

## **Introdução**

A formulação de padrões de conduta através da positivação de regras gerais é indispensável para regular de modo harmônico a vida em sociedade e constitui objeto relevante da teoria do direito. Trata-se de atividade ou função predominantemente legislativa que se ocupa de atribuir consequências jurídicas ou soluções razoáveis para fatos relevantes, sendo notória sua dificuldade, sobretudo porque o objetivo é que o regramento abranja a universalidade dos conflitos.

A atividade judicial, por sua vez, tem como objetivo aplicar tais regras gerais aos casos concretos de modo mais consentâneo e igualitário possível, função que tem se mostrado cada vez mais complexa, notadamente pela utilização de princípios jurídicos e, ainda, de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas.

Essa problemática acentua-se quando do exercício da jurisdição constitucional, especialmente a partir da segunda metade do século vinte com a institucionalização de direitos fundamentais nas Constituições da maioria dos países do mundo ocidental e com o estabelecimento de Tribunais Constitucionais que arrecadaram a competência de preservar tais direitos ante os possíveis ataques da maioria parlamentar (função contramajoritária).

Discute-se, assim, a legitimação democrática dos Tribunais Constitucionais, ou dos limites da jurisdição constitucional no âmbito do Estado Democrático de Direito. E é exatamente nesse difícil contexto que se insere o fenômeno da derrotabilidade das regras jurídicas, na medida em que ele remete à ideia de exceções no direito aplicado, as quais resultam evidenciadas no processo de concretização do direito posto e invariavelmente confrontadas pela jurisdição no diuturno trato das relações sociais com tessitura viva.

Não é difícil perceber que isso representa em tese um significativo risco à segurança jurídica, assim como pode gerar um protagonismo excessivo e potencialmente arbitrário do judiciário, desequilibrando a convivência harmônica dos poderes, que se constitui como um dos pilares da democracia. Em outros termos, o judiciário é um intérprete privilegiado, mas que não pode comprometer os alicerces referenciais do sistema democrático.

O objetivo desse artigo é analisar o fenômeno da derrotabilidade das regras jurídicas por ocasião das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, para fins de melhor compreensão desse importante e eloquente fenômeno jurídico, problematizando-as topicamente no denominado caso do aborto do feto anencéfalo (ADPF 54) – considerado

pelos próprios membros do Supremo Tribunal Federal com um caso histórico, ante a sua relevância e dificuldade jurídica.

O desenvolvimento do trabalho ocorrerá em cinco etapas. Primeiro, faz-se um breve exame da derrotabilidade das regras, com a adoção de um conceito que será utilizado na parte final do ensaio. Depois, são analisadas as técnicas de decisões da jurisdição constitucional (interpretação conforme a Constituição, inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e decisões de cunho manipulativo). Serão conceituadas e diferenciadas essas categorias jurídicas para, ao final, analisar-se a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso do aborto do feto anencéfalo – trazido à Corte por meio da ADPF 54 – e, na medida do possível, concluir por aquela técnica que melhor se coadunaria com o fenômeno da derrotabilidade.

## **1. Derrotabilidade das regras jurídicas**

O termo derrotabilidade (*defeasibility*) relaciona-se com a ideia de exceções e é objeto de estudos da teoria do direito e da argumentação jurídica, quer dizer, por intermédio dele se investiga o papel das exceções no raciocínio jurídico (ponto de vista da lógica jurídica), no estudo das lacunas e das indeterminações do direito (ponto de vista da interpretação jurídica) e na justificativa das premissas que amparam uma decisão *contra legem* (ponto de vista da decisão judicial).

A derrotabilidade, então, remete a temas importantes os quais, embora conectados, não se confundem, impondo-se um tratamento sistemático e rigoroso acerca dos seus diferentes significados. No Brasil – onde o tema tem adquirido notoriedade apenas nos últimos anos –, tal depuração ainda não ocorre, motivo pelo qual há referências indistintas a derrotabilidade ou superabilidade (a) das normas, característica comum aos princípios e às regras para alguns ou exclusiva das regras jurídicas para outros, (b) do raciocínio jurídico, (c) dos conceitos jurídicos.

Herbert L. A. Hart, ao reconhecer primeiramente o caráter derrotável dos conceitos jurídicos no ensaio *The Ascription of Responsibility and Rights* (1949, p. 171-194) e em um segundo momento, no capítulo VII – Formalismo e ceticismo sobre as regras – do livro *O Conceito de Direito* (2001, p. 139-168), o caráter derrotável das regras jurídicas, é uniformemente citado como o idealizador da teoria ou do conceito de *derrotabilidade das regras jurídicas*.

Ainda que o objetivo não seja examinar a obra de Hart, cabe o registro de que a introdução do termo *defeasible* ocorreu naquele ensaio inaugural (1949, p. 174-175) para se referir ao fato de que os conceitos jurídicos (o contrato, por exemplo) caracterizam-se pelo uso da palavra *unless* (a menos que), ou seja, eles não podem carregar condições absolutamente necessárias e suficientes para fins de aplicação em todo e qualquer caso futuro, na medida em que sempre haverá uma lista de exceções ou de exemplos contrários que não podem ser especificados antecipadamente.

E o aprimoramento da teoria ocorreu na clássica obra “O Conceito de Direito”, quando Hart discorreu sobre o problema da textura aberta do direito, que não concerne somente a questões relacionadas à linguagem e à interpretação jurídica, mas sim ao problema da acomodação das regras gerais aos casos concretos, no sentido de que uma regra pode ser excepcionada e ainda assim ter preservada a sua força abstrata original para os demais casos.

Duarte d’Almeida (2015, p. 03-05) afirma que isso significa que o Direito admite exceções em casos irregulares – de características excepcionais –, o que torna injusto decidir estritamente conforme a regra aplicável. Tal “perspectiva persistente” é um dilema para o parlamento, que não consegue – nem o poderia – antecipar todas as exceções relevantes supervenientes à formulação do critério legislativo. Do mesmo modo, a linha entre o que faz parte da exceção e o que faz parte da regra (elementos ordinários da regra) é mais difícil de ilustrar do que se imagina e foi exatamente essa controvérsia suscitada por Hart, que pode ser considerada como o dilema contemporâneo do judiciário.

Assim, o regramento das exceções no Direito ocorre em dois momentos distintos com repercussões e dificuldades também diferenciadas. O primeiro momento é o de sua institucionalização via parlamento (*legislative moment*), com a limitação prévia do escopo da regra. O segundo momento, o da introdução no processo judicial, isto é, quando da aplicação da regra, de uma cláusula de exceção (*adjudicative moment*), representa o ponto problemático e interessante a ser investigado (ATRIA, 2002, p. 124).

Isso significa que a regra geral labora no âmbito da normalidade dos casos, sendo a exceção o caso que não se encontra abrangida por ela, mas nem por isso é deixada de fora do direito, razão pela qual “dizemos que a exceção está no direito, ainda que não se a encontre nos textos normativos de direito positivo”, o que significa que a “exceção, embora não prevista pelo direito positivo (=pelas normas), há de ser decidida em coerência com a ordem

concreta da qual a Constituição é a representação mais elevada no plano do *direito posto*". (GRAU, 2014, p. 321).

Nesse aspecto, é de se sublinhar a noção de equidade (*notion of Equity*) como uma subcategoria central da derrotabilidade do raciocínio jurídico e que pode ser denominada de derrotabilidade equitativa (*equitable defeasibility*), a qual é conhecida desde os escritos de Platão e Aristóteles: ela estampa a acomodação de exceções às regras gerais quando a sua aplicação em casos particulares seja geradora de injustiças extremas ou de absurdos, mas a regra permanece válida para ser aplicada nos demais casos (BIX, 2012, p. 198).

Para Atria (2002, p. 123), as regras atribuem consequências normativas para fatos relevantes, mas ao mesmo tempo possuem uma característica intrigante: elas não são dotadas de um bom comportamento, quer dizer, em alguns casos, quando confrontadas com outros fatos também relevantes, os seus resultados jurídicos não são justos. E isso acarreta outra característica peculiar e exclusiva: as regras jurídicas são derrotáveis.

Por fim, em um sistema normativo dividido em regras e princípios, a derrotabilidade é uma característica específica das regras jurídicas, pois, ao ser definida no sentido da admissão de uma cláusula de exceção, "então deve-se necessariamente presumir que essa norma tenha a estrutura de uma regra que permita a subsunção de certos fatos ou condutas em sua hipótese de incidência" (BUSTAMANTE, 2010), circunstância que não ocorre nos princípios em que o exame de todas as circunstâncias dos casos futuros é inerente ao conceito de otimização e da própria técnica de ponderação (BÄCKER, 2011, p. 68)<sup>1</sup>.

Segue então que uma regra derrotável não é aquela não aplicável ao caso; uma regra somente é derrotada se ela não for aplicada quando era o caso de ser aplicada. Em outra formulação: uma regra é derrotável se existem – ou podem existir – casos abrangidos pelo significado da regra em que ela não se aplica (ATRIA, 2002, p. 124). Em suma: a derrotabilidade das regras pode ser entendida como a capacidade destas em acomodarem exceções implícitas que devem ser ocasionalmente reconhecidas pelo judiciário.

## **2. Interpretação conforme a Constituição**

---

<sup>1</sup>Backer (2011) inclusive advoga que a derrotabilidade (no sentido da admissão de uma cláusula de exceção) é o critério definitivo para distinguir regras de princípios.

A interpretação conforme a Constituição examinada aqui não é um princípio de interpretação constitucional nem um fenômeno jurídico similar à derrotabilidade, mas sim uma técnica de decisão no controle de constitucionalidade, embora não deixe de ser também uma regra de interpretação da legislação infraconstitucional<sup>2</sup> cujo parâmetro, evidentemente, é a Constituição Federal, o que também significa que “não há como escapar de um mínimo de interpretação da própria constituição” (SILVA, 2006, p. 192).

A forma como ordinariamente é tratada pela doutrina à luz de sua fonte, o direito alemão, restringe o seu objeto, pois definido no sentido de que “no caso de polissemia de sentidos de um acto normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a constituição” (CANOTILHO, 2003, p. 958), ou, em outros termos, “quando há mais de uma interpretação possível para um dispositivo legal, deve ser dada preferência àquela que seja conforme a constituição” (SILVA, 2006, p. 192).

É, portanto, uma técnica – reconhecida no parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/1999 – para salvar o ato normativo infraconstitucional como um todo da declaração de inconstitucionalidade, desde que seja possível compatibilizar texto e interpretação, ou seja, devem ser observados os limites semânticos do texto ou a moldura que é fornecida pelo legislador através do texto<sup>3</sup>, do que resulta a existência de limites objetivos<sup>4</sup>.

Nesse contexto, quando uma regra admite duas ou mais interpretações, é imprescindível a definição pelos tribunais daquela que melhor se compatibilize com a Constituição para fins de coerência do ordenamento. Contudo, isso não significa que a técnica encontre fundamento na necessidade de unidade da ordem jurídica, pois a Constituição ser definida enquanto parâmetro interpretativo é diferente de dar preferência à interpretação que mantém a lei no ordenamento, até porque o reconhecimento da inconstitucionalidade também garante a unidade; a Constituição como parâmetro de interpretação é fundamento do controle de constitucionalidade em geral (SILVA, 2006, p. 195).

Afirma-se, ainda, que a interpretação conforme é uma exigência que decorre da presunção relativa de constitucionalidade da legislação infraconstitucional, que possui amparo

---

<sup>2</sup>Silva (2006, p. 191-192) ressalta que “quando se fala em interpretação conforme a constituição, não se está falando de interpretação constitucional, pois não é a constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as leis infraconstitucionais”.

<sup>3</sup>“Quando a letra não permite certa interpretação e se ela for considerada a única que conciliaria a norma com a Constituição, deve ser declarada a inconstitucionalidade da norma (ou a omissão inconstitucional). Temos aqui o *limite textual* imposto à interpretação conforme” (DIMOULIS; LUNARDI, 2014, p. 415).

<sup>4</sup>Embora esses limites sejam ordinariamente referidos, não há consenso. Uma crítica a essas fronteiras da interpretação conforme, com fundamento na hermenêutica jurídica, encontra-se em STRECK, 2002, p. 451-461.

normativo nos próprios ditames da democracia e da separação de poderes. Questiona-se o valor argumentativo dessa correlação, seja por ser demasiadamente simplista (nem sempre se terá apenas a variável de duas interpretações possíveis, uma constitucional e outra não), seja porque a deferência que se deve atribuir à decisão do legislador (sobretudo em casos difíceis) é somente uma parte das inúmeras variáveis que a complexidade de determinadas causas pode envolver (SILVA, 2006, p. 195-196).

Ante tal conjuntura, Silva (2006, p. 204) conclui que os critérios interpretativos assinalam uma direção, o que não ocorre com a técnica da interpretação conforme, pois “aponta para uma direção completamente equivocada, que se baseia no dever de tentar *salvar* toda e qualquer lei que, ainda que minimamente, possua alguma fagulha de constitucionalidade”, razão pela qual a única função é a de legitimar a centralização da tarefa de interpretação da Constituição e das leis em um único órgão, o Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup>.

Em sentido diverso, Dimoulis e Lunardi (2014, p. 406) asseveram que a justificação mais convincente da técnica consiste na necessidade de o judiciário ser prudente quando do exame da constitucionalidade das leis para não invadir o espaço do legislador.

Logo, a interpretação conforme possui dificuldades dogmáticas cujo enfrentamento não vem encontrando razoável atuação por conta do Supremo Tribunal Federal, visto que normalmente a Corte brasileira a contempla para hipóteses absolutamente diversas daquelas indicadas pela doutrina, quer dizer, o Supremo faz uso desse expediente quando não há duas ou mais interpretações possíveis para o texto ou quando é o caso de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, circunstância problematizada no próximo tópico.

### **3. Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto**

Outra categoria que deve ser referida, quando se fala de interpretação e aplicação das regras no âmbito da jurisdição constitucional, é a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, cuja hipótese de incidência é diversa da interpretação conforme a constituição.

Na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto não se questiona a constitucionalidade da lei ou da regra como um todo, nem se afastam alguns sentidos

---

<sup>5</sup>Silva (2016, p. 203) afirma que o pretexto de respeito ao legislador é um argumento trivial, pois o tribunal “dá a sua interpretação ao dispositivo para compatibilizá-lo com aquilo que o próprio tribunal, e ninguém mais, acha que é constitucional. E essa é, no âmbito do controle de constitucionalidade, exatamente a tarefa do tribunal: interpretar um dispositivo questionado e verificar se ele é compatível com a interpretação que o mesmo tribunal faz da constituição”.

interpretativos da norma não condizentes com a Constituição. Trata-se de redução de parte da incidência da norma à luz dos eventos ou destinatários por ela abrangidos, de modo que, ao invés de uma técnica de interpretação, ela pode ser considerada o produto final de um julgamento abstrato de constitucionalidade.

O motivo de sua utilização é meramente redacional na medida em que “a eliminação de parte do dispositivo afetaria também a parte constitucional, surgindo uma lacuna sem justificativa substancial” (DIMOULIS; LUNARDI, 2014, p. 418).

Enquanto a técnica de interpretação conforme a constituição atua no domínio da interpretação da lei, a nulidade sem redução (ou modificação) de texto “localiza-se no âmbito da aplicação, pois pretende excluir alguns casos específicos da aplicação da lei” (SILVA, 2006, p. 201), ou, em outros termos, considera-se inconstitucional “apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração do seu programa normativo” (MENDES, 2010, p. 1.425).

No âmbito da jurisprudência e da doutrina alemã, que é a fonte da interpretação conforme, diferencia-se esta da declaração de nulidade parcial do texto nos moldes acima. Entretanto, é importante frisar que no direito alemão, como os juízes em geral não possuem competência para declarar a nulidade de uma lei (não há, portanto, controle difuso de constitucionalidade, mas apenas controle abstrato de constitucionalidade, de competência do Tribunal Constitucional), a eles não é lícito realizar a redução teleológica da lei a partir da técnica da nulidade parcial sem ou com redução do texto; por outro lado, não há óbice de que o magistrado alemão interprete conforme a constituição um regramento jurídico.

Partindo disso, Silva (2006, p. 201) controverte a possibilidade de o juiz brasileiro, no controle difuso de constitucionalidade, declarar a nulidade parcial de uma lei, afirmando que tal competência também no Brasil é exclusiva do Supremo Tribunal Federal; ao juiz seria possibilitado, no controle incidental, apenas afastar a aplicação da lei como um todo por inconstitucional. Em sentido oposto, Lunardi e Dimoulis (2014, p. 404) afirmam que são técnicas “que podem ser aplicadas em qualquer processo e instância em sistemas de controle de constitucionalidade difuso como o brasileiro”.

Mendes (2010, p. 1427-1428) afirma que o STF, nas decisões proferidas nas ADIs 491 e 319 (todas relatadas por Moreira Alves), equipara a interpretação conforme a Constituição a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, gerando dificuldades de compreensão dessas técnicas, tanto que eventual conversão em uma técnica de

decisão de inconstitucionalidade implicaria reduzir a sua incidência às decisões proferidas em controle abstrato, pois, do contrário, tais decisões, quando do controle concreto, deveriam ser objeto de reserva de plenário (o que não se exige na interpretação conforme propriamente dita). Além disso, ao fixar determinada interpretação como adequada constitucionalmente, não haveria possibilidade de declaração de todas as possíveis interpretações inconstitucionais.

Resulta que a declaração de nulidade sem redução de texto implica exclusão por inconstitucionalidade de “determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal”, com o benefício da “maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão” (MENDES, 2010, p. 1.428).

O procedimento do Supremo Tribunal Federal também é criticado por Brust (2009, p. 509) ao aduzir que não é permitido equiparar tais categorias jurídicas, visto que a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto enseja uma sentença manipulativa. E as implicações das denominadas sentenças manipulativas para o sistema jurídico são absolutamente diversas das produzidas pela técnica da interpretação conforme a constituição, o que será objeto da análise a seguir.

#### **4. Decisões constitucionais manipulativas**

A ampliação da interpretação conforme a Constituição para além do objetivo de salvar o texto da declaração de inconstitucionalidade quando há alternâncias interpretativas expandiu sobremaneira o seu alcance no sentido de se permitir ao julgador “produzir sentenças que afetam o próprio conteúdo normativo complexo do preceito, reduzindo-o, aumentando-o e, até mesmo, substituindo-o” (BRUST, 2009, p. 508), ou seja, de proferir sentenças manipulativas<sup>6</sup>.

Nesses moldes, o objetivo de harmonizar as normas jurídicas infraconstitucionais com a constituição dá origem às sentenças interpretativas em sentido amplo, as quais se dividem em decisões (a) interpretativas em sentido estrito e (b) manipulativas ou modificativas, cuja diferença pode ser assim definida: na interpretação conforme não se adiciona sentido ao texto, mas se adota a interpretação que melhor se coaduna com a constituição; a sentença manipulativa, por sua vez, adiciona, reduz ou substitui o sentido do

---

<sup>6</sup>“Costuma-se dizer que as sentenças manipulativas são aquelas decisões interpretativas de procedência que declaram inconstitucional uma parte do conteúdo normativo derivado conjuntamente ou contemporaneamente do texto, conservando-o íntegro” (BRUST, 2014, p. 160-161).



texto, modificando o conteúdo normativo que dele emerge, podendo refletir uma invasão na competência do legislativo (BRUST, 2009, p. 512).

Assim sendo, a sentença interpretativa em sentido estrito é aquela em que se aplica a técnica da interpretação conforme (quando o tribunal define, dentre as interpretações possíveis que emergem do texto legal, aquela mais adequada à Constituição), enquanto a sentença manipulativa (terminologia utilizada na Itália) ou modificativa (terminologia utilizada em Portugal) se subdivide em três espécies: redutora, aditiva e substitutiva.

A sentença manipulativa aditiva, ou com efeito acumulativo, provoca o alargamento do âmbito normativo de uma regra, com o juízo simultâneo (ora combatido) de inconstitucionalidade da parte omissa ou deficiente onde se deixa de regular as consequências ou medidas tidas como adequadas, quando contempla uma exceção ou quando impõe uma condição complementar a certas situações jurídicas, enquanto a sentença manipulativa substitutiva, ou com efeito substitutivo, reconhece a inconstitucionalidade quando implica a substituição de uma disciplina jurídica contida na regra ou quando reconhece a inconstitucionalidade de uma prescrição, substituindo-a por outra (CANOTILHO, 2003, p. 1.019).

Acrescente-se que a decisão aditiva tem como fundamento atender ao princípio da igualdade, pois procura equiparar situações jurídicas análogas àquelas previstas originalmente na norma e que não foram contempladas pelo seu âmbito de aplicação, podendo-se afirmar que o Tribunal, para não ter de reconhecer a inconstitucionalidade por afronta ao dever de isonomia, acaba por condicionar a manutenção da norma no sistema jurídico desde que ela seja interpretada ampliativamente, abarcando situações ou destinatários não previstos (BRUST, 2014, p. 174)<sup>7</sup>.

Ademais, a sentença substitutiva, considerada a mais polêmica e rara dentre as modalidades descritas, caracteriza-se pela substituição de parte do conteúdo normativo por outro diverso, sem – é importante frisar esse aspecto – alterar o seu texto, ou seja, provoca-se um intercâmbio de um parâmetro fático ou jurídico por outro.

A sentença manipulativa redutora corresponde, por sua vez, ao que no Brasil é aceito sem maiores ressalvas pela doutrina, especialmente a partir do advento da Lei 9.868/99, como

---

<sup>7</sup>Miranda (2003, p. 68) refere que nas decisões aditivas “a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua. Ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta”.

inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ou seja, decisões cujo resultado aponta para a *redução* do âmbito de aplicação da norma ou para a “exclusão de uma determinada aplicação do conteúdo normativo” (BRUST, 2014, p. 166).

A viabilidade jurídica de os Tribunais proferirem sentenças manipulativas gera inúmeras controvérsias no âmbito dos limites da jurisdição constitucional, sobretudo quando se considera que se trata de uma atuação positiva do Tribunal, que, ao assim agir, concorreria com o Parlamento na atividade legislativa<sup>8</sup>.

Foi exatamente isso que ocorreu no caso do julgamento envolvendo o aborto de fetos anencéfalos, que também é considerado um típico caso de derrotabilidade na concepção da capacidade de as regras jurídicas acomodarem exceções implícitas e que pressupõe a legitimidade de o judiciário as reconhecer.

## **5. O caso do aborto de feto anencéfalo – ADPF 54**

Na decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54, julgada em 12/04/2012 – o Supremo Tribunal Federal, por maioria de seus Ministros, julgou, nos termos do pedido formulado, “inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”.

Os termos da ementa evidenciam que foi aplicada a técnica da interpretação conforme a Constituição, conquanto inexistente a pluralidade de interpretações que decorressem dos termos estritos da legislação, senão a partir de entendimentos jurisprudenciais e construções doutrinárias em benefício da tese favorável à atipicidade da conduta. Os votos vencedores, em sua grande maioria, ratificaram o seguinte caminho argumentativo: se o anencéfalo não é dotado de vida (ou de possibilidade de vida fora do útero ou de vida digna tutelada pelo Direito), logo não haverá crime no comportamento tendente à interrupção voluntária da gravidez (ausente, portanto, subsunção do fato à norma).

O Min. Ricardo Levandowski, que no mérito foi contrário ao pedido (o tribunal estaria atuando como legislador positivo), questionou a utilização da interpretação conforme,

---

<sup>8</sup>Conforme Streck (2002, p. 471-473), há muito os tribunais, em especial o STF, fazem uso de decisões manipulativas, ou proferem decisões *contra* ou *extra legem*, as quais não são contestadas ou polemizadas porque fazem parte do processo de atribuição de sentido ao direito, que é inerente ao processo hermenêutico; apenas são contestadas, sob o argumento do legislador positivo, quando causam perplexidade pela desconformidade com aquilo preestabelecido pela dogmática ou quando se trata de hipóteses jurídicas extremamente controvertidas.

pois o limite dessa técnica não permitiria afrontar a literal expressão da lei (“quando a lei é clara não há espaço para interpretação”), contrariando-se a vontade do legislador e, desse modo, não se poderia substituir o critério estabelecido democraticamente (via legislatura) pela decisão do tribunal. Em suas palavras, há “duas barreiras intransponíveis, quais sejam: de um lado, não é dado ao hermenauta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele”.

Por sua vez, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, que julgou procedente o pedido – sob o argumento do reconhecimento de uma terceira excludente de ilicitude (ainda não explicitada no Código Penal), que se legitima pelas orientações interpretativas decorrentes das exceções formuladas pelo legislador –, enfatizou que não se trata de interpretação conforme, mas sim de decisão manipulativa com eficácia aditiva. Pertinente transcrever parte dos fundamentos do correspondente voto:

[...] Acolho a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto.

Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Em verdade, é preciso deixar claro que a prolação de decisões interpretativas com efeitos aditivos não é algo novo na jurisprudência do STF. Poder-se-ia, inclusive, atestar que se trata apenas de uma nova nomenclatura, um novo (e mais adequado) termo técnico para representar formas de decisão que o Tribunal costuma tomar quando realiza a conhecida interpretação conforme a Constituição e, com isso, acaba por alterar, ainda que minimamente, os sentidos normativos do texto legal. [...].

[...]. Portanto, ainda que se queira denominar a decisão tomada nesta ADPF como interpretação conforme, ela não deixará de ser, consoante a nomenclatura tecnicamente mais adequada, uma decisão interpretativa (manipulativa) com efeitos aditivos.

É certo que a incidência de decisões com efeitos aditivos em matéria criminal não está livre de críticas. Parece sensato assumir todas as cautelas quando se trata de produzir decisões manipulativas sobre normas de caráter penal, tendo em vista os princípios da legalidade (e reserva de lei e reserva de Parlamento) e da tipicidade (cerrada) penal. A sentença aditiva *in malam partem* é extremamente reprovável, todavia, se proferida *in bonam partem*, abre-se uma brecha explorável para a prolação de decisão manipulativa que tenha efeito restritivo da norma penal, não ofensiva ao postulado da reserva de lei. [...].

Portanto, tal como vivenciado na realidade italiana, não seria incorreto considerar a possibilidade de que, também entre nós, o Supremo Tribunal Federal, ante a premente necessidade de atualização do conteúdo normativo do art. 128 do Código Penal de 1940, venha a prolar uma decisão com efeitos aditivos para admitir que, além do aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, não se deve punir

o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia.

Essa parece ser uma técnica viável de decisão, que de nenhuma maneira atenta contra os princípios da legalidade (e reserva de lei) estrita e da tipicidade penal. Faço, no entanto, uma imprescindível ressalva: é que as decisões manipulativas de efeitos aditivos, como essa que se propõe, devem observar limites funcionais claros, isto é, elas devem submeter-se à liberdade de conformação do legislador, que poderá, a qualquer tempo, editar norma sobre o tema. Desse modo, é preciso reconhecer que a decisão desta Corte não impedirá o advento de legislação sobre o assunto, devendo antes servir de estímulo à atuação do legislador.

Com efeito, é inadequado tratar o caso em comento, paradigmático nos seus mais importantes aspectos argumentativos, como exemplo de interpretação conforme, pois a legislação infraconstitucional sobre o aborto é clara e taxativa, inexistindo, portanto, dúvidas interpretativas oriundas do seu conteúdo semântico e que imporiam o salvamento da lei, justificativa que afasta, pois, a aplicação de tal técnica de decisão.

Por outro lado, ao contrário do exposto no voto de Mendes, não se trata de decisão manipulativa com eficácia aditiva (agregando conteúdo normativo à regra), senão de decisão com eficácia redutiva<sup>9</sup> (pela subtração de aplicação da regra ao caso particular), embora com a formulação de uma nova exceção que se inclui àquelas previstas pelo direito positivo.

Note-se que tal decisão manipulativa redutiva corresponderia, assim, à hipótese de inconstitucionalidade parcial sem modificação de texto<sup>10</sup>, ao excluir alguns casos específicos do âmbito de aplicação da lei, com a ressalva de que referido expediente não decorreria de qualquer dificuldade semântica derivada da compreensão mais ou menos inequívoca das palavras utilizadas pelo legislador; trata-se de redução do escopo normativo da regra, como aduz Larenz (1997, p. 556): “a jurisprudência fala, não raras vezes, de interpretação restritiva – certamente a fim de dar, desse modo, a impressão de maior ‘fidelidade à lei’ -, quando na realidade já não se trata de interpretação, mas de uma redução teleológica”.

Prosseguindo, tal redução teleológica, embora seja muitas vezes criticada e outras vezes aplaudida, nada mais assinala do que uma hipótese de adequação de uma regra geral a

---

<sup>9</sup>É precisa a diferenciação entre sentenças redutoras e aditivas fornecida por Miranda (2003, p. 68): “Nas decisões redutivas ou de inconstitucionalidade parcial há um segmento da norma que cai para ela ser salva. Nas decisões aditivas há um segmento ou uma norma que se acrescenta com idêntico fim. E nisto, por seu turno, se denota algo de comum às decisões limitativas e, dalguma sorte mesmo às decisões interpretativas: todas elas pressupõem um sistema de fiscalização que, longe de se fechar sobre si, aparece inserido no contexto global de Constituição e que, portanto, reconhece aos respectivos órgãos um papel ativo na realização dos princípios constitucionais”.

<sup>10</sup>Brust (2009, p. 509) também critica a equiparação, “pois quando este afirma que a interpretação conforme a Constituição, tomada em seu aspecto negativo, não mais é que é uma inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, também dá origem a uma sentença manipulativa, no caso redutiva.”

um caso específico cujo resultado, se não houver a intervenção judicial, pode ser manifestamente injusto, tal como visto no tópico referente à derrotabilidade.

Nesse aspecto, os fundamentos do Min. Gilmar Mendes aproximam o seu voto do fenômeno da derrotabilidade das regras jurídicas em consonância com a concepção aqui adotada, ou seja, pela característica de inserção de uma cláusula de exceção a uma regra geral em decorrência da excepcionalidade do caso particular, pois há menção expressa do reconhecimento de uma nova hipótese de exclusão de ilicitude ou, dito de outro modo, da aceitação de uma inédita exceção à regra geral abstrata que criminaliza a prática abortiva.

Então, sob o ângulo da *defeasibility*, o resultado do julgamento foi o de reconhecer uma exceção implícita à regra jurídica geral de ser proibido o aborto ao não se aplicar a consequência jurídica disposta na lei, ainda que a hipótese fática se enquadre perfeitamente na descrição hipotética abstrata da proposição jurídica. Assim, no sistema jurídico brasileiro atual é vedada a interrupção da gravidez, *a menos que* (a) para salvar a vida da gestante, (b) em caso de estupro e (c) na hipótese de o feto padecer comprovadamente da anencefalia.

A vantagem do reconhecimento do fenômeno da derrotabilidade, especialmente sob a atuação da decisão manipulativa com efeito redutivo (ou mesmo da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto) no controle de constitucionalidade, também decorre de que tanto o raciocínio jurídico como o comando da decisão são formulados com clareza e, assim, compatibilizam-se com o princípio da segurança jurídica (previsibilidade e estabilidade do Direito): reconhece-se a superação de uma regra pelo judiciário a partir da introdução de uma exceção e, destarte, da criação de uma nova regra geral que deve ser respeitada pela comunidade jurídica em geral.

A aplicação distorcida da interpretação conforme realizada pelo Supremo Tribunal Federal, decorrente do dogma do legislador negativo, é grave, pois pretende mascarar a realidade pela simplificação indevida da problemática que envolve a jurisdição constitucional. Ao continuar a lançar mão à técnica da interpretação conforme para aparentar maior fidelidade à lei, como refere Larenz (2007, p 556), ou como um guarda-chuva, na feliz expressão de Brust (2014, p. 155), o Supremo Tribunal Federal realmente perdeu uma oportunidade histórica de demonstrar à sociedade como ocorre o desenvolvimento do Direito via Poder Judiciário, ainda que isso implique evidenciar também os riscos hermenêuticos inerentes envolvidos na prática interpretativa da jurisdição constitucional.

## **Considerações finais**

O caso do aborto do feto anencéfalo exemplifica de maneira privilegiada a problemática que envolve a interpretação conforme a constituição e a sua utilização distorcida pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que recorre a tal técnica sem maiores esclarecimentos, além de ignorar os condicionamentos teóricos dispensados pela doutrina especializada, como o requisito da existência de duas ou mais interpretações possíveis decorrente das palavras utilizadas no texto legal passível de interpretação pelo aplicador.

Tal atuação gera confusões conceituais e metodológicas, cuja explicação principal é a de que os membros do Tribunal, em sua grande maioria, não pretendem enfrentar abertamente o dogma do legislador negativo e, assim, as dificuldades que decorrem da jurisdição constitucional e do próprio desenvolvimento (e criação) do Direito mediante decisões judiciais, conforme já demonstrara Hart em meados do século passado.

Por outro lado, a situação paradigmática escolhida ilustra perfeitamente uma hipótese do fenômeno da derrotabilidade das regras jurídicas, na medida em que se reconheceu judicialmente uma exceção implícita à regra jurídica geral de ser proibido (e criminalizado) o aborto, a qual se junta às outras duas exceções expressas constantes da lei penal.

Do mesmo modo, a decisão demonstra que, no âmbito da jurisdição constitucional, a redução teleológica de uma regra, com a criação de uma exceção, encontra amparo na técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, que se amolda também a uma sentença manipulativa redutora.

O fato de a decisão ter sido proferida em controle concentrado gera repercussões ainda maiores ao sistema jurídico nacional, ante o seu efeito vinculante e sua eficácia *erga omnes*, maximizando a importância de se estudar o fenômeno da derrotabilidade das regras jurídicas e, assim, a problemática das exceções implícitas no Direito.

## **Referências**

ATRIA, Fernando. *On Law and Legal Reasoning*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002.

BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011.

BIX, Brian. Defeasibility and Open Texture. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Great Britain: Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 193-201.

BRUST, Leo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 10, p. 507-526, jul./dez. 2009.

\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 37, jul/dez 2010, p. 152-180.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed., 18 reimp. Coimbra: Almedina 2003.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Dimensões da constitucionalização das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.273, p. 237-267, set./dez. 2016.

DUARTE D'ALMEIDA, Luís. *Allowing for exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*. Oxford Legal Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2015.

HART, H. L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, n. 49, 1948-1949, p. 171-194.

\_\_\_\_\_. *O conceito de Direito*. 3 ed, tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9ª edição, revista e ampliada. - São Paulo: Malheiros, 2014.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 5. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Controle da Constitucionalidade e Direitos Fundamentais*. Revista da EMERJ, v. 06, n. 21, 2003, p. 61-84.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan/jun. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.