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 181 teve seu texto principal que pode proibir todas as formas de aborto no Brasil, aprovado por 18 votos a 1, ilustrando claramente como a dinâmica política em torno dos regimes de verdade pode progredir para uma aproximação do Direito e da Justiça ou retroceder amparado sobre estruturas discursivas machistas na dialética do jogo entre aquilo que é e o que se quer que seja – objetificação do ente (CARNEIRO, 2011).

Os votos que se valeram mais enfaticamente ao princípio da liberdade da mulher (sua autonomia, saúde e corpo), propondo um horizonte de interpretação que permite ainda mais possibilidades, foram os votos do Ministro Ayres de Britto, segundo o qual “o que se pede, quanto ao

mérito, é o reconhecimento da autonomia de vontade da mulher gestante possa decidir sobre a interrupção de sua gestação, quando lhe parecer que essa gestação não passa de um arremedo de gravidez, pela antecipada certeza da frustração do processo em que ela própria [...] consiste” (BRASIL, 2012, p. 254) e Rosa Weber, conforme identificado no trecho: “a gestante deve ficar livre para optar sobre o futuro de sua gestação do feto anencéfalo” e afirmou primazia interpretativa no polo do sujeito feminino de direito “todos os caminhos, a meu juízo, conduzem à preservação da autonomia da gestante para escolher sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos” (BRASIL, 2012, p. 178).

Votaram contra a procedência da ADPF 54 o Ministro Lewandowski, por acreditar se tratar a matéria de um papel do legislativo: “[...] não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana” (BRASIL, 2012, p. 245) e o Ministro Cezar Peluso, para quem o feto anencéfalo, apesar de não ter vida em potencial, ainda assim, se trata de uma vida, afirma o Ministro: “A ação de eliminação intencional de vida intrauterina, suposto acometida esta de anencefalia, corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica de dialética capaz de conduzir a conclusão diversa” (BRASIL, 2012, p. 387).

O cenário da ADPF 54 ilustra a mudança paradigmática pela qual o Direito passa. Como saber de razão prática, o Direito que outrora se afastou da moral e da ética, projeta-se com Neoconstitucionalismo e pós-positivismo para a proteção dos Direitos Fundamentais e dos princípios, numa coerência entre Direito e Moral. Apontado, apressada e equivocadamente, muitas vezes como jusnaturalista, Dworkin (2002) defende que as normas, ainda que produzidas por legisladores eleitos e assim, maioria, não são válidas se ferem determinado princípio individual. No contexto de constituição do CP não era possível o diagnóstico de feto anencéfalo, por exemplo. Assim, como a força de outros regimes de verdade sobre as acepções jurídicas eram mais intensas. Nem o Direito e nem a Moral são fixos no tempo, a interpretação dos conceitos civis é dinâmica e ocorre na existência do *Dasein* para o movimento fenomenológico da busca pelo sentido do ser.

Desse modo, a procedência da ADPF 54 representa um grande avan-

ção para o arcabouço doutrinário e jurisprudencial do Direito. Afastar a hipótese de aborto dos casos de antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo significa liberdade para a gestante na escolha dos caminhos para a sua saúde física e psíquica, efetivando princípios e preceitos em questão. Rosa Weber (BRASIL, 2012) afirmou a autonomia da mulher em seu voto, como se percebe em: “todos os caminhos, a meu juízo, conduzem à preservação da autonomia da gestante para escolher sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos” (BRASIL, 2012, p. 136). Contudo, nos votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Luis Fux, Carmem Lúcia, Ayres de Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello o predomínio do saber científico vigora na análise dos votos. Desse modo, apesar da procedência da ADPF 54, os princípios de liberdade, autonomia da vontade e vida da mulher ainda tem comprometimento refletido nos votos dos Ministros. O discurso médico-científico também precisa sofrer uma desconstrução quanto à sua acepção como regime de verdade. Se o sentido do Direito está no poder, o sentido da medicina também está. Tal consideração está evidente nos votos da Ministra Rosa Weber:

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop, a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral (BRASIL, p.46-71).

O debate acerca de princípios e preceitos fundamentais no qual se insere a mulher e o seu lugar no sistema jurídico, passa a ser em grande parte, coadjuvante. O arcabouço doutrinário de que fazem uso o Ministro relator e os que o acompanharam, em suma, está ancorado ainda em regimes de verdade. O debate axiológico da questão da mulher entra na discussão após ser considerada superada a questão da vida do anencéfalo. Ora, não se trata de aborto, pois não há potencialidade de vida, está superada a questão da vida do feto anencéfalo, conforme assimilação do saber científico, então pode-se discutir a questão da mulher. O Ministro Ayres de Britto, ao proferir seu voto, evidencia a nossa crítica, para ele, não se pode falar em aborto pois o feto anencéfalo é um “natimorto cerebral” e completa “dar à luz é dar a vida, e não a morte” (BRASIL, 2012).

Ainda assim, todos os votos que corroboraram para procedência da

ADPF 54 destacam-se por construírem uma intencionalidade de quem se dispõe a (re) aproximar o Direito dos princípios, como preceitos fundamentais, direitos morais e moral. A abertura de sentido que traz mais possibilidades de liberdade para a mulher enquanto sujeito de direito feminino são brechas de sentido dentro do discurso, ainda que tradicional. O direito (des)construído no interior de complexas interações sociais têm gerado fenômenos sociais e jurídicos cada vez mais plurais, que não se coadunam com um modelo tradicional de sua produção.

Os campos hermenêutico e dialógico fazem-se nas possibilidades de sentido trazido nos votos, apesar da predominância de um saber hegemônico. O Ministro Luis Fux, assimila o impedimento de interrupção da gravidez por coerção penal à tortura, “impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal efetivamente equivale a uma tortura, vedada pela Constituição Federal” (BRASIL, 2012, p. 9) e, com isso, atribui a uma gravidez não desejada a ideia abominável do castigo corporal, símbolo de combate pelos Direitos Humanos. Para o Ministro Relator Marco Aurélio “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” (BRASIL, 2012, p. 79). A liberdade e autonomia da vontade da mulher, para ele, é colocada em importante posição, apesar de reiterar o discurso predominante ao acreditar ser “impensável tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade, avulta-se ainda mais grave se a chance de êxito for praticamente nula” (BRASIL, 2012, p.57).

Nos questionamentos acerca do sentido da proposição e do fazer dialético em bases gadamerianas, o Ministro alça interpretações de extrema importância para a emancipação da mulher e seu corpo dentro de uma sociedade cujos regimes cerceam-lhe liberdade: “cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez” (BRASIL, 2012). A supremacia dos princípios individuais supera a ordem política do Estado, efetivando em *práxis* o que Dworkin (2005) ser exatamente papel do Poder Judiciário. A salvaguarda dos direitos morais do indivíduo e das minorias devem ser reconhecidos ainda que a vontade majoritária e a representada pelo Poder Legislativo ainda não os tenha, efetivando a democracia (DWORKIN, 2005).

Outro conceito de importante repercussão no sistema jurídico e com possibilidades de efetivação da emancipação da mulher é o conceito de aborto. Discussão já clamada pela sociedade civil através de movimentos feministas, porém germinativa no cenário político e jurídico encontra aberturas de sentido em alguns votos. Com o acórdão prolatado, ficou convenionado que a situação trazida pela ADPF 54 não se trataria de aborto, mas de um parto antecipado para fins terapêuticos. Explica a Ministra Carmem Lúcia que o Supremo não está discutindo acerca da introdução do aborto no Brasil e sim “discutindo o direito à vida, à liberdade e à responsabilidade” (BRASIL, 2012). “Estamos deliberando sobre a possibilidade jurídica de uma pessoa ou de um médico ajudar uma mulher que esteja grávida de um feto anencéfalo, a fim de ter a liberdade de fazer a escolha sobre qual é o melhor caminho a ser seguido, quer continuando quer não continuando com essa gravidez” (BRASIL, 2012), explica a Ministra cuidando da contenção interpretativa. Contudo, todo o ocultar é um desocultar e discussões axiológicas mais amplas e profundas acerca da mulher, encontram um campo dialógico e hermenêutico nesta tentativa de contenção.

A Ministra Carmem Lúcia segue seu voto somando direito subjetivo, como ao dizer que “todas as opções, mesmo essa interrupção, são de dor. A escolha é qual a menor dor, não é de não doer porque a dor do viver já aconteceu, a dor do morrer também” (BRASIL, 2012), destacando que o aborto de fetos anencéfalos *não é criminalizável para assegurar e preservar a dignidade da vida e abordando claramente a dor de uma mulher que se vê em vias de abortamento. A escolha de gestar e parir pode ser dolorosa tanto quanto a de abortar, mas é preciso resguardar esta escolha que só deveria caber à mulher gestante.*

Considerando a contraposição instaurada pelo julgamento, entre antecipação terapêutica do parto e aborto constatamos a evidente ancoragem do discurso na decisão, em uma perspectiva conservadora. Não falar em aborto é manter o discurso na esfera da interdição, sob a ótica foucaultiana, sustentando o tabu a *quo*. Na análise do Ministro Gilmar Mendes, o único para quem a interrupção da gestação de feto anencéfalo e antecipação terapêutica do parto é aborto, ilustra que, apesar da timidez na decisão acordada no julgamento da ADPF 54, falar em aborto é um passo à frente para que haja uma reflexão sobre a emancipação da mulher e de seu

corpo nos regimes de verdade, sociedade civil e política. O Ministro Ayres de Britto enseja a discussão na alteridade do ser homem e fomenta ainda mais discussão ao admitir privilégios históricos, fáticos e biopolíticos ao afirmar, que se “os homens engravidassem, a interrupção da gravidez de anencéfalos “estaria autorizada desde sempre” (BRASIL, 2012).

Quando a situação provoca o Poder Judiciário a ponto de subir ao bojo do Supremo e permitir o jogo nesta instância para discussão do que se tem como principal aporte para o que se está posto, os pressupostos constitucionais retomam o protagonismo que fora perdido com o pensamento moderno e voltado para relações de poder. É momento de diálogo e dinâmica entre realidade e justiça, regimes de verdade e moral, discurso e essência. Os dispositivos jurídicos revistos os são através do jogo e como um projeto, o diálogo dos Ministros, do CNTS, das mulheres e de demais grupos sociais pode também ser revisado após a decisão. Na análise da ADPF 54 monta-se um novo campo hermenêutico fenomenológico em que se constituem novas possibilidades interpretativas. O fazer linguístico é sempre inesgotável e sob a égide temporal o jogo está sempre a recomençar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da ADPF, como espaço de diálogo entre diferentes disciplinas, pontua caráter jurídico e político no campo de atuação do Poder Judiciário na figura do STF. A crise do direito moderno cria abstrações que o afasta da realidade dos fatos. No bojo do Judiciário o Direito encontra espaço para ampliação e exploração de novas possibilidades interpretativas que foram negligenciadas pela prática do Poder Legislativo no decorrer do tempo. O saber jurídico como saber prático, precisa reger a convivência principalmente em ambientes de tensões normativas e orientar as condutas para a finalidade da justiça e do bom senso.

Cabe ao STF salvaguardar a dignidade dos indivíduos e romper com decisões frias e tecnicistas que perpetuam o Direito enquanto saber disciplinar somente. Nesse sentido, a problemática apresentada acerca de qual seria o perfil teórico epistemológico do STF no julgamento da ADPF 54 significa um marco crucial, no Brasil, na discussão sobre a descriminalização do aborto, em termos de direitos reprodutivos e autonomia da mulher.

A pesquisa objetivou traçar o perfil teórico epistemológico do acór-

dão da ADPF 54 à luz do ativismo judicial e da hermenêutica fenomenológica. O julgado mostrou-se eficiente em realizar um julgamento que traz reflexos importantes no que tange aos princípios que norteiam, sobretudo, a mulher como sujeito de Direito, confirmando a hipótese de trabalho adotada, de que a postura do STF ao analisar a ADPF 54 poderia ser compreendida como ativista.

Sob o viés dinâmico da temporalidade do sentido, segundo diálogos possibilitados pela hermenêutica fenomenológica, a decisão conseguiu oferecer a abertura epistemológica jurídica mais próxima da sociedade e da dimensão fática do Direito – o abortamento de feto anencéfalo como fato e a necessidade de o sistema jurídico apreciar a questão. No entanto, na análise dos votos ainda são evidentes as aplicações de saberes disciplinados e a herança positivista. Os discursos estruturais dos regimes de verdade que biocondicionam a mulher e seu corpo não foram superadas na grande maioria dos votos. Mas em dois significativos deles e na decisão como um todo, a hermenêutica se mostrou como um caminho emancipatório para politização do poder judiciário e abriu um importante lastro para as questões de princípios norteadores da autonomia da mulher, a partir da permissão da antecipação terapêutica do parto.

Concomitantemente, as ressignificações dialogadas, ao longo do processo decisório, conceberam um fazer hermenêutico garantista. Apesar do argumento de incompetência do Ministro Lewandowski, o STF apreciou a Arguição e ao adentrar no seu mérito manifestou uma postura ativista, sob o critério de aplicação direta da Constituição na releitura do dispositivo penal questionado. Apesar da forte presença do discurso médico-científico nos votos em relação ao feto anencéfalo ser ou não vida, o julgado foi preconizado de modo que o julgamento da ADPF 54 e de seu emaranhado dialógico constituem formação do entendimento do Supremo neste assunto, abrindo caminho para o estabelecimento de uma tradição.

A ruptura operada pelo STF no julgamento da ADPF 54 desvela o pesar ideológico dos discursos que recaem sobre a mulher e suas liberdades e reaproxima o Direito da justiça em um fazer ontológico. Afasta o discurso e a verdade em seu sistema político para analisar o que a mulher é e quais suas demandas enquanto ser no mundo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 18 set. 2016.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 54**, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, 12 de abril de 2012.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 1. 304p.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DWORKIN. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 24. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

_____. **A ordem do discurso**. 24. ed. São Paulo: Loyola, 2015 (Coleção Leituras Filosóficas).

_____. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, [S.l.], v. 18, p. 167-194, 2010.

Disponível em: <[http://revistas.pucsp.br/index.php/dc \[p/verve/article/view/8646](http://revistas.pucsp.br/index.php/dc [p/verve/article/view/8646)>.

_____. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**.

2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **A origem da obra de arte**. Tradução de Maria da Conceição Costa. Lisboa: Edições 70, 1977.

_____. Martin. **Ser e tempo**; tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback; Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

STEIN, Ernildo. **Sobre a verdade**: lições preliminares ao parágrafo 44 de ser e tempo. Ijuí: Unijuí, 2006.

TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na Lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.82/99. São Paulo: Atlas, 2001.

USERA, Raúl Canosa. **Interpretación constitucional y formula política**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

'Notas de fim'

1 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] §1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

2 Assim considerados aqueles cuja inobservância pelos Estados autoriza intervenção federal (art. 34, VII da Constituição), conforme Cunha Júnior (2016, p. 327).

3 Ressaltamos, ainda, que além do descumprimento do preceito fundamental, a propositura da ADPF, nos termos do artigo 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99, perpassa uma cláusula de subsidiariedade, já que esse instrumento não será admitido quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Ao abordar a temática – em sede doutrinária – Luís Roberto Barroso (2006) apontou que existem duas correntes para interpretar esse dispositivo: a primeira, pela qual o caráter subsidiário é uma limitação do instituto não ordenada pelo legislador constituinte, já que a lei criaria apenas o rito de processamento da ação. Com isso, a ADPF seria uma ação independente daquelas que também integram o controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, e teria preferência quando cabível. O segundo entendimento é de que a ADPF seria sempre inadmissível quando existisse qualquer outro meio capaz de sanar ou evitar a lesividade a Preceito Fundamental, numa interpretação literal da Lei nº Lei nº 9882/99. Filiamo-nos à primeira hipótese.

4 Esse seria assunto de outro artigo, como fundamentar o conteúdo ético no círculo sem a *prioris* tampouco esvaziamentos ontológicos.

5 Segundo Silva (2004), entendem-se como preceitos fundamentais as normas ou princípios imprescindíveis, basilares ou inafastáveis em relação às matérias tuteladas pelo Direito Constitucional.