

Breves considerações acerca da problemática que envolve a aplicação da jurisprudência de valores

Vinícius Batista Soares

Bacharel em direito pelo Centro Universitário de Brasília
viniciusbat@yahoo.com.br

Resumo: Analisa-se neste artigo o âmbito de atuação do Poder Judiciário, ou seja, a prática decisória dos juízes, dentro da esfera jurídica de liberdade reservada a estes, no tocante a tomada de decisões relativas a assuntos pessoais, de foro eminentemente privado, usando-se como paradigma o caso dos fetos anencefálicos.

Palavras-chave: Poder Judiciário, interpretação de normas, Positivismo, Jusnaturalismo, decisões judiciais, conflito entre princípios, anencefalia.

A tortuosa relação entre a prática decisória dos juizes e a esfera jurídica de liberdade que se deve reservar às pessoas, no tocante a tomada de decisões relativas a assuntos pessoais, de foro eminentemente privado, num mundo altamente diferenciado, complexo, contingente e plural - no qual a possibilidade de assentar consensos ético/substantivos¹, a não ser temporários, se mostra altamente problemática - constitui [tal relação] o objeto de análise a ser aqui desenvolvido, tendo em conta incipiente crítica a certa concepção teórica estrangeira, a doutrina alemã da ponderação de bens/valores, que pretende fazer crer existir na Constituição uma suposta “dimensão objetiva” referente a valores.

Relação esta, qual seja, entre o âmbito de atuação do poder judiciário na interpretação e aplicação dos enunciados normativos e a liberdade de discurso e de ação que se impõe assegurar às pessoas, complicada, pois à sua compreensão perpassa a dificuldade em se tentar estabelecer, do ponto de vista do intérprete último dos textos normativos - os juizes - uma conexão não arbitrária entre postulados éticos/valorativos e os enunciados normativos que compõem determinado ordenamento jurídico, o que se nos afigura de todo questionável.

As questões ao diante suscitadas remontam, em certo sentido, e sempre na perspectiva do intérprete final dos textos normativos, a busca de limites e das possíveis confluências entre o âmbito normativo do direito e da moral, pelo que se pode afirmar, conquanto haja nisso certo reducionismo, existir duas linhas clássicas de fundamentação nessa seara, quais sejam o Positivismo, para o qual não há uma relação indispensável entre a moral e o direito, e o Jusnaturalismo, não positivista, que sustenta haver uma correlação subordinante entre a dimensão normativa da moral e do direito².

Ora, há de se reconhecer a fragilidade teórica dos postulados não-positivistas³, e nisto o presente trabalho se arvora, pois, a uma, a linguagem é insuficiente para traduzir de forma objetiva e unívoca as significações possíveis de conceitos abstratos que envolvem a noção de

ética⁴. A duas, não existem princípios últimos, gerais, "inerentes à natureza humana", como querem os adeptos do Direito Natural, aptos a permitir uma operação lógico formal, a ser empreendida mediante processos dedutivos, que sejam capazes de nos conduzir à "verdade" e/ou a uma "realidade" última. Por fim, a despeito de não negarmos a existência de sentimentos e valores compartilhados intersubjetivamente em determinada sociedade, os juízos éticos, tampouco, podem ser verificados empiricamente, isto é, não há uma base estável de referência que possa afirmar, ou não, a verossimilhança de tais juízos, como se dá, por exemplo, em certas hipóteses, no campo das ciências naturais⁵.

Há mais, se certo que vivemos num ambiente social fundamentalmente diferenciado, plural e contingente, no qual inexiste "visões éticas, religiosas ou tradicionais de mundo que possam configurar um sistema de valores compartilhados capaz de estabelecer um consenso básico entre os cidadãos"⁶, não faz sentido pretender tratar objetivamente os valores éticos, que expressam, em verdade, relações de preferência em determinada cultura, portanto, sujeitos à variabilidade e à contingência histórica/espacial/temporal/sujeito⁷, e, menos ainda, fazer crer existir uma hierarquia entre valores. Tomar, pois, aleatoriamente valores, estabelecendo uma ordem objetiva de gradação entre eles, em consonância com uma pretensa e suposta natureza última da pessoa humana, é desconhecer a multiplicidade de concepções de dignidade de vida, melhor, é asfixiar a liberdade humana, a dissidência, a multiplicidade e a pluralidade desta [da liberdade] decorrente⁸.

Nesse sentido, devemos admitir que a atuação dos juizes é pautada inelutavelmente por opções arbitrárias, no sentido de que, quando a argumentação se refere à valores, não há espaço para fundamentar objetivamente a asserção do juiz, pelo singelo motivo, mas de tamanha relevância, de se tratar de um objeto afeito à representações várias, não redutível à categoria dos fatos, da evidência empírica⁹.

Reconhecendo a plausibilidade de tais considerações, torna-se difícil, ou no mínimo problemático, sustentar a importação de certo aporte teórico alienígena, com aceitação irrefletida¹⁰ em doutrina e jurisprudência brasileiras - a doutrina alemã da ponderação de bens, de valores - consistente esta na suposta impregnação da ordem normativa por uma certa dimensão pretensamente objetiva referente a valores, supostamente por todos os cidadãos compartilhados e pressupostos à constituição, os quais aos juizes, "iluminados", caberia declarar.

Os princípios, dotados de eficácia jurídica subordinante, já que não mais possuem função meramente subsidiária e supletiva na ordem jurídica, ou seja, simples instrumentos de integração de lacunas legislativas, sob a ótica de tal doutrina, são entendidos enquanto

determinada categoria normativa que plasma valores¹¹ tidos por essenciais e pretensamente compartilhados em uma dada comunidade¹².

Mais especificamente, nas hipóteses de conflito de incidência principiológica, pretende-se lançar mão desta técnica de decisão – a ponderação de valores, de bens. Nestes casos, ante a ficção da unidade da Constituição, que nos impede de falar em hierarquia entre seus enunciados normativos, sustenta-se a exigibilidade da realização de uma ponderação entre os princípios/valores em jogo, sob o prisma do princípio da proporcionalidade¹³ e das circunstâncias específicas da controvérsia, já que não existiriam critérios anteriores de fixação dos âmbitos normativos dos princípios em conflito¹⁴. O cumprimento, em maior ou menor grau, das disposições contidas nos princípios estaria a depender, então, das condições empíricas e jurídicas da hipótese fática em análise. Expressariam, os princípios, pois, mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser realizados em diferentes graus, conforme as possibilidades jurídicas e empíricas percebidas¹⁵

Ora, os juizes, ao interpretarem os princípios fundamentais enquanto atividade tendente a concretizar, realizar valores, coarctam, pois, a possibilidade dos cidadãos de decidirem, só por si, o que é, ou deixa de ser, bom para si próprios, além do que suprime a carga mandamental, vinculante, de obrigatoriedade dos direitos¹⁶. E, o que é pior, o Tribunal, ao assimilar o direito à moral, à religião e aos valores¹⁷ faz a existência da democracia depender de um ideal comunitarista, em que os membros de uma sociedade política, para tanto, devam compartilhar os mesmos supostos axiológicos, os mesmos interesses, uma mesma concepção de vida e de mundo¹⁸. O dissenso, nesta hipótese, irremediavelmente, será combatido de forma impiedosa, ao fundamento de que os valores que lhe subjaz não encontram guarida naquilo que os juizes decidiram como o que é bom, o que está de acordo com os “valores constitucionais”¹⁹. Os Tribunais assumem, então, o papel de guardião da “moral” e dos “bons costumes”, desconsiderando que os valores expressam relações de preferência em determinada cultura, o que torna altamente problemática a possibilidade de sua imposição de forma cogente pelos juizes.

O que se quer evitar, ou ao menos mitigar, é que, nas questões relativas à moralidade e à concepção de dignidade de vida, nas quais as pessoas divergem substancialmente entre si, o Estado, mais especificamente o Poder Judiciário, sob pena de descambar num autoritarismo, arrogue-se prerrogativas que lhe confira a faculdade de substituir-se na vontade das pessoas, ordenando e impondo a estas ações e/ou abstenções. Aí reside o perigo da jurisprudência de valores que tende a legitimar as preferências morais dos julgadores, outorgando a elas foro de validade universal.

Nesse contexto, os direitos fundamentais, não raras vezes, e assim tem se mostrado na prática, sucumbem diante de interesses estatais e coletivistas, notadamente, quando em tensão com pretensões de ordem econômico/financeiro, bem assim com argumentos que enaltecem a “segurança nacional” e a “ordem”²⁰. Os direitos perdem, então, sua dimensão deontológica de validade, isto é, seu caráter mandamental, de obrigatoriedade. A aplicação de tais direitos passa a depender, sobremaneira, do querer moral e político dos juízes, e isto, obviamente, além de ser atitude autoritária, suprime a possibilidade de autodeterminação das pessoas, assim ainda o caráter vinculante dos princípios fundamentais.

O constitucionalista Álvaro Ricardo Cruz, em referência a casos analisados pela Corte Constitucional Alemã, nos traz um exemplo em que os direitos fundamentais foram negligenciados e enfraquecidos em favor de objetivos pautados pela ótica do custo-benefício, por argumentos tendentes a viabilizar a política econômico-financeira do Estado. Assim disse o autor:

A corte alemã já deixou de determinar a devolução retroativa de impostos tidos por inconstitucionais, preocupada com as contas do governo. Assim, reconhece que o princípio do equilíbrio orçamentário deveria ser ponderado em face do princípio da supremacia da Constituição, vez que seriam considerados valores concorrentes e que ambos deveriam ser obrigatoriamente considerados.

[...] O princípio do equilíbrio orçamentário anual entre gastos e ingressos seria colocado em perigo através do gravame dos orçamentos atuais com direito de devolução de impostos anteriores que somam valores extraordinários. A planificação econômica estatal estaria em perigo; além do mais a não ser que os impostos fossem aumentados consideravelmente [...].²¹

Bem observou o referido constitucionalista que o judiciário assume em casos como esse a posição de reparador dos erros cometidos pelos Poderes Executivo e Legislativo, legitimando, ainda que implicitamente, os abusos do Poder Público, sem, por isso, responsabilizar e punir aqueles que deram ensejo ao dano, perpetuando, assim, o abuso estatal.²²

Relevantes casos enfrentados pela Suprema Corte nos EUA, outrossim, são indicativos do esfacelamento dos direitos fundamentais/individuais em favor de argumentos/interesses coletivistas, utilitários e estatais pautados sobre valores pressupostos que, conforme a Constituição, deveriam prevalecer.

Pegue-se, por exemplo, o caso *Korematsu vs United States* [323 U.S. 214 (1944)], cujo objeto consistia em saber acerca da constitucionalidade de ato normativo do Estado norte-americano que restringira a liberdade de ir e vir dos cidadãos americanos de descendência japonesa dentro do próprio território americano. Relevante considerar que este caso fora submetido à Corte Suprema americana no contexto da 2ª Guerra Mundial, em que o Império Japonês havia atacado bases americanas no Pacífico.

Trata-se de um habeas corpus impetrado por *Korematsu*, cidadão norte americano descendente de japonês, que havia, juntamente com sua família, sido presos por desobedecer ao *Civilian Exclusion Order No. 34 of the Commanding General* [323 U.S. 214, 216] of the *Western Command, U.S. Army*, editado pelo Congresso americano, a fim de combater a espionagem e a sabotagem no interior do país. Mais precisamente subjaz a tal ordem o medo dos americanos de uma potencial invasão japonesa pela Costa Oeste. Dispunha a referida ordem de exclusão que, a partir de 09 de maio de 1942, todas as pessoas com ascendência japonesa residentes nas áreas consideradas como de exclusão (“*Military Area*”) deveriam deixá-las para, compulsoriamente, serem encaminhadas às *Assembly Centers* e instalações militares, sendo que aqueles que se recusassem ao cumprimento da ordem deveriam ser presos.

O impetrante, que residia numa dessas áreas, recusou-se a cumprir a ordem, ao fundamento da inconstitucionalidade desta e, por conseguinte, de sua prisão, vez que violava os direitos à liberdade, ao devido processo legal, à legalidade e à intimidade, inclusive por ser ele cidadão reconhecido legalmente como norte americano.

O Estado americano sustentou que a ordem não tinha por fundamento razões raciais, mas sim a exigibilidade de providências de emergência em virtude da guerra para proteção do interesse público. Além do que, tal medida evitaria que os japoneses fossem linchados pela população.

O relator Black entendeu que, em caso de guerra, era legítima a restrição de direitos fundamentais, por meio de medidas de exceção, para proteção do interesse público. Assim fundamentou o relator, ao entender pela prevalência dos interesses estatais/públicos sobre os direitos individuais:

It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can.

(...)In doing so, we are not unmindful of the hardships imposed by it upon a large group of American citizens. Cf. *Ex parte Kumezo Kawato*, 317 U.S. 69, 73, 63 S.Ct. 115, 117. But hardships are part of war, and war is an aggregation of hardships. All citizens alike, both in and out of uniform, feel the impact of war in greater or lesser measure. Citizenship has its responsibilities as well as its privileges, and in time of war the burden is always heavier. Compulsory [323 U.S. 214, 220] exclusion of large groups of citizens from their homes, except under circumstances of direst emergency and peril, is inconsistent with our basic governmental institutions. But when under conditions of modern warfare our shores are threatened by hostile forces, the power to protect must be commensurate with the threatened danger.

(...)It is said that we are dealing here with the case of imprisonment of a citizen in a concentration camp solely because of his ancestry, without evidence or inquiry concerning his loyalty and good disposition towards the United States. Our task would be simple, our duty clear, were this a case involving the imprisonment of a loyal citizen in a concentration camp because of racial prejudice. Regardless of the true nature of the assembly and relocation centers-and we deem it unjustifiable to call them concentration

camps with all the ugly connotations that term implies—we are dealing specifically with nothing but an exclusion order. To cast this case into outlines of racial prejudice, without reference to the real military dangers which were presented, merely confuses the issue. Korematsu was not excluded from the Military Area because of hostility to him or his race. He was excluded because we are at war with the Japanese Empire, because the properly constituted military authorities feared an invasion of our West Coast and felt constrained to take proper security measures, because they decided that the military urgency of the situation demanded that all citizens of Japanese ancestry be segregated from the West Coast temporarily, and finally, because Congress, reposing its confidence in this time of war in our military leaders—as inevitably it must—determined that they should have the power to do just this. There was evidence of disloyalty on the part of some, the military authorities considered that the need for [323 U.S. 214, 224] action was great, and time was short. We cannot—by availing ourselves of the calm perspective of hindsight—now say that at that time these actions were unjustified.

No Brasil, o estudo do direito administrativo é predominantemente pautado por esse prisma do custo benefício, da prevalência de determinados valores sobre outros, especialmente da suposta supremacia do interesse público sobre o privado, em que parece existir uma relação de precedência entre argumentos coletivistas/estatais sobre os direitos fundamentais dos cidadãos²³. Tal repreensível pré-compreensão, desautorizada constitucionalmente, em fazer creditar existir na Constituição uma suposta supremacia e hierarquia entre princípios fundamentais, notadamente, a prevalência do interesse público sobre o interesse privado, no mais das vezes acaba por incidir em menoscabo aos direitos e garantias fundamentais.

Não há se falar na existência de uma suposta supremacia dos interesses públicos sobre os privados, mesmo por que o constitucionalismo, sendo a expressão da racionalidade moderna, preocupada esta em garantir a liberdade individual frente aos desmandos do déspota e ao organicismo liberticida, em sua essência, é a expressão de freios e limites ao poder, seja qual for o lugar de onde emane.

Afirmar a prevalência do público sobre o privado é instrumentalizar os direitos civis, de matriz liberal, que ainda devem ser exaltados com as devidas moderações, notadamente no presente período de massificação estética e moral que desconsidera a pluralidade, complexidade e contingência do dado mundano, em favor de um coletivismo asfixiante, da tradição e da moral convencional.

O decisionismo judicial daí advindo, possui, outrossim, uma face talvez mais gravosa no que se refere a coarctar as opções existenciais dos cidadãos por meio da legitimação da observância cogente dos valores dos juizes. É o que se dá, por exemplo, quando se recorre a conceitos vagos, como o princípio da dignidade da pessoa humana, um parâmetro supostamente seguro para tomada de decisões.

Ora, no campo da liberdade sexual, tal princípio, por vezes, é utilizado de forma a não tolerar práticas tidas por repugnantes, anormais, que são contrárias à uma certa moralidade, no que se

traveste em instrumento de dominação do tradicionalismo da sociedade, consubstanciado no tal “bons costumes” recorrentemente utilizados pelos juizes²⁴.

A propósito do que assentado acima, veja a pertinente afirmação de Daniel Borrillo:

Se a proteção da liberdade sexual continua problemática é porque uma forma de moral (que não diz seu nome) **assume muitas vezes o lugar do direito. A noção de dignidade humana, utilizada para restringir a liberdade sexual, manifesta melhor que qualquer outra o imperativo moral transcendental que se impõe aos direitos subjetivos e às liberdades individuais.**

Além disso, a hesitação a invocar abertamente a proteção da moral tradicional faz recorrer a outros motivos socialmente mais aceitáveis, como a proteção dos fracos ou a dignidade das mulheres. Mas o resultado continua sendo o mesmo: suprimir a liberdade.²⁵ (grifo nosso)

Parece que a utilização de conceitos abstratos, como a dignidade da pessoa humana, no intuito de reforço da autoridade e do controle social, é, na atualidade, recurso precípua do direito, que, assim, sob a proteção de uma suposta legitimidade ético/moral, suprime o próprio direito com sua carga mandamental e vinculante. Em verdade, isto está a indicar um recalque antipositivista, desapercibendo-se algumas das vantagens éticas do positivismo.

Do que restou exposto, evidenciam-se alguns problemas de práticas jurisdicionais que, sob o pretexto de oxigenação moral do direito, terminam por asfixiar a autonomia dos cidadãos, ao permitir que o Poder Público validamente, substituindo-se na vontade das pessoas, decida de forma terminante, autoritária, sobre a legitimidade de questões afetas à reserva de liberdade constitucionalmente conferida aos cidadãos. As concepções morais dos julgadores, conforme alhures afirmado, ganham, assim, foro universal de validade, transformando os tribunais numa espécie de tutor dos cidadãos.

O caso dos fetos anencefálicos e o problema de práticas decisórias pautadas em “valores”

Uma situação fática vivenciada na atualidade que bem exprime o problema que perpassa a prática decisória do Poder Judiciário, no que diz respeito à consideração, sob um enfoque pluralístico e tolerante, das opções valorativas dos cidadãos, é o caso da possibilidade, ou não, da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54.

Eis o caso: A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou a supracitada ação, na qual sustenta que a antecipação do parto na hipótese de fetos anencefálicos não caracteriza o crime de aborto e que pretender sua proibição viola a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, à liberdade, e à autonomia da mulher. Por outras palavras, pretende-se declarar a legitimidade constitucional da antecipação do parto em determinada hipótese fática: a dos fetos anencefálicos, quando devidamente comprovada a anomalia e sendo esta a vontade da gestante.

A ação foi intentada com o propósito de unificar o entendimento a respeito de tal objeto temático em todo o país, vez que existem decisões contraditórias nas diversas unidades da federação, ora criminalizando, ora permitindo a prática. É relevante considerar que o Código Penal em seus 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II, proíbe a prática do aborto, salvo em hipóteses específicas²⁶.

Consiste a anencefalia (popularmente conhecida como “ausência de cérebro”), segundo o que consta na inicial da ação intentada²⁷, na “má-formação congênita pela qual o feto, por defeito de fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico”. Como consequência, “inexiste as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, entre outros”. Não há tratamento e nem possibilidade de reversão do quadro, o que torna certa a impossibilidade de vida extra-uterina, sem exceções.

O mérito da ação ainda não restou apreciado, sendo que a liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio no dia 01/07/2004, que permitira a antecipação terapêutica do parto e suspendera o curso dos processos não transitados em julgado, foi cassada, em parte, pelo plenário, em 20/10/2004, no tocante à possibilidade de antecipação do parto, tendo ainda o Tribunal, na mesma assentada, em face de questão de ordem suscitada pelo Procurador Geral da República, se manifestado tão-só pelo cabimento da referida ADPF.

Cuida-se de um caso de relevante interesse público, pois perpassa para sua compreensão o questionamento acerca dos limites dentro dos quais se pode exercer a autodeterminação individual em face da coletividade e do Estado. Dito de outro modo, até que ponto os cidadãos, de forma autônoma, podem empreender ações/abstenções que sejam destoantes dos valores intersubjetivamente compartilhados por eventual maioria em uma determinada sociedade? E qual a posição que o Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal (STF), na proteção da esfera de intimidade/privacidade a todos os cidadãos constitucionalmente reconhecida e garantida, deve, ou não, adotar para que profira uma decisão não autoritária?

Se aceitarmos o fato de que vivemos em uma sociedade democrática e plural, onde todos os cidadãos devem ser considerados com igual respeito, capazes, pois, de se manifestarem e decidirem livremente sobre assuntos de foro privado que exclusivamente lhes digam respeito, é razoável rechaçar comportamentos, estatais ou não, que impeçam o exercício autônomo de tomada de decisões dos cidadãos.

A autonomia da mulher, no caso, sobre os rumos de sua vida, põe-se de modo veemente em questão, porquanto obrigá-la a levar a cabo uma gravidez em que a morte é um resultado certo para enquadrá-la no âmbito de uma espécie moral que eventualmente não compartilha é no mínimo algo intolerante numa sociedade que se quer democrática, além de se constituir em algo parecido com uma tortura, um sofrimento, infligido a ela por motivos incompreensíveis do seu ponto de vista.

O fato é que desde a Constituição de 1891, ao menos em tese, o Estado brasileiro é laico, o que implica dizer que a fé é assunto de ordem eminentemente privado, não carecendo, pois, o

Poder Público de legitimidade para intervir em tal esfera. Aliás, o pluralismo, a liberdade de consciência religiosa e a laicidade do Estado foram expressamente reconhecidos na ordem constitucional vigente, respectivamente nos artigos 1º, inciso IV, 5º, inciso VI e artigo 19, inciso I, sendo, assim, vedado ao Estado a adoção de uma postura que não seja neutra em relação à religião.

O poder exercido pelo Estado sobre a esfera pública e privada deve basear-se em razões públicas, que são aquelas em que para aderência dos cidadãos não importa tal ou qual convicção religiosa, metafísica ou autoritária²⁸. O exercício das prerrogativas conferidas ao Poder Público, mediante leis, ante a laicidade do Estado, constitucionalmente assegurada, não pode coexistir com fundamento em argumentos sagrados, metafísicos e autoritários, vez que deve o Estado manter uma postura desapaixonada e imparcial em relação à multiplicidade de concepções morais e religiosas que os cidadãos podem, ou não, adotar.

Fundamentar, assim, a decisão a ser proferida, no caso específico dos fetos anencefálicos, em razões que não sejam públicas coarcta a capacidade de exercício de deliberação pública e autônoma dos cidadãos que não reconhecem tais razões e muito menos são obrigados a assim proceder. Elide, outrossim, a exigência de reconhecimento do outro como um agente livre e igual para decidir questões de foro íntimo, visto que nega autoritariamente os argumentos e opções existenciais de outrem.

Na espécie, decidir ao influxo de argumentos recorrentes a valores carece de legitimidade, pois são estes contingentes, específicos e preferidos, com mais ou menos intensidade, por cada cidadão individualmente considerado numa determinada espacialidade histórico temporal, não havendo meios para fixar o que é ou deixa de ser correto. Nesta seara, decisões judiciais que assim procedam não possuem requisitos estáveis de verificação de seu eventual acerto, traduzindo, em verdade, a vontade política e a opção moral dos julgadores, o que é de todo censurável num país que presume-se, com a Constituição de 1988, tenha rompido com o legado autoritário correntemente vivenciado em períodos anteriores.

Compreender a Constituição como ordem de valores a ela pressuposta é atitude desenganadamente autoritária, pois a referência a valores suprime o caráter obrigatório do Direito, desconsiderando, ainda, a pluralidade, contingência e complexidade do mundo, vez que

(...) é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desses valores, pois só haveria democracia, desse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política compartilham de um modo comunitarista os mesmos supostos axiológicos, os mesmos interesses, uma mesma concepção de vida e de mundo.²⁹

Ao Estado não é lícito se arrogar a prerrogativa de substituir-se na vontade dos cidadãos, com vistas a impor-lhes o que é bom ou ruim, se tal ou qual valor é preferível ou não. Não admitir isto é desconsiderar a diferença e a pluralidade existentes entre os cidadãos, por outras palavras, a idéia de um compromisso entre os cidadãos com base em postulados éticos/substantivos, como já afirmado, se mostra problemática num contexto em que as

peças divergem entre si a respeito de concepção de vida digna e práticas morais. De certo modo, conferir ao Poder Público tal prerrogativa, em verdade arbitrariedade, é fomentar a intolerância entre os cidadãos.

Não há, pois, como sustentar uma decisão baseada em teorias do “espírito”, enfim, da “alma”. Um sem número de cidadãos não aderem a tais teorias e, reitera-se, não são obrigados a tanto. Se os julgadores comungam de tais razões o problema é eminentemente privado, mas a partir do momento em que queiram generalizar suas opções existenciais sob o fundamento de uma suposta ordem valorativa presente na Constituição trata-se de uma vocação autoritária e liberticida que desconhece os direitos fundamentais enquanto exigências deontológicas de justificação³⁰.

O problema moral que subjaz às decisões acerca do que fazer em caso de fetos anencefálicos, isto é, a importância da vida, parece se aproximar do que perpassa na hipótese do aborto, se bem que neste caso há a possibilidade de vida extra-uterina, vez que o cérebro se desenvolve no feto, enquanto que os anencéfalos, ao menos tecnicamente, podem ser considerados mortos. Isto porque o feto anencefálico se equipara a uma pessoa com morte cerebral, estado este impossível de ser alterado, o que inclusive, conforme dispõe a Lei 9.434/97, dá ensejo ao transplante de órgãos.

O fato de a Constituição e o Código Civil tutelarem a vida não pode ser confundido com a proteção a determinada e específica concepção individual ou coletiva sobre o que venha a ser a vida digna. Não há possibilidade, em absoluto, de coexistência entre a vida e a morte. E, segundo a técnica, tanto a morte cerebral quanto a “ausência de cérebro” são estados em que não há plausibilidade da existência de vida, decorrendo daí a legitimidade, sob um enfoque dogmático, da antecipação de parto de fetos anencéfalos.

Mas mesmo aqueles que sustentam a existência, ainda que efêmera, de vida nos fetos anencefálicos não têm motivos razoáveis para querer impor suas convicções a outrem por se tratar de um problema eminentemente moral como a seguir será demonstrado com esteio na posição de Ronald Dworkin^{31 32}.

Neste caso, o que está em jogo é a inviolabilidade da vida, o caráter sagrado de que se lhe reveste, pois, a despeito das divisões religiosas e morais numa determinada comunidade/sociedade, há um relativo consenso no tocante à necessidade de proteção da vida, em razão de um valor, talvez, intrínseco desta.

Em verdade, parece que se pode atribuir tal sacralidade em função de dois aspectos. O primeiro, consubstanciado na posição que comumente se identifica como “conservadora”, remete à censura a atos humanos que tendam a destruir, desperdiçar ou impedir o desenvolvimento da vida. Sustentam que tais atos configuram uma afronta à criação divina, aos desígnios de Deus, eis que, à espécie humana, não seria dada a liberalidade de desfazer o que o criador supremo fez, isto é, seria vedado, aos humanos, por a perder um “investimento da natureza/biológico”.

O segundo aspecto, identificado com aqueles rotulados de “liberais”, radica na importância que se atribui ao investimento humano na inviolabilidade da vida, ou seja, para eles, tanto maior será a “frustração”, quando da perda de uma vida humana, se a esta concorrerem maciços investimentos realizados por outrem e/ou pela própria pessoa. Segundo Dworkin “as ambições e expectativas que ela [a pessoa] teve, seus planos e projetos, o amor, os interesses e o envolvimento emocional que criou para si e com os outros, e que estes criaram para ela e com ela”³³, são materializações, não exaustivas, do que venha a ser o investimento humano.

O embate, pois, parece se dar entre a maior ou menor importância moral atribuída ao “investimento natural/biológico” ou ao “investimento humano”, pois aparentemente há um consenso entre “liberais” e “conservadores” quanto ao caráter lamentável e frustrante do fim de uma vida humana. Nas palavras de Dworkin:

Se alguém acredita que o investimento natural em uma vida humana é algo de importância transcendental, que em si mesmo o dom da vida é infinitamente mais significativo do que qualquer coisa que a pessoa de cuja vida se trata possa fazer por si mesma, por mais importante que tal coisa possa ser, acreditará também que uma morte deliberada e prematura é a maior frustração de vida possível, por mais limitada, medíocre ou malsucedida que viesse a ser a continuação de tal vida. Por outro lado, se alguém atribui uma importância relativa muito maior à contribuição humana ao valor criativo da vida, irá considerar a frustração dessa contribuição como um mal muito maior, razão pela qual encontrará mais sentido da decisão que a vida deve terminar antes que um novo e significativo investimento humano se veja condenado à frustração.

³⁴

Se a questão que permeia o debate acerca da vida humana é essencialmente moral e religioso, dado que a ordem normativa constitucional tem como fundamento a pluralidade, bem como eleva à categoria de direito fundamental a liberdade de crença, podemos afirmar que a possibilidade, ou não, de praticar o aborto de fetos anencéfalos, considerando, assim, que neles haja vida humana, o que é improvável, é um problema eminentemente de responsabilidade individual, que não deve, de forma alguma, ser suprimido, coarctado, por uma posição pessoal de um determinado juiz ou em função da coletividade.

A censura moral ao aborto é uma posição tão válida quanto aquela que, ao fundamento da liberdade feminina, pugna pela permissão da prática. Ao Poder Público, como alhures afirmado, não é dado, sob pena de ilegitimidade, utilizar sua autoridade para acolher esta ou aquela prática moral em detrimento de outras possíveis, que devem ser consideradas também com igual respeito e consideração.

Aliás, outra não é a posição de Dworkin para quem ao Estado cabe tão-só estimular a responsabilidade dos cidadãos quanto as relevantes questões morais relativas a vida e a morte humana, sendo-lhe vedado, sob tal pretexto, coagi-los no sentido de impor como e por que a vida é sagrada³⁵, vez que

(...) a questão constitucional em jogo consiste em saber se um Estado pode impor a toda coletividade uma interpretação oficial do valor inerente da vida. Seria intolerável que um estado exigisse um aborto para impedir o nascimento de uma criança deformada. Nos Estados Unidos, ninguém duvida de que tal exigência seria inconstitucional. Contudo, a razão disso se aplica exatamente com a mesma força na direção contrária, pois nega a uma mulher grávida o direito de decidir por si mesma o que a santidade da vida exija que ela faça de sua própria gravidez. Um estado insulta com igual violência a dignidade de uma mulher grávida quando a força a fazer a escolha oposta. O fato de tal escolha sr aprovada por uma maioria não configura uma justificação melhor nem em um caso nem no outro.³⁶

Importa, enfim, diferenciar duas situações. Se, tecnicamente, considerar-se que o feto anencéfalo não porta vida humana, o que legalmente não é desarrazoado, porquanto a morte cerebral quando configurada autoriza a retirada de órgãos para doação, não há motivos para que o Estado impeça a mulher de exercer a liberdade sobre a disposição de seu corpo e vida. Em caso contrário, estar-se-ia outorgando uma proteção a algo inumano, sem vida, em detrimento das mulheres, perpetuando, então, as diferenças de gênero e dando foro de validade universal a uma concepção moral específica.

Por outro lado, a entender que exista vida humana nos fetos anencefálicos também se mostra inconstitucional a pretensão do Poder Público em impedir que as mulheres, autonomamente, decidam sobre a possibilidade, ou não, de praticar o aborto, visto que, conforme explicado alhures, a questão envolve visões morais específicas que devem ser consideradas com igual respeito e proteção pelo Estado, carecendo este de legitimidade para coagir as cidadãs a adotar uma determinada opção.

Conclui-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal tenderá ao autoritarismo se suprimir a possibilidade da mulher de forma autônoma decidir as diretrizes e rumos de sua vida. Quando muito, em atenção ao postulado da separação de poderes, poderá o Tribunal suscitar a necessidade de estabelecimento pelo Poder Executivo ou Legislativo de medidas que induzam os cidadãos à tomada de consciência acerca das responsabilidades individuais que a prática do aborto/antecipação terapêutica de parto acarretam. Jamais, porém, o Tribunal poderá, sob o ângulo constitucional, coagir as mulheres, substituindo-se na vontade delas, e lhes impedindo de decidirem por si só.

Fundamentar, pois, a decisão em tal ou qual valor, numa objetiva ordem valorativa que supostamente permearia a Constituição, é no mínimo suspeito, pois tenderá a desconsiderar o caráter deontológico de justificação dos direitos fundamentais em função de interesses estatais e coletivistas, bem como, certamente, sob a justificativa de oxigenação moral do direito, servirá de instrumento para que os juizes imponham sua visão moral específica aos cidadãos, ao invés de concretizarem os enunciados normativos constitucionais.

Abstract: The scope of this article is the scope of the Judiciary Power performance. In other words, how judges in their daily practice, inside of their legal sphere of private freedom, make decisions related to personal and private subjects, using as paradigm the case of the anencefalic embryos.

Keywords: Judiciary, Law interpretation, Positivism, Jusnaturalism, sentences, conflict between principles

Notas explicativas

(1) Cabe consignar, neste passo, sem maiores detalhes, dado o restrito objeto do presente trabalho, a plausível possibilidade de questionamento da pretensão de também se universalizar os próprios pressupostos procedimentais da ética discursiva habermasiana, o que levantaria dúvidas acerca da própria concreticidade do processo de formação discursiva da vontade e da opinião, uma vez que não existem fundados motivos, no plano empírico, para pressupor que as pessoas, indistintamente, possuam uma predisposição comunicativa apta a transformá-las em sujeitos falantes que almejam alcançar consensos.

(2) ALEXY, 1997, p. 13

(3) Conquanto façamos referência apenas às críticas dirigidas a corrente não positivista, por óbvio, poderíamos ressaltar uma série de problemas quanto ao vestuto positivismo, porém esta não é a questão a ser tratada.

(4) Ainda que num outro contexto, o da política brasileira, não deixa de ser interessante a assertiva de ABREU, Luiz Eduardo. **As palavras e a sua concretude:** linguagem, troca e política no Congresso Nacional. [S.l.: s.n.], para o qual há uma "separação ontogênica" entre as palavras e as coisas que a política celebra, eis que as palavras, neste contexto, não descreveriam a realidade, pelo contrário, a esconderiam. O "segredo", ainda segundo ABREU, é inerente à linguagem na política brasileira, sendo os usos e significados desta variáveis conforme o contexto.

Num outro sentido, ainda, é possível colher as lições do professor ADEODATO (2001: p.288/293), segundo o qual haveria uma certa incomunicabilidade ["abismo gnoseológico"], num sentido objetivo, das idéias, vez que, tal qual a percepção dos eventos e fatos do dado mundano, estariam elas [as idéias], por sua vez, sujeitas à seleção contingencial e à variabilidade espaço/tempo/sujeito.

(5) Nada obstante a proximidade de quem escreve estas linhas com certas características da abordagem positivista, há de ser ressaltado, ainda que incipientemente, a existência de consistentes trabalhos que afirmam a superação do paradigma da racionalidade das ciências axiologicamente neutras. Nesse sentido, as normas ético/valorativas não estariam confinadas na dimensão da irracionalidade, dos assuntos privados, insuscetíveis, pois, de averiguação racional, mas sim, segundo determinado projeto ético cognitivista, passíveis de "fundamentação em princípios gerais e abstratos, de caráter secular, e que em tese não postula qualquer diferença categorial entre o conhecimento dos fatos do mundo físico e os do mundo moral." A propósito v. MAIA, Antônio Cavalcanti. Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia. In. TORRES, Ricardo Lobo et al. (Org.). **Arquivos de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 2.

(6) CITTADINO, Gisele. **Pluralismo direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. p. 170.

(7) HABERMAS, 2003, p. 316-317

(8) O pluralismo, uma das conseqüências dos sucessivos descentramentos que marcaram a passagem da era organicista e totalizante pré-moderna para a modernidade enaltecida do indivíduo como "centro subjetivo (de orientação) da ação ética (e política)", é o "reconhecimento de que não há um projeto único sobre o que seja a vida boa nas sociedades modernas, e que, portanto, é preciso que haja espaço para realização dos vários planos antinômicos de ação e projetos de vida divergentes na própria sociedade". GAIUPPO, Marcelo Campos. **Democracia e tolerância**. Disponível em <<http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/index.htm>>. Acesso em: 04 abr. 2006.

(9) Ainda assim, a respeito da dificuldade, senão impossibilidade, de um conhecimento objetivo e universal acerca do mundo ver ADEODATO, 2002, p. 288-293. O pensamento e as idéias derivam de processos de generalização em relação ao dado mundano (os eventos e fatos reais), que é irreduzível e individual. Queira ou não, o que há é um processo de seleção, dentre inúmeras possibilidades, de particularidades e especificidades dos fatos e eventos concretos, em determinado espaço e tempo histórico, de acordo com a preferência, intencional ou não, e portanto variável, de sujeitos historicamente situados. Daí ser crítico afirmar a objetividade do conhecimento humano, eis que esse é obtido a partir de seleções e preferências contingências, sujeitas à variabilidade de tempo, de espaço e de opções individuais.

(10) O transplante acrítico de representações e instituições estrangeiras a uma outra sociedade com dinâmica e padrões de referencialidade próprios, consubstanciado na célebre expressão "somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra", há muito já havia sido percebido por HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 31. É sintomático que tal prática ainda persista, devendo nos questionar quais seriam as relações de força/interesse que a ela subjaz.

(11) A propósito da confusão entre princípios e valores, em passagem cristalina, o jurista alemão Robert Alexy (ALEXY, 2002 p. 138) afirma: "Es fácil reconecer que los principios e los valores están, estrechamente vinculados entre si en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede tambien hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por outra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente em la realización gradual de los valores".

Ainda assim, Segundo CANARIS, Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 86 e 87, os princípios situar-se-iam, em termos de fluidez, entre os valores e as regras jurídicas, porquanto "excedem os valores, em termos de concretização, por já delinearem indicações sobre as suas conseqüências jurídicas, mas ainda não alcançam o grau de densidade normativa das regras, pois não têm delimitada com precisão necessária as respectivas hipóteses de incidência e conseqüências jurídicas."

(12) Parte-se aqui de uma compreensão dos princípios sob o ângulo do movimento nominado Neopositivista, no qual os princípios são tidos como categoria normativa concretizadora de determinados valores e que por serem normas, quais as regras jurídicas, possuem força normativa, portanto, eficácia jurídica. Para Dworkin as normas jurídicas são subdivididas em duas espécies, quais sejam, os princípios e as regras, ambos são mandamentos cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação, veja-se, a propósito, HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 258. As regras, em caso de conflitos, à diferença do que ocorre com os princípios,

são comandos disjuntivos, entendidos sob a ótica de validade, aplicáveis sob a fórmula do "tudo ou nada", enquanto que para solução da concorrência entre princípios, por conterem estes uma dimensão de peso, deve-se assentar uma "ordem transitiva" (Ibidem, p.259), sem que, com isso, aquele princípio que deixou de ser aplicado perca sua validade.

(13) O princípio da proporcionalidade é dividido em três sub-espécies, quais sejam, o princípio da adequação (pertinência), da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Segundo BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 360 e 361, na primeira sub-espécie examina-se a adequação, ou seja, a pertinência na utilização de certo meio para consecução de uma finalidade. Na segunda, avalia-se se o meio utilizado é o menos gravoso para o alcance da finalidade perseguida, isto é, entre duas medidas, a necessária é aquela que menos dano acarretará aos direitos fundamentais. Por último, na proporcionalidade em sentido estrito, a análise circunscreve-se em saber se o resultado obtido supera as conseqüências gravosas por ventura ocorridas. Acerca do princípio da proporcionalidade e seus três elementos, ver ainda ALEXY, 2002, p. 111 – 115.

(14) Diante da estrutura aberta e flexível e da amplitude do campo de incidência dos princípios é problemática e não raras vezes árdua a tarefa de demarcação dos limites imanentes dos princípios, isto é, de estabelecimento das fronteiras normativas entre os princípios. Neste sentido, SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Deste modo, os critérios tradicionais de superação das antinomias entre normas jurídicas propostos por BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, quais sejam, o hierárquico, o cronológico e o da especialidade, são insuficientes para tal tarefa.

(15) Neste sentido, é o ensinamento de Alexy para o qual:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas e reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (ALEXY, 2002, p. 86)

(16) Sobre o caráter mandamental dos princípios fundamentais, HABERMAS, 2003, p. 316-317 e 322 assevera que operam sob um código binário de validade, sob a lógica do lícito/ilícito, expressando o que é, ou deixa de ser, correto a todos, sendo, assim, vinculantes e não bens especialmente preferidos. Daí, para o referido autor, a impossibilidade, pena de incorrer em autoritarismo, da emissão de juízos, por parte dos tribunais, que ponderem objetivos, valores e bens coletivos, uma vez que possuem estes um sentido de justificação teleológica e, portanto, não há falar em referenciais estáveis para verificar a correção de tais juízos.

(17) Afigura-se-nos mais crível afirmar, consoante ADEODATO, 2002, p. 213, inexistir um conceito material pré-fixado de justiça, pelo que às pessoas pesaria o ônus de fundamentar, sob o imperativo das exigências de uma sistema democrático - participação universal, sem coerções, de forma igualitária, de todos os possíveis afetados pela norma fixada - o porque da escolha de determinado sistema valorativo em detrimento de outros tantos possíveis para nortear o sistema positivo de normas criado.

(18) OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro**: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social. Disponível em:<
<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 22 set. 2005.

(19) Interessante ressaltar que o dissenso é pressuposto ineliminável da própria noção que aqui se tem de democracia. A propósito, a presunção de igualdade entre os cidadãos, indispensável ao próprio funcionamento da democracia, não reside na constatação de que todas as pessoas são boas, infalíveis, possuem as mesmas ambições, paixões e interesses. O que ocorre é justamente o contrário, isto é, a multiplicidade, a diversidade, são dados irrefutáveis do mundo contemporâneo, pelo que não existem critérios, razoáveis, não arbitrários, que possam medir o mérito e/ou o demérito das pessoas. Daí o porque do estabelecimento da presunção de igualdade entre as pessoas. Neste sentido é a lição de Gustavo Zagrebelsky, para o qual, na "democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas supostas qualidades sobre-humanas como a onipotência e a infalibilidade. Depende, a contrário [sic], de fator exatamente oposto, a saber: do fato de se assumir que todos os homens e o povo em seu conjunto são limitados e falíveis. (...) A democracia em geral, e particularmente a democracia crítica, baseia-se [sic] em um fator essencial, em que os méritos e os defeitos de um são também de todos. (...) Portanto, se todos são iguais nos vícios e nas virtudes políticas, ou – o que é a mesma coisa – se não existe nenhum critério geralmente aceito através [sic] do qual possam ser estabelecidas hierarquias de mérito e demérito, não teremos outra possibilidade senão atribuir a autoridade a todos em seu conjunto" Excerto retirado do voto do Min. Gilmar Mendes no RESPE 24739, da relatoria do Min. Francisco Peçanha Martins, 28/10/2004.

(20) Após os ataques de 11 de setembro, o núcleo de legitimidade e conformação dos Estados deixou de ser os direitos fundamentais, o culto e respeito à liberdade humana, passando, ao revés, a escorar-se na manutenção, em caráter preventivo, da segurança e da ordem. A pretexto disso, as liberdades fundamentais dos cidadãos estão sendo suprimidas, no que parece ser uma tendência expressiva e preocupante no contexto internacional, mormente naquele país baluarte das garantias individuais contra o agir desatado, desabrido e arbitrário do Estado, os EUA. Seguramente, num contexto de normalização do Estado de Exceção, a argumentação jurisdicional pautada em valores/interesses fatalmente tenderá a desconsiderar os direitos fundamentais sob seu aspecto vinculante, obrigatório e mandamental. Neste caso, na ponderação de bens especialmente preferidos, por não haver parâmetros estáveis para a decisão jurisdicional, além do ambiente refratário a asserção da liberdade, originado de um sentimento difuso e constante de insegurança, o valor "segurança nacional e ordem" "prevalecerá" sobre o "valor" "liberdade".

(21) CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 241 - 242.

(22) Idem, ibidem.

(23) A propósito, confira, entre outros, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 69 ss.

(24) Os "bons costumes" constituem-se em fonte subsidiária do direito em casos tais onde haja necessidade de integração de lacuna legislativa, dado que ao judiciário é proibido o "*non linquet*", isto é, não podem os juizes se eximir de julgar as demandas postas ao fundamento da

inexistência de regramento legal. Esta a disposição contida no artigo 4 da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

(25) BORRILLO, Daniel. Um direito perverso. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 22 abr. 2005.

(26) Eis a redação dos referidos enunciados normativos:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

(27) A petição inicial está disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal:

<<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Peticao/Frame.asp?classe=ADPF&processo=54&remonta=2&primeira=1&ct=23>>. Acesso em: 19 ago. 2005.

(28) Memorial da ADPF 54, de autoria do professor Luis Roberto Barroso, disponível em:

<http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/index.htm>. Ainda assim, SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. Disponível em:<

http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=668>

(29) OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni De. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro**: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social. Disponível em:<

<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 22 set. 2005.

(30) Não aderimos, em absoluto, ao que respeitosamente afirmado pelo eminente Ministro Cezar Peluso, na sessão plenária do dia 20/10/2004, na qual reverberou sua excelência, para fundamentar seu voto no sentido da cassação da liminar: "*O sofrimento não degrada a dignidade humana. É, ao contrário, essencial.*" A necessidade de sofrimento moral e físico como forma de redenção, de expiação dos pecados do ser humano é exigência de nítida procedência religiosa, que, alçada à categoria normativa, transgride, a um só tempo, o pluralismo, a liberdade de consciência religiosa e a laicidade do Estado reconhecidos e garantidos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso IV, 5º, inciso VI e artigo 19, inciso I, da Constituição brasileira. Curiosamente, tal afirmação do excelentíssimo Ministro nos faz recordar de passagem de célebre obra de Dostoiévski, na qual a personagem, em meio à tensão sufocante em que está mergulhada, após o cometimento do homicídio, e justificando a aflição, expiação, necessária que se abate sobre a consciência do sujeito criminoso, diz: "O sofrimento e a dor são sempre obrigatórios para uma consciência ampla e um coração profundo. Os homens verdadeiramente grandes, a meu ver, devem experimentar uma grande tristeza no mundo". O interessante é que, na espécie, a mulher gestante não é criminosa e, no mais das vezes, não possui a pretensão do personagem romanesco de se enquadrar na categoria dos humanos "extraordinários".

(31) DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção Justiça e Direito).

(32) Frisamos que a expressão "antecipação terapêutica do parto" de fetos anencéfalos pressupõe a inexistência de vida humana a ser protegida, enquanto a palavra "aborto", pressupõe a existência de vida humana nos anencéfalos.

(33) DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.121 (Coleção Justiça e Direito).

(34) Ibidem, p. 126.

(35) DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.211 - 213 (Coleção Justiça e Direito).

(36) Ibidem, p.223.

Referências

ABREU, Luiz Eduardo. **As palavras e a sua concretude**: linguagem, troca e política no Congresso Nacional. [s.l: s.n.], [2002?].

ADEODATO, João Maurício. O Brasil pós-1988: jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: SCAFF, Fernando Facury. (Org.). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Ética retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. Bercelesona: [s.n.], 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORRILLO, Daniel. Um direito perverso. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 22 abr. 2005.

CANARIS, Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro** (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social). Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 22 set 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Coleção Justiça e Direito.

GAIUPPO, Marcelo Campos. **Democracia e tolerância**. Disponível em: <<http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/index.htm>>. Acesso em: 04 abr 2006.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. i.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia. In: TORRES, Ricardo Lobo et al. (Org.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____ **Legalização do aborto e Constituição**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=668.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il Crucifige e la democrazia**. Apud: Voto do Min. Gilmar Mendes no RESPE 24739, da relatoria do Min. Francisco Peçanha Martins, 28/10/2004.

Revista Jurídica

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm

Artigo recebido em 28/08/2006 e aceito para publicação em 30/09/2006

A Revista Jurídica destina-se à divulgação de estudos e trabalhos jurídicos abrangendo todas as áreas do Direito.

Os originais serão submetidos à avaliação dos especialistas, profissionais com reconhecida experiência nos temas tratados. Todos os artigos serão acompanhados de uma autorização expressa do autor, enviada pelo correio eletrônico, juntamente com o texto original.