

INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICA EXTENSIVA OU ATIVISMO JUDICIAL: ADPF 54

INTERPRETATION HERMENEUTICS EXTENSIVE OR JUDICIAL ACTIVISM: ADPF 54 LAW HUMANIZATION

LUCÉLIA APARECIDA DE SOUSA LIMA

Mestranda bolsista
CAPES/PROSUP pelo
Programa de Mestrado em
Direito do Centro Universitário
de Osasco-UNIFIEO. Bacharel
em direito pela Universidade
Cidade de São Paulo.
Advogada. Pós-graduada em
direito constitucional com
ênfase em direitos humanos e
em docência no ensino superior
pela Universidade Nove de
Julho. E-mail:
lucelialima@adv.oabsp.org.br

RESUMO

Este artigo discute a técnica da interpretação conforme a Constituição Federal aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 54 que reconheceu a inexistência de crime de aborto em caso de feto anencéfalo, decisão humanizada. O objetivo é instigar a reflexão da atividade hermenêutica sob dois prismas distintos. Primeiramente, a técnica é exposta como resultado de atividade típica do judiciário, no exercício da arte de interpretar, preenchida segundo princípios, valores e regras constitucionais, o que confere harmonia e segurança ao sistema. Na sequência é apresentado ponto de vista distinto, apontando a técnica como prática de ativismo judicial que pode ferir a separação de poderes e a segurança jurídica.

Palavras-chave: Interpretação conforme a Constituição Federal; Ativismo Judicial;ADPF 54 aborto de feto anencéfalo; humanização do direito.

ABSTRACT

This article discusses the technique of interpreting the Constitution as applied by the Supreme Court in the trial of 54 ADPF who recognized the lack of crime of abortion in the case of anencephalic fetus, humanity decision. The goal is to instigate reflection of the hermeneutic activity under two different prisms. First, the technique is exposed as a result of typical activity of the judiciary in the exercise of the art of acting, filled in accordance with the principles, values and constitutional rules, giving harmony and system security. Following is presented distinct point of view, pointing technique as practice of judicial activism that can hurt the separation of powers and security legal.

Key-words: Interpretation according to the Federal Constitution; Judicial activism; humanization law; ADPF 54 abortion anencephalic fetus.

1 INTRODUÇÃO

O poder judiciário age como pacificador social nos litígios, aplicando as normas ao caso concreto, o faz no exercício de sua atividade típica, sem qualquer violação à separação de poderes, porque não cria novo direito, apenas produz resultado extensivo conforme objetivo constitucional e aplicação horizontal do direito. Ainda, se não há discricionariedade a ser preenchida com convicções pessoais ou filosóficas do magistrado, mas uma discricionariedade previsível no texto constitucional, não é infringida a segurança jurídica, pois toda a sociedade conhece e sabe o que esperar da Constituição vigente.

Por outro lado, essa técnica também pode ser taxada de excessiva, porque, muitas vezes, apresenta um resultado que vai além daquele emanado pelo poder legislativo, de modo que neste momento, o judiciário avança em seara alheia, ferindo o sustentáculo da separação de poderes.

Insta mencionar que nesta linha de raciocínio, com inovações surgidas a partir de decisões judiciais, geraria em toda a sociedade flagrante insegurança jurídica, pilar assegurado como cláusula pétrea.

Neste artigo, as duas posições foram examinadas à luz da ADPF 54, onde o Supremo Tribunal Federal teceu nova releitura da descriminalização do aborto de feto anencéfalo conforme artigos 124,126, *caput*, e 128 I e II do Código Penal (Decreto-lei nº2.848, de 07.12.40), considerando os princípios vulnerados da legalidade, dignidade da pessoa humana, liberdade, autonomia de vontade, analogia à tortura direito à saúde dentre tantos outros do acervo constitucional.

2. A SEPARAÇÃO DE PODERES CONSTITUCIONAIS E A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PELO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Federal de 1988, por inspiração de Montesquieu, dentre outros, partindo em seu parágrafo único, artigo 1º, da premissa de que o poder é uno, titularizado pelo povo e exercido direta ou indiretamente por representantes¹, previu a divisão do poder em funções: legislativo, executivo e judiciário, a serem efetivadas segundo suas atividades típicas. Tal cláusula foi elevada ao princípio constitucional da separação de poderes, previsto no artigo 2º, resguardado como cláusula pétrea, art. 60, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal.²

Considerando essa estrutura de organização de poder, compete ao poder Judiciário, a função de pacificação social através do julgamento das lides que lhe são submetidas. No exercício da atividade jurisdicional, segundo a corrente positivista do Direito, o magistrado deve aplicar a norma confeccionada pelo poder legislativo e em vigor, e para tanto, deve interpretar a norma jurídica analisada, sem avançar na atividade legislativa.

Doravante, a controvérsia é de que nem toda norma é bastante em si mesma. Algumas dizem menos, outras, mais do que a intenção do legislador,

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Revista dos Tribunais; 2009.

² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: revista dos Tribunais; 2009.

ainda, algumas normas comportam distintas interpretações ao considerar a letra fria da lei. Portanto, o papel do magistrado na aplicação da lei e no julgamento do conflito, não é tão simples quanto pode parecer, especialmente ao considerarmos que na análise crítica da lei à luz do positivismo, o intérprete não possui discricionariedade.

No entender de LUIZ FLÁVIO GOMES e VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, o positivismo jurídico, tal como modelo legalista-positivista, apresenta os seguintes contornos:

O positivismo jurídico prega o “culto à norma”, ao “direito positivo”, explicado pela “dogmática”, que só se preocupa com sua vigência e não com sua eficácia (ou validade), que estuda “descritivamente” o direito positivo sem nenhum “espírito crítico”, acolhendo cegamente “a escala de valores afirmada pelo ordenamento jurídico”; para o positivismo, “a análise do direito deve ser feita com independência de todo juízo de valor ético-político e de toda referência à realidade social sobre que atua”, donde a conclusão de que ele crê que todo direito (lei) é justo e por isso não pode ser questionado.”³

Acontece que esse modelo de interpretação, desenvolvido a partir dos métodos tradicionais, não se mostra suficiente para clarear todas as situações fáticas submetidas ao crivo do judiciário. Dentre esses métodos tradicionais, citamos, conforme VITOR FREDERICO KUMPELL, a interpretação gramatical, que busca o significado literal da linguagem; a interpretação lógica, que traz o sentido das orações e locuções; a interpretação histórica, que parte da reminiscência do instituto até o período da elaboração da lei; interpretação sistemática ou teleológica que visa a intencionalidade da lei.⁴

Além dos citados, outras técnicas surgem a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal, de contornos inovadores, a exemplo da interpretação conforme a Constituição Federal, que pretende avançar no método de interpretação sistemático-teleológico constitucional para clarear conceitos contidos ou não na norma, utilizada no julgamento que reconheceu a descriminalização do aborto de feto anencéfalo.

³ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2013, p. 30.

⁴ KUMPELL, Vitor Frederico. **Introdução ao Estudo do Direito. Lei de Introdução ao Código Civil e Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Método, 2009, p. 171.

HANS KELSEN descreve a interpretação de uma maneira contemporânea:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.⁵

Avaliando o discurso de HANS KELSEN a arte de interpretar a norma permite relativa flexibilidade ao juiz. A grande questão é como harmonizar a arte interpretativa realizada pelo poder judiciário, via emprego de métodos tradicionais ou inovadores, com a limitação trazida pela tripartição de poderes constitucionais, sem que, o magistrado, diante de algumas possibilidades de resultados hermenêuticos extensivos, seja visto como aquele que avança na função legislativa, ao arrepio da segurança jurídica que do sistema se espera.

Vale refletir sobre as considerações de LUIZ FLÁVIO GOMES e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI a respeito da tripartição dos poderes constitucionais e a atuação do judiciário:

De outra parte, nada de justificar a submissão servil com a “teoria da divisão dos poderes”, até porque ela foi manipulada pelo Poder Político, no exato instante em que se apropriou da “capacidade de julgar”, colocando no esquecimento o Poder Jurídico independente da sociedade. Foi essa manipulação estatal que permitiu ao Poder Político se apropriar da função julgar, que não lhe pertence por natureza. Os idealizadores da divisão dos poderes sempre enfatizaram que o Estado deveria respeitar a independência judicial para que houvesse equilíbrio. O Estado, obviamente, não seguiu essa doutrina: arrebatou a tarefa de declarar a justiça das mãos (privadas) dos que dela se encarregavam (até a Idade Média) e encampou o Judiciário,

⁵ KELSEN Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes; 2003, p. 390-391.

declarando-o parte do poder estatal, porque assim teria maior garantia da “aplicação” do seu direito (público) por juízes (funcionários) frente à sociedade.⁶

Contudo, a segurança jurídica também foi alçada à cláusula pétrea e princípio constitucional, art. 5º., *caput*, Constituição Federal, de modo que não se pode afirmar que a separação de poderes e a segurança jurídica possam ser afastadas diante do exercício da atividade jurisdicional. A melhor técnica sempre é a da ponderação, e o desafio é assegurar ao poder judiciário, o livre exercício de sua atividade típica por todos os métodos interpretativos da lei, sem que essa atividade possa ferir os pilares da tripartição de poderes, tampouco a segurança jurídica.

Pois há insegurança jurídica no reconhecimento extensivo de direitos humanos fundamentais em favor de determinadas minorias não amparadas na lei, ou haveria aplicação escoreita dos valores e princípios constitucionais, como legalidade, dignidade humana ,liberdade e entre outros?

3. A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ATIVIDADE TÍPICA DO JUDICIÁRIO

A interpretação conforme a Constituição Federal é uma técnica de controle de constitucionalidade de toda norma jurídica infraconstitucional. Segundo UADI LAMMÊGO BULOS⁷essa técnica de interpretação permite: realizar a *vontade da constituição*, harmonizar as leis ou atos normativos com a constituição, excluir exegeses que contrariem a constituição, buscar o sentido profundo das normas constitucionais e escolher o melhor significado das leis ou atos normativos em meio a tantos outros que possam apresentar.

Esse entendimento nos remete às palavras de LUIZ ALBERTO G. S. ROCHA e ANDRÉ MARTINS BRANDÃO:

Aqui é empregada uma visão sistemática da interpretação, na qual o objeto de estudo sempre tem que ser investigado de

⁶ GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLI Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais; 2013, p. 32-33.

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos.** São Paulo: Saraiva; 2011, p. 165.

forma holística, a partir do sistema em que está localizado. Só se compreende a parte pelo todo, e o todo pela parte. Assim as palavras só tem significado em um contexto, na integração das partes com o todo, e o todo só é possível pelas partes que o compõe.⁸

Numa alusão à pirâmide de Hans Kelsen, toda lei deve ter seu fundamento de validade na Carta Magna que se encontra no topo, logo, essa técnica aplicada nas decisões do Supremo Tribunal Federal, efetiva o controle de constitucionalidade das leis em sede de controle difuso ou concentrado, retratando o Constitucionalismo e o Neoconstitucionalismo como novas tendências de interpretação do Direito.

Em outras palavras, no Estado Constitucional, já não basta concepção positivista de que toda norma válida é o bastante para ser aplicada porque derivada do poder legislativo. É verdade que toda lei está sujeita a um controle formal de validade, mas também ao controle material, à luz da constitucionalidade, e seu resultado será a declaração, ou não, da inconstitucionalidade. A constitucionalidade de uma lei inferior somente pode ser obtida a partir de uma interpretação que não avilte valores, princípios e normas da Constituição.

Por isso o papel do juiz sofreu profunda transformação a partir do modelo proposto por Montesquieu, pois considerando a evolução do Estado de Direito positivista para o Estado Constitucional, a atividade de aplicação da norma e interpretação é mais ponderativa e dialógica, segundo LUIZ FLÁVIO GOMES e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI.⁹

Os argumentos contrários a essa técnica repousam, em tese, numa excessiva discricionariedade do magistrado, desembargador ou ministro, na possibilidade de obter decisões díspares fundadas em convicções filosóficas ou pessoais, as quais poderiam ferir dois sustentáculos da teoria constitucional, a separação de poderes e a segurança jurídica, pós-positivismo ou ativismo judicial. Contudo, não se pode aceitar que a discricionariedade do juiz no

⁸ ROCHA, Luiz Alberto; BRANDÃO, André Martins. **Hermeneutics and Democracy: The Truth as consensus.** Revista Mestrado em Direito. Edifício: Ago/dez 2012; p. 215.

⁹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais; 2013, p. 75-76.

instante de interpretação da norma jurídica e aplicação desta na decisão judicial, seja uma criação de novos direitos para as partes do processo, como desenvolve RONALD DWORKING:

Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan Steel* são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios e não por políticas.¹⁰

E mais adiante:

A resposta de Hércules deve ter a seguinte forma: a Constituição estabelece um sistema político geral que é justo o bastante para que o consideremos consolidado por razões de equidade. Os cidadãos se beneficiam do fato de viverem em uma sociedade cujas instituições são ordenadas e governadas de acordo com esse sistema, e devem também assumir seus encargos, pelo menos até que um novo sistema entre em vigor, quer por meio de uma emenda distinta, quer através de uma revolução geral. Em seguida, porém, Hércules deve perguntar-se qual sistema de princípios foi estabelecido. Em outras palavras ele deve elaborar uma teoria constitucional.¹¹

Tais argumentos reforçam a crença de que a interpretação conforme a Constituição Federal tem o condão de dar à lei o sentido que os princípios, regras e valores constitucionais determinam, tornando-se a Carta Maior um valor em si mesmo, um vetor interpretativo, o que nos traz enorme segurança jurídica uma vez que a discricionariedade encontra-se no mais alto grau de norma prevista no sistema jurídico. Assim, a interpretação deve sempre ir de encontro à dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade material, respeito, bem comum, justiça social, dentre tantos outros princípios e regras. Essas as lições de LUIZ FLÁVIO GOMES e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI:

(e) *Da interpretação conforme a lei à interpretação conforme a Constituição*: o juiz legalista parte da lei e chega com a lei para a solução do caso concreto. No sistema constitucionalista o ponto de partida para a descoberta do direito não é a lei, mas sim a Constituição. A lei pode ser o ponto de chegada, mas isso só ocorre quando ela é absolutamente compatível com as demais normas jurídicas superiores.¹²

¹⁰ DWORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes; 2011; p. 131-132.

¹¹ DWORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes; 2011; p.166.

¹² GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2013, p. 49-50.

(j) *Do regalismo ao principialismo*: o modelo positivista legalista estava fundado inteiramente nas regras legais. O neoconstitucionalismo nos conduz a descobrir a essência dos princípios e dos valores implicados em cada um deles. Do direito das regras (Savigny, Kelsen, Hart, etc.) evolui-se para o direito dos princípios (Esser, Dworking, Alexy, Zagrebelsky, etc). Bobbio disse: “Os princípios gerais de direito transformam-se em capítulo central da teoria geral do direito”.¹³

Pela descrição dessa técnica interpretativa, recentemente utilizada pelo guardião da Constituição Federal em inúmeros julgados, o preenchimento dos valores contidos na lei, a busca do real sentido, sempre voltado para os princípios constitucionais como único norte possível, nos traz uma interpretação sistemática com resultado extensivo absolutamente seguro, coerente, harmonioso ao princípio da segurança jurídica. De fato, quando o resultado é extensivo para abarcar situação inicialmente não prevista na lei, mas justificada pelo acervo constitucional, não há inovação legislativa, não há avanço de um poder sobre o outro, não há violação à cláusula pétrea, ao revés, há cumprimento da própria Constituição Federal.

E em lugar de declarar a inconstitucionalidade de toda norma que com ela não se harmonize, o que por si mesmo, causaria imensa instabilidade institucional, é possível fazer uma leitura da norma condizente aos princípios constitucionais, declarando ser este o único sentido ou alcance na sua aplicação.

Vale salientar que em a Confederação Nacional dos trabalhadores de saúde arguente representada pelo Doutor Luís Roberto Barroso sustentou a tese de que a antecipação terapêutica do parto não consubstancia aborto, no que este envolve a vida extra-uterina em potencial.

Em consequência, apenas o Poder Judiciário, como aplicador da norma vigente, no uso de suas funções típicas poderá realizar essa interpretação no julgamento do caso em concreto. A constatação dessa premissa pode se dar no julgamento da ADPF 54 que teve por objeto submeter os artigos 124,126,

¹³ GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLI Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2013, p. 50-51.

caput, e 128, I e II do Código Penal à técnica da interpretação conforme a Constituição Federal.

4. ANÁLISE DA TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA ADPF 54

Por ocasião do julgamento da ADPF 54 o Ministro relator Carlos Ayres Britto¹⁴ teceu os contornos da interpretação dos artigos 124, 126 caput, e 128, I e II do Código Penal à luz dos princípios e valores constitucionais. A questão controvertida na criminalização penal da mãe que decidia interromper a gravidez de fetos anencéfalos, que conduziam à interpretação restritiva de direitos porque criava uma obrigação da mãe de permanecer com um feto que não tem potencialidade de vida extra-uterina.

É viável uma interpretação legal que estipule a criminalização de uma vítima que perderá o seu filho precocemente? Pois uma análise pelos métodos de interpretação tradicionais conforme corrente positivista conduziria o juiz a esse resultado. Mas não seria esse resultado inconstitucional?

Nesse primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal enfatiza que não há discricionariedade no método, mas preenchimento do alcance da lei com os princípios contidos na Carta maior, de modo que o argumento de que tal interpretação feriria a segurança jurídica é duvidoso, na medida em que utilizar os preceitos máximos da ordem jurídica garantem harmonia ao sistema, mas especialmente a segurança de que toda a sociedade que está sujeita às normas, conhece exatamente o que há na Constituição vigente.

Ainda, a segurança se encontra na certeza de que nenhuma interpretação de lei inferior será realizada a ponto de ser tal lei declarada inconstitucional.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de descumprimento de preceito fundamental* n. 54, do Supremo Tribunal Federal, Brasília.

Para tanto, o fundamento do julgamento é o princípio da legalidade, dignidade da pessoa, autonomia de vontade, analogia à tortura, liberdade e saúde. De fato, outra leitura nos conduziria não somente a afronta desses, mas também do princípio da dignidade humana, como citado pelo ministro.

Considerando os fundamentos da decisão extraídos do acervo constitucional, refutado está o argumento de que a interpretação de resultado extensivo confere discricionariedade excessiva ao magistrado, que teria, em tese, o poder de inovar na atividade legislativa. Não há nenhum tipo de intromissão na atividade típica do poder legislativo, pelo contrário, há análise hermenêutica típica do órgão jurisdicional.

Por outro lado, haveria insegurança se a interpretação da lei vigente é alcançada com os princípios, valores e regras constitucionais em vigor, todos já conhecidos pela sociedade, e alçados à categoria de norma superior?

5. PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal traz, em seu artigo 1º, o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil infere-se ainda que a dignidade da pessoa humana se institui como núcleo de todo ordenamento jurídico, tratando-se da norma de maior valor axiológico no constitucionalismo contemporâneo.

Segundo Kant, em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, afirma que os seres desprovidos de razão possuem apenas valor relativo, valor de meios, e por isso são chamados de coisas; enquanto os seres racionais são chamados de pessoas por que a natureza já os designa como fins em si mesmos, não podendo ser tratados como meios de se realizar a vontade de alguém. A humanidade, dessa forma, é um limite para a liberdade de ação de todos os homens.¹⁵

Neste contexto Célia Rosenthal Zisman traz os vários significados da palavra dignidade:

¹⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 28.

A dignidade é conceituada pela linguagem natural, nos dicionários comuns, como qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza; qualidade do que é grande, nobre, elevado; ou, ainda, modo de alguém proceder ou se apresentar que inspira respeito; respeito aos próprios sentimentos, valores; e amor-próprio. Trata-se de termo que se origina no século

XIII. Do latim dignitate, a palavra significa: “1. Cargo e antigo tratamento honorífico. 2. Função, honraria, título ou cargo que confere ao indivíduo uma posição graduada (...). 3. Autoridade moral; honestidade, honra, respeitabilidade, autoridade. (...). 4. Decência; decoro (...). 5. Respeito a si mesmo; amor-próprio, brio, pundonor. (...)”.¹⁶

Percebe-se nesse caso em comento que a vida da mãe foi tutelada, em detrimento do feto anencéfalo, demonstra o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, o que não impediria a mãe de prosseguir com a gestação até o final o que seria o respeito a si mesma, prevaleceria sua autonomia de vontade.

Sarlet atribui a seguinte significação à dignidade:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁷

¹⁶ ZISMAN, Célia Rosenthal. O princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: IOB Thomsom, 2005, p. 21.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

A definição de Sarlet seria bem sustentável ao afirmar que a dignidade da pessoa humana seria um complexo de direitos e deveres, o que abarcaria a idéia de direitos e obrigações, e não só direitos.

Insta mencionar que a hipótese de aborto anencefálico não foi expressamente abrigada no art. 128 do Código Penal Brasileiro com excludente de punibilidade, porque em 1940, quando editada a parte especial, não havia tecnologia para diagnosticar precisamente anomalias fetais incompatíveis com a vida.

Isto porque, a antecipação ou não do evento morte do feto anencéfalo, em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade humana, representa a prevalência da dignidade da gestante que terá o direito de liberdade de escolher aquilo que melhor lhe convir, de acordo com seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas.

Sendo assim, somente o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto, o que não incluiria a gestação de feto anencéfalo, vez que não havida humana viável de formação.

6. CONCLUSÕES

Atividade típica ou ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 54? Há tendência da Corte Constitucional em efetivar direitos e garantias fundamentais especialmente quando há omissão do legislativo, mas não de todas as formas.

A interpretação conforme a Constituição Federal, dentre outras técnicas inovadoras, a depender da corrente adotada, pode ser entendida como missão típica do poder judiciário, extensão dos objetivos constitucionais ou como excesso praticado como ativismo judicial.

A Constituição Federal prevê funções típicas e atípicas dos três poderes e exceções ao princípio da divisão de poderes, contudo, não se encontrariam as técnicas interpretativas de resultado extensivo nessas previsões constitucionais. Poderia uma interpretação ir além da letra fria da lei ainda que para salvaguardar direitos fundamentais ou tal prática causa insegurança jurídica e violação da separação de poderes.

Nesta diapasão a mulher em estado gravídico não seria obrigada a continuar sua gravidez, esta teria a autonomia de decidir entre a interrupção da gestação sem ser incriminada penalmente por este ato.

Sendo assim, somente o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto, o que não incluiria a gestação de feto anencéfalo, vez que não há vida humana viável de formação.

Percebe-se a importância da Corte Constitucional em decidir um último ratio, decisões com temas de repercussão geral e de tamanha importância para a garantia da aplicação do direito e da ordem social.

A reflexão nos conduz a entender que os dois posicionamentos apresentados neste artigo são sustentáveis, ou seja, a interpretação conforme a Constituição Federal é atividade típica do poder judiciário, garantidora da segurança jurídica, ou manobra excessiva do poder judiciário ao invadir seara alheia e causar insegurança jurídica?

O mais improvável é estabelecer objetivamente, onde se inicia uma prática e onde se encerra a outra; E qual seria a decisão que causaria menor prejuízo social a curto, médio e longo prazo.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva; 2011, p. 165

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Preceito fundamental n.54**, do Supremo Tribunal Federal, Brasília.

DWORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes; 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLI Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 28.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes; 2003.

KUMPELL, Vitor Frederico. **Introdução ao Estudo do Direito. Lei de Introdução ao Código Civil e Hermenêutica Jurídica.** São Paulo: Método, 2009.

ROCHA, Luiz Alberto; BRANDÃO, André Martins. **Hermeneutics and Democracy: The Truth as consensus.** Revista Mestrado em Direito. Edifício: Ago/dez 2012

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: IOB Thomsom, 2005, p. 21.