

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO  
MESTRADO

**VIDA, ANENCEFALIA FETAL E ARGUMENTAÇÃO  
JUDICIAL: FUNDAMENTOS PARA A LEGITIMIDADE  
DISCURSIVA DA ADPF Nº 54-8/DF**

**- Contribuições de Hannah Arendt e de Jürgen Habermas para a  
diferenciação do discurso judicial -**

**Mestranda:** Silvia Regina Pontes Lopes  
**Orientador:** Miroslav Mílovic

Brasília, Janeiro de 2007.

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO  
MESTRADO

**Título:** Vida, Anencefalia Fetal e Argumentação Judicial: Fundamentos para a Legitimidade Discursiva da ADPF nº 54-8/DF

**Subtítulo:** Contribuições de Hannah Arendt e de Jürgen Habermas para a diferenciação do discurso judicial.

**Mestranda:** Silvia Regina Pontes Lopes

**Orientador:** Miroslav Mílovic

**Matrícula:** 0556581

Brasília, Janeiro de 2007.

*Para minha mãe, Sandra Maria Maciel  
Pontes, com amor e gratidão pelo entusiasmo  
e apoio constantes.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a **Deus**, que se deu a conhecer por **Jesus Cristo**, pela tranqüilidade de espírito a mim conferida para a conclusão deste trabalho.

À minha **família**, em especial ao meu pai **Severino Lopes da Silva Filho** e aos meus irmãos **Simone Raquel Pontes Lopes**, **Ana Cecília Simões Lopes** e **Sílvio David Simões Lopes**, pelo amor, pelo suporte e pela torcida para meu sucesso.

À **Igreja Apostólica Fonte da Vida**, minha família aqui em Brasília, pelo essencial apoio a mais este projeto de vida.

Ao Professor **Miroslav Mílovic**, meu estimado orientador, pelas valiosas e instigantes lições e pela paciência e atenção com que me auxiliou a enfrentar minha insipiência filosófica.

Ao Professor **Menelick de Carvalho Netto**, por ter, através de suas preciosas lições ministradas em sala de aula e nas reuniões do **Grupo de Pesquisa “Sociedade, Tempo e Direito”**, tornado a Filosofia do Direito tão viva para mim.

Ao Professor **João Maurício Adeodato**, eterno mestre, pelas inesquecíveis lições ministradas desde a Faculdade de Direito do Recife e por ter-me introduzido ao fascinante mundo da pesquisa científica, inspirando-me até hoje.

Aos **meus colegas de Mestrado** pela prontidão em ajudar-me nos momentos de dificuldade.

Aos servidores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, em especial à **Lia** e à **Helena**, pelo apoio e atenção que me foram conferidos ao longo deste Mestrado.

“Então, retirando-se os fariseus, consultaram entre si como o surpreenderiam em alguma palavra.

E enviaram-lhe discípulos, juntamente com os herodianos, para dizer-lhes: ‘Mestre, sabemos que és verdadeiro e que ensinas o caminho de Deus, de acordo com a verdade, sem te importares com quem quer que seja, porque não olhas a aparência dos homens. Dize-nos, pois: que te parece? É lícito pagar tributo a César ou não?’

Jesus, porém, conhecendo-lhes a malícia, respondeu: ‘Por que me experimentais, hipócritas? Mostrai a moeda do tributo.’

Trouxeram-lhe um denário. E ele lhes perguntou: ‘De quem é esta efígie e inscrição?’ Responderam: ‘De César.’

Então, lhes disse: ‘Dai, pois, a César o que é de César e a Deus o que é de Deus.’”

-Mateus 22:15-21

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b>	1
<b>Capítulo I- Pluralidade e discurso público em Hannah Arendt</b>	8
1. Notas biográficas	8
2. A condição do homem moderno	9
3. Pensando a liberdade política com e contra Aristóteles	21
4. <i>Vita contemplativa</i> : a importância política do pensamento, do julgamento e da vontade	25
5. Moralidade e política no pensamento de Hannah Arendt: por uma ética da solidariedade	36
6. O espírito revolucionário, o sistema de conselhos e a busca pelo tesouro perdido	43
<b>Capítulo II- A racionalidade comunicativa e o discurso judicial em Jürgen Habermas</b>	
1. Notas biográficas	56
2. O resgate da razão em Jürgen Habermas: da racionalidade prática à racionalidade comunicativa	57
3. Teoria social habermasiana	65
4. A “descoberta” da tensão entre facticidade e validade e suas implicações para a legitimidade do Direito moderno	75
5. Teoria do Estado e da Democracia no paradigma do discurso	81
6. Relação entre Direito e Moral: evolução do pensamento habermasiano	87
7. Discursividade e Jurisdição: teoria da argumentação judicial em Jürgen Habermas	94
<b>Capítulo III- O problema da legitimidade do discurso judicial e a questão da interrupção da gravidez de feto anencéfalo no Brasil</b>	113
1. A cisão moderna entre justiça e bondade e a complexidade do mundo da vida	113
2. A reconstrução da identidade constitucional à luz da racionalidade discursiva habermasiana e da ética da solidariedade arendtiana	121
3. Hannah Arendt e a jurisprudência comunitarista do Supremo Tribunal Federal: por um discurso judicial solidário na ADPF nº 54-8/DF	133
3.1. Das condições éticas para o desenvolvimento de um discurso legítimo na ADPF 54-8/DF a partir do pensamento político arendtiano	133
3.2. O sentido dogmático da conduta abortiva: por uma reconstrução aberta e solidária da identidade do sujeito constitucional	140
4. Aborto por anencefalia e teoria do discurso a partir da racionalidade comunicativa de Jürgen Habermas	151
4.1. Aborto por anencefalia: entre a razão prática e a racionalidade comunicativa	151
4.2. O capítulo seguinte	154

<b>Conclusão</b>	164
<b>Bibliografia</b>	168
<b>Anexo I – Petição Inicial da ADPF nº 54-8/DF</b>	178
<b>Anexo II – Voto do Ministro Marco Aurélio (Liminar)</b>	200
<b>Anexo III - Parecer da Procuradoria-Geral da República</b>	206



## INTRODUÇÃO

A discussão acerca da licitude da interrupção de gravidez por anencefalia fetal está prestes a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Afigurando-se questão comum à ética, à moral, à religião à ciência e ao Direito, o chamado “aborto de feto anencéfalo” mostra-se tema envolto em acirradas divergências, engendrando, na esfera jurídica, um profundo debate acerca da extensão de proteção da vida e da dignidade da pessoa humana pelo Direito. A anencefalia fetal caracteriza-se pela má-formação congênita do feto decorrente de defeito no fechamento do tubo neural durante a gestação, de sorte que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico<sup>1</sup>. Nesse sentido, a autorização jurídica da interrupção de gravidez de feto anencéfalo vem sendo alvo de fortes divergências doutrinárias e jurisprudenciais. A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF submeteu a nossa Corte Constitucional drama enfrentado por inúmeras gestantes no Brasil, para quem a expectativa do nascimento de uma nova vida confronta-se com a inviabilidade extra-uterina do feto. Aqui, à dor de uma gravidez considerada infrutífera pela ciência mesclam-se inúmeros debates das mais diversas ordens acerca da polêmica questão do início da vida. A preocupação com a legitimidade democrática do discurso empreendido na ADPF nº 54-8/DF reporta-se a um esforço de afirmação de diferenciação do Direito de outras instâncias normativas.

O acirrado embate intelectual em torno da natureza do feto humano depara-se com pessoas comuns, como Tatielle<sup>2</sup> e Severina<sup>3</sup>, gestantes de fetos biologicamente inviáveis, que, em nome da vida, viram-se, por decisão judicial, impedidas de

---

<sup>1</sup> Cf. BEHRMAN, Richard E.; KLIEGMAN, Robert M.; JENSON, Hal B. **Nelson - Tratado de Pediatria**. São Paulo: Ed. Guanabara Koogan, 2002, p. 1777.

<sup>2</sup> Caso relatado no documentário “*Habeas Corpus*”, dirigido por Débora Diniz e Ramon Navarro, e produzido por “Imagens Livres”, que acompanha a trajetória de Tatielle, uma garota de 19 anos natural de Morrinhos, interior de Goiás, que, grávida de 5 meses de um feto que não sobreviveria ao parto, por ter todos os seus órgãos da cavidade abdominal expostos, viu-se impedida de interromper sua gestação por um *habeas corpus* impetrado pelo Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz, presidente da entidade católica “Pró-Vida” de Anápolis.

<sup>3</sup> Caso relatado no documentário “Uma História Severina”, dirigido por Débora Diniz e Eliane Brum, e realizada pela produtora “Imagens Livres”. Trata-se de experiência vivida por Severina, que se viu impedida de interromper gestação de feto anencéfalo por decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que revogou autorização liminar concedida, em sede da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF, pelo Ministro Marco Aurélio, para a realização de antecipação de parto nas hipóteses de anencefalia.

“abreviarem seu sofrimento”<sup>4</sup>. A indignação e o desabafo do esposo da Tatielle, em face da concessão de *habeas corpus* impetrado por padre desconhecido da família, traduzem, com simplicidade e precisão, o problema da diferenciação do Direito numa sociedade moderna complexa: “(o padre) acabou com a possibilidade de não agravar futuramente (a vida) para mim e para a Tatielle. (...) Ele fez uma coisa sem o consentimento meu e da Tatielle. Ele fez uma coisa para ele, não para mim, nem para a Tatielle, e, acho, nem para Deus. (...) A pessoa vem, interfere na minha vida, da minha esposa, sem ser nada meu, sem me conhecer, julga as coisas e acha ainda errado, sem ter o conhecimento de fato do que está acontecendo, e a Justiça ainda acata isso como se fosse uma coisa normal.”<sup>5</sup>

A polêmica relação entre vida e discurso jurídico reacende-se em situações, consideradas raras pela medicina, de sobrevida por vários dias de bebê anencéfalo. Tal foi o caso da menina Marcela Ferreira, nascida no dia 20 de novembro de 2006 em Patrocínio Paulista, vítima de anencefalia, que permanece viva até hoje. A mãe Cacilda Ferreira relata que, antes de o bebê nascer, médicos sugeriram que antecipasse o parto, pois não haveria possibilidade de sobrevivência da criança. Por razões religiosas, ela se negou a interromper sua gestação: "Nunca perdi a esperança de que minha filha viveria", desabafa<sup>6</sup>. Observa-se que o quadro, raro, não é único. Há vários outros registros de sobrevida de bebês anencéfalos. Citem-se, exemplificativamente, o caso de Pedro, nascido em Niterói, que completou quatro dias de vida, e o de Maria Teresa, nascida em Fortaleza, que alcançou os três meses de vida. No caso específico de Marcela, sua sobrevivência há mais de cinco meses opera-se em razão de possuir um pouco mais de tecido cerebral do que os anencéfalos em geral. Ela ainda sobrevive em virtude do uso de capacete de oxigênio e ingestão de leite por sonda, já tendo sofrido paradas respiratórias, além de febres e convulsões.

As situações exemplificativamente mencionadas, que obtiveram desfechos díspares, revelam a seara conflituosa entre ética, moral, religião, medicina e Direito quando o assunto em questão afigura-se o sentido da vida. Aqui, evidencia-se a complexa relação entre vida e discurso jurídico, decorrente da pluralidade de crenças e da diversidade de visões de mundo características da modernidade.

---

<sup>4</sup> Tal expressão espelha a dor das gestantes relatada nos documentários mencionados nas notas anteriores.

<sup>5</sup> Depoimento constante no documentário “*Habeas Corpus*”, mencionado na nota 1.

<sup>6</sup> FRANCA. “CosmoOnLine”. Disponível em <http://www.cosmo.com.br/cidades/franca/integra.asp?id=181085>. Acesso em 19 de dezembro de 2007.

Nesse contexto, ressalta-se o papel da jurisdição de zelar pela diferenciação do discurso jurídico das esferas ética e moral, salvaguardando a liberdade e a igualdade constitutivas do Direito democraticamente formado. Floresce, portanto, a postura performativa esperada de uma jurisdição constitucional democrática, a quem compete afirmar a diferenciação do discurso jurídico de instâncias morais, éticas e religiosas, reconhecendo a tutela institucional do pluralismo existente na diversidade de concepções de mundo e de projetos de vida. Cabe, portanto, aos magistrados abandonar quaisquer posturas tendentes a afirmar um *ethos* aristotélico fundado em concepções irreflexivas de *vida boa*, fruto de uma perquirição contemplativa e monolítica acerca do *bom*, do *verdadeiro* e do *justo*.

Tal postura performativa colide com a jurisprudência de valores desenvolvida por nosso Supremo Tribunal Federal, que, ao utilizar-se da noção de proporcionalidade, tal como afirmada por Robert Alexy e acolhida pelo Tribunal Constitucional Alemão, na apreciação de questões afetas a direitos fundamentais, esquiva-se de realizar uma análise reconstrutiva do ordenamento jurídico. Ao ponderar preceitos jurídicos, reduzindo-os a afirmações de valores otimizáveis, desconsidera a dimensão semântica dos princípios jurídicos, que vincula os operadores do Direito em um Estado Democrático<sup>7</sup>.

A questão já há algum tempo chegou aos nossos tribunais superiores, que, por mais de uma vez, deixaram de analisar, por perda de objeto, o *meritum causae*, devido ao superveniente nascimento do feto anencéfalo. Nesse sentido, ressalte-se o caso de uma estudante do Rio de Janeiro que ingressou na Justiça fluminense para ver autorizada a interrupção de sua gestação em virtude de anencefalia fetal. Sob o fundamento de que não haveria autorização legal para o pedido, o pleito foi rejeitado em primeira instância, dando azo à interposição de recurso ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que concedeu liminarmente a autorização. Um padre ingressou com *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (HC nº 32.159-RJ) contra a decisão liminar. A Ministra Relatora Laurita Vaz, em decisão monocrática, cassou a liminar então concedida sob o argumento de que tão-somente ao legislador caberia a decisão acerca da possibilidade de interrupção da gravidez por anencefalia fetal. Tal *decisum* foi

---

<sup>7</sup> Os exemplos da aplicação do princípio da proporcionalidade na jurisprudência de nosso Supremo Tribunal Federal são inúmeros. Citemos, exemplificativamente, decisões tomadas nas seguintes ações: ADI-MC 3540 / DF, ADI 3324 / DF, ADI-MC 2667 / DF, ADI 2306 / DF, ADI-MC 2332 / DF, ADI-MC 1511 / DF, ADI-MC 1407 / DF, ADI-MC 892 / RS, ADI 27 / PR, HC 90107 / RS, AC-AgR 1091 / GO, HC-ED 90138 / PR, RHC 84652 / RJ, AI-AgR 598635 / SP, HC 90232 / AM, RE 447584 / RJ, RHC 88371 / SP, RE 463629 / RS, Inq-AgR 2206 / DF, AI-AgR 398502 / SC.

confirmado pela 5ª Turma do STJ, que acolheu os fundamentos da decisão monocrática. Contra referida decisão, novo *habeas corpus* foi impetrado perante o Supremo Tribunal Federal (HC nº 84.025-6/RJ). Na ocasião, o Ministro Relator Joaquim Barbosa considerou o feto anencéfalo um simples “desenvolvimento biológico” e não uma vida juridicamente tutelável. A ação restou, entretanto, prejudicada, em virtude de ulterior nascimento do bebê.

Foi, porém, com a interposição, em junho de 2004, da ADPF nº 54-8/DF, pela CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DE SAÚDE – CNTS, que a questão voltou a ser discutida pelo STF, agora em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Nela, a entidade autora pleiteia a atribuição pelo Supremo Tribunal Federal de interpretação conforme a Constituição aos arts. 124, 126, *caput*, e 128, incs. I e II, todos do Código Penal, para que se reconheça a licitude do chamado “aborto de feto anencéfalo”. Sustenta a confederação requerente que os dispositivos da legislação penal, tal como vêm sendo interpretados pelos órgãos jurisdicionais ordinários, ofendem os arts. 1º, inc. IV (dignidade da pessoa humana); 5º, inc. II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade); 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição da República, por não se reconhecer o direito à interrupção da gestação de feto anencefalo. Alega não tratar-se de aborto, mas sim de “antecipação terapêutica do parto”, posto não decorrer a morte da interrupção da gravidez, mas sim da condição de anencefalia. Assevera, ademais, a periculosidade da perpetuação da gravidez para a saúde física e psíquica da gestante, sustentando incorrer referida proibição em violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (direito à integridade física e moral da gestante).

A Procuradoria-Geral da República suscitou, preliminarmente, a inadequação da via eleita, na medida em que os dispositivos questionados não ensejariam interpretação conforme, pois “bastam-se no que enunciam, e como estritamente enunciam”. Nesse sentido, sustenta que o artigo 128 enumera hipóteses *numerus clausus* de exclusão de ilicitude penal, não cabendo ao Tribunal Constitucional assumir o papel de legislador positivo. No mérito, alega que o “direito à vida é posto como marco primeiro, no espaço dos direitos fundamentais”, razão pela qual não poderá ser sacrificado em prol da “dor temporal da gestante”.

Em 1º de julho de 2004, o Ministro Relator MARCO AURÉLIO deferiu a medida liminar pleiteada. Sobrestando os processos e decisões não transitados em julgado que pretendessem aplicar ou tenham aplicado os mencionados dispositivos do

Código Penal, reconheceu o direito constitucional da gestante de submeter-se ao procedimento cirúrgico abortivo a partir de laudo médico que atestasse a deformidade, sob o argumento de que, *in casu*, prevaleceria a dignidade da mulher sobre a vida do feto.

A argüição da preliminar de inadequação da via eleita pelo membro do *Parquet*, ensejou a instauração incidental do procedimento de questão de ordem, em que o Supremo Tribunal Federal discutiu amplamente a admissibilidade da referida ação. Na ocasião, a Corte decidiu, por maioria de 7 a 4, cassar parcialmente a liminar concedida pelo Ministro Relator Marco Aurélio, referendando-se, por maioria, a primeira parte da liminar concedida (sobrestamento de feitos) e revogando-se a segunda (direito ao aborto) com efeitos *ex nunc*. Entendeu-se que não havia justificativa para a manutenção da liminar, tendo em conta a pendência de decisão quanto à admissibilidade da ação. Salientou-se, ainda, o caráter satisfativo da medida deferida e a indevida introdução, por meio dela, de outra modalidade de excludente de ilicitude no ordenamento jurídico.

Na análise da questão de ordem propriamente dita, foram vencidos os votos vencidos proferidos pelos Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso, que sustentaram pretender a requerente que o Supremo Tribunal crie, por via oblíqua, nova hipótese de não punibilidade do aborto, violando o princípio da reserva legal, por transformar a Corte em legislador positivo.

Várias foram as entidades que requereram ingresso como *amicus curiae* na referida ação, tais como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF, Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos - CDH). Todos os pedidos foram, entretanto, rejeitados, à exceção do formulado pela Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH, que não foi, até o presente momento, apreciado.

Considerando-se a relevância e a controvérsia da matéria, bem como a importância de se conferir à sociedade ampla participação na análise da questão, determinou o Ministro Marco Aurélio, Relator, com fulcro no art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a oitiva das entidades supramencionadas (à exceção da CDH), bem como a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Brasileira de Genética Clínica, a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o Conselho Federal de Medicina, a Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, a Escola de Gente, a Igreja Universal, o Instituto de Biotécnica,

Direitos Humanos e Gênero e o Deputado Federal José Aristodemo Pinotti. Até a presente data, não foi realizada audiência pública.

Verifica-se, portanto, que o controverso tratamento jurídico da conduta de interrupção de gravidez de feto anencéfalo no Brasil encontra-se prestes a alcançar um desfecho final. Nesse contexto, aflora a preocupação central dessa dissertação, no sentido de que o discurso judicial acerca da legitimidade do chamado “aborto de feto anencéfalo” seja conduzido de forma imparcial e democrática, zelando-se não apenas por uma formal e ampla oitiva da sociedade, mas também pela indisponibilidade do Direito, manifesta na coerência e na aceitabilidade racional do discurso de Direitos Fundamentais, notadamente os relativos à tutela jurídica da vida e da dignidade da pessoa humana. Apenas com a observância de uma ética discursiva própria ao exercício da jurisdição, poderão os ilustres Ministros do Supremo Tribunal Federal salvaguardar tanto a pluralidade - tão cara à democracia -, quanto a igualdade e a liberdade, elementos constitutivos do próprio Direito moderno.

Nesse sentido, Hannah Arendt e Jürgen Habermas oferecem importantes contribuições para a análise das condições de desenvolvimento legítimo de um discurso judicial acerca da vida, mais especificamente acerca da licitude da interrupção de gravidez de feto anencéfalo debatido na ADPF nº 54-8/DF. Ao explorar a noção de pluralidade a partir da concepção de um espaço público de revelação de individualidades únicas e irrepetíveis, Arendt apela para um *amor mundi*, defendendo uma ética da solidariedade baseada na proibição de articulação discursiva de absolutos na esfera pública. Outrossim, ao desenvolver uma concepção de racionalidade comunicativa simultaneamente afeta às esferas da teoria e da *práxis*, Habermas elabora, a partir de um paradigma discursivo fundado numa filosofia pragmática da linguagem, uma Teoria do Estado Democrático de Direito, que ressalta as distintas lógicas argumentativas que permeiam as atividades legislativas, judiciais e executivas.

No capítulo I, articular-se-ão as condições de afirmação da liberdade política à luz do pensamento de Hannah Arendt, traçando-se as características do discurso público a partir da noção arendtiana de pluralidade, pedra de toque de sua obra, que se expressa tanto na esfera da *vita activa*, quanto na da *vita contemplativa*. No capítulo II, abordar-se-á, por sua vez, a proposta neo-iluminista de Jürgen Habermas baseada no resgate do projeto da razão à luz de sua teoria do discurso. A partir desse ponto, enfrentar-se-á sua compreensão acerca do Estado Democrático, bem como do papel desempenhado pelo Direito, notadamente pelos Direitos Fundamentais, como

*médium* de integração social, enfatizando-se a noção de uma racionalidade comunicativa aplicada no discurso judicial.

Com respaldo no mencionado pano de fundo teórico, serão analisadas, no capítulo III, as condições performativas e metodológicas para o desenvolvimento legítimo do discurso judicial na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF. Empreender-se-á, assim, um estudo comparativo entre o pensamento habermasiano acerca dos referidos temas e as conclusões auferidas a partir de uma análise reconstrutiva do pensamento arendtiano em torno de tais questões, condenando-se a prática comunitarista judicial, notadamente presente em nossa jurisdição constitucional. Aplicar-se-ão, por fim, as considerações teóricas anteriormente realizadas acerca das condições de desenvolvimento legítimo do discurso judicial no caso específico da discussão sobre a licitude da interrupção de gravidez de feto anencéfalo no Brasil. Desenvolver-se-á, portanto, a discussão dogmática subjacente à questão analisada, realizando-se um esforço reconstrutivo do ordenamento jurídico pátrio, a fim de elucidar, no rastro das contribuições arendtiana e habermasiana, o justo desfecho, na esfera da *aplicação* do Direito, da questão do chamado “aborto de feto anencéfalo” no Brasil.

## CAPÍTULO I- PLURALIDADE E DISCURSO PÚBLICO EM HANNAH ARENDT

### 1. Notas biográficas

Hannah Arendt nasceu em 1906 em Hannover, na Alemanha. Descendente de uma antiga família de judeus alemães de Königsberg, vivenciou as duas grandes guerras mundiais, sofrendo perseguições que marcaram seu pensamento político e obra. Iniciou sua vida acadêmica em 1924, quando ingressou, aos 18 anos, no curso de filosofia da Universidade de Marburgo, tendo sido orientada, durante sua graduação (1924-1928), por Martin Heidegger. Em 1929, defendeu, na Universidade de Heidelberg, sob a orientação de Karl Jaspers, sua tese de doutoramento intitulada “O Conceito de Amor em Agostinho”. Neste mesmo ano, casou-se com um colega acadêmico também judeu Günther Stern.

Já aos 20 anos de idade, passou a cooperar com o movimento sionista, recebendo, em sua casa, comunistas e judeus em fuga do regime nazista. Quando da ascensão de Hitler, em 1933, Arendt foi perseguida por causa do seu envolvimento com o sionismo, chegando a ser detida por oito dias. Ante o cerco nazista contra os judeus, Arendt viu-se forçada a refugiar-se, em Paris, cidade em que viveu por 7 anos, durante os quais se dedicou à emigração de crianças judias para a Palestina, escrevendo artigos sobre a questão judaica. Separando-se de Günther Stern, conheceu, na França, Heinrich Blücher, um ex-comunista alemão não judeu com quem se casou em 1940. Neste ano, foi encarcerada pelo governo francês em um campo de internamento, do qual, afortunadamente, conseguiu, com o rompimento da linha Maginot, escapar, fugindo para Lisboa e chegando em Nova York, seu destino final, 3 meses depois.

Nos Estados Unidos, permaneceu fiel à causa judaica, defendendo a formação de um exército judeu de auto-defesa. Em 1948, foi nomeada diretora executiva de uma comissão para recuperação da cultura judaica. Em 1951, ano em que adquire a cidadania americana, publica sua primeira grande obra, “As Origens do Totalitarismo”, em que procede com uma investigação sobre as raízes do fenômeno totalitário. De 1955 a 1967, lecionou filosofia e ciência política nas universidades americanas de Princeton, Berkley, Brooklyn College e Columbia, bem como na Universidade Aberdeen, na Escócia. A partir de 1967 até 1975, ano de sua morte, ensinou filosofia política na *New School for Social Research*, em Nova Iorque. Em 1958, publicou “A Condição Humana”. Em 1961, acompanhou, como repórter da revista *The New Yorker*, o julgamento de Adolf Eichmann, a quem Hitler incumbiu a função de solucionar do “problema judeu”. No ano subsequente, publicou “Entre o

Passado e o Futuro”, aos quais se seguiram “Eichmann em Jerusalém” (1963), “Da Revolução” (1963), “Homens em Tempos Sombrios” (1968), “Sobre a Violência” (1970) e “Crises da República” (1972), sendo publicadas, postumamente, diversas obras da pensadora, dentre as quais se destacaram “The Jew as Pariah” e “A Vida do Espírito”<sup>1</sup>.

Assim, talvez por ter vivido em um contexto político tão conturbado, em que vivenciou, na desafortunada condição de judia, a ascensão do nazismo e das duas Grandes Guerras Mundiais, seu pensamento político mostra-se marcado por digressões, por vezes assistemáticas, das mais diversas ordens – históricas, filosóficas, etimológicas, psicanalíticas e religiosas -, formando uma obra rica, original e de nem sempre fácil leitura, na qual se integram textos densos que exigem do leitor um esforço de decodificação.

## 2. A condição do homem moderno

O problema da legitimidade do discurso acerca da licitude da interrupção de gravidez por anencefalia fetal reporta-se à noção arendtiana da existência de um mundo compartilhado, constituído a partir da atividade produtiva e, principalmente, da faculdade *comunicativa* do homem. Nesse contexto, Hannah Arendt identifica a fala como a faculdade que distingue o homem das outras espécies animais<sup>2</sup>, dela aflorando a condição humana enquanto *vita activa* e *vita contemplativa*. Para a autora, na *palavra*, reside a condição humana da *pluralidade*, da qual não escapam os homens nem mesmo quando realizam a mais íntima e solipsística dentre todas as atividades mentais, qual seja: a atividade de pensar.

A propósito, a noção de *vita activa* foi retomada por Hannah Arendt para designar três atividades humanas fundamentais, a saber: o labor (associado à satisfação das necessidades biológicas humanas), o trabalho (atividade que corresponde à criação de um mundo artificial de coisas), e a ação (exercida diretamente entre os homens, prescindindo da mediação de coisas materiais). No desenvolvimento de sua obra “A Condição Humana”<sup>3</sup>, enfatiza a primazia da fabricação e do labor sobre a política, em

---

<sup>1</sup> Cf. COURTINE-DÉNAMY, Sylvie. **Hannah Arendt**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994; Cf. YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. **Por Amor ao mundo: a vida e a obra de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

<sup>2</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, p. 2004, p. 157.

<sup>3</sup> A impropriedade do título é notória, na medida em que a condição humana compreende, na obra de Hannah Arendt, a *vita activa* e a *vita contemplativa*. Talvez tenha sido com o intuito de superar a equivocidade da expressão que Arendt tenha intitulado “A Condição Humana” (“*The Human Condition*”)

decorrência do esvanecimento da esfera pública na modernidade. Arendt alerta para a “primitiva” condição do homem moderno, que se afirma como *animal laborans*. Repensando o homem enquanto *zoon politikon* à luz da experiência política ateniense, procura resgatar os aspectos positivos desta experiência, em busca da afirmação da liberdade humana.

Por outro lado, a *vita contemplativa*, analisada pela autora em sua incompleta “Vida do Espírito”<sup>4</sup>, constitui a outra face da condição humana, através da qual o homem, abstraindo-se do mundo exterior das aparências, realiza sua vida interior, sendo compreendida por três atividades mentais, referentes ao pensamento, ao julgamento e à vontade.

O ato da fala afigura-se não apenas o ponto de interseção entre a *vita activa* e a *vita contemplativa*, mas também a pedra de toque da metodologia adotada por Hannah Arendt no desenvolvimento de seu pensamento político. De fato, as palavras preservam, para a autora, o repertório da experiência humana, na medida em que são produtos da intersubjetividade.

Por revelarem algo de uma experiência intersubjetiva passada, as palavras são importantes para Arendt: termos distintos subjazem a experiências distintas, denotando posterior sinonímia entre eles perda de seu sentido original. São, portanto, recorrentes as reconstruções conceituais – etimológicas e semânticas – em sua obra: “a fenomenologia conceitual – que Hannah Arendt chama *análise* conceitual – é um método de investigação não apenas etimológico, mas também histórico (...). Procurando traçar a origem dos conceitos, com ajuda da filologia e da etimologia, Arendt tenta rastreá-los até os exemplos históricos concretos, as experiências que os geraram, para então comparar o conceito original ao atual e procurar ver as modificações porque passou no tempo.”<sup>5</sup>

O resgate da experiência da Antigüidade clássica, notadamente a grega, mostra-se, particularmente, freqüente: Arendt retoma tanto distinções clássicas, tais como a antinomia outrora existente entre *oikos* e *polis*, quanto o pensamento político aristotélico, que ressalta a infinitude, a imprevisibilidade e a fragilidade da ação. A noção de imortalidade é igualmente resgatada: a construção de uma memória pública assegura aos atores políticos a perpetuação de seus feitos. A experiência romana

---

de *Vita Activa* em sua tradução alemã, separando a outra parte da condição humana para tratamento futuro, que se daria em sua obra incompleta “Vida do Espírito” (“*The Life of the Mind*”).

<sup>4</sup> ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind (Thinking-Willing)**. New York-London: Ed. Harvest-HJB, 1978.

<sup>5</sup> ADEODATO, João Maurício. **O Problema da Legitimidade – No rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 103.

tampouco é negligenciada: recorrente se mostra a distinção entre *auctoritas* (autoridade) e *potestas* (poder).

Nesse contexto, Hannah Arendt define o mundo como aquilo que os homens têm em comum e que os separa da natureza. É o espaço da intersubjetividade, criado pelo próprio homem, e que lhe confere um sentido de pertinência, onde se originam tanto as identidades coletivas e a noção de objetividade, quanto as identidades individuais, fruto do reconhecimento intersubjetivo. Hannah Arendt associa a modernidade à destruição deste espaço comum, fenômeno por ela chamado de “alienação do mundo”. Identifica dois estágios principais deste processo: o primeiro ocorrido entre os séculos XVI e XIX; e o segundo, marcado pela vitória do *animal laborans*, iniciado no começo do século<sup>6</sup>.

O primeiro estágio foi desencadeado pela Reforma Protestante e pela conseqüente separação entre Igreja e Estado: a expropriação das terras eclesiásticas, ao ensejar o aparecimento de uma classe de trabalhadores, deu início a um processo circular de expropriação, aumento de produtividade e acúmulo de capital, o qual foi responsável pela destruição da estabilidade e da durabilidade do mundo, na medida em que tudo transformou-se em objeto de produção e de consumo. Nesse contexto, os indivíduos passaram a dedicar-se, primordialmente, ao labor para a satisfação de suas necessidades biológicas, sobrepondo-se o fator produção à permanência, estabilidade e durabilidade do mundo. A “alienação do mundo” implicou, assim, a perda do espaço comum dos homens, da sensação de estar em casa, e, em última instância, da sua própria identidade e sentido da realidade. Outrossim, a descoberta do telescópio e a ascensão da dúvida cartesiana conduziram-no ao abandono da fé em seus próprios sentidos e à perda do próprio senso comum.

Analisando o pensamento político de Hannah Arendt, Maurizio D’Entrèves identifica a “alienação do mundo” com a “alienação do homem de si mesmo” (*self-alienation*), a qual não foi explicitamente invocada pela autora: “a fim de vivermos uma vida com sentido nosso mundo da vida deve apresentar certas características (por exemplo, relativa familiaridade, estabilidade, permanência) que permitem nossas expectativas de serem satisfeitas de uma maneira não aleatória”<sup>7</sup>. Assim, na falta de um mundo comum, o indivíduo é lançado para a esfera privada da introspecção, e, em último momento, alienado dos outros, o que ele perde é a si mesmo.

---

<sup>6</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, capítulos 2 e 6; **Between Past and Future**. New York: Viking Press, 1968, capítulos 1, 3, 6, 8.

<sup>7</sup> D’ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**. London: Routledge, 1994, p. 37.

O segundo estágio da modernidade, identificado mais especificamente por “alienação da terra”, corresponde a uma radicalização das tendências do primeiro estágio: com a descoberta da América, bem como a posterior invenção do avião e a conquista do espaço, deu-se início a um processo de diminuição do mundo: “precisamente quando se descobriu a imensidão do espaço terrestre, começou o famoso apequenamento do globo, até que, em nosso mundo (que, embora resulte da era moderna, não é de modo algum idêntico ao mundo da era moderna), cada homem é tanto habitante da Terra como habitante do seu país”<sup>8</sup>. O processo de “avizinhamo” explicita o desejo do homem de escapar dos confins da terra<sup>9</sup>. Essa pretensão, porém, tem como consequência não o despreendimento das pressões terrenas: antes, conduz o homem à prisão de sua mente, uma vez que o habilita a conhecer apenas os padrões por ele mesmo criado<sup>10</sup>. A esse respeito, Arendt afirma que a radicalização da nossa condição humana poderá levar-nos a um ponto tal em que não mais seremos capazes de compreender nossas próprias teorias, sendo conduzidos a uma situação em que não poderemos conhecer o que fazemos, nem reconhecer a nós mesmos naquilo que criamos.

O homem moderno, que perdeu o mundo e a fé nos seus sentidos, rompe, portanto, com a herança platônica e cristã da primazia da *vita contemplativa* sobre a *vita activa*: com efeito, a contemplação, em seu sentido original de apreensão silenciosa da verdade, foi totalmente eliminada na modernidade, uma vez que se encontra associada a um estado de mente passivo, de apreensão da verdade através dos sentidos e da revelação<sup>11</sup>.

Outrossim, o homem moderno passou a vivenciar uma autêntica reviravolta hierárquica entre as atividades integrantes da própria *vita activa*, com a vitória do labor sobre o trabalho e a ação, a denotar uma mudança ainda mais radical do que a ocorrida entre a *vita contemplativa* e a *vita activa*. Trata-se de uma marcante ruptura entre *pensamento* e *fabricação*: se a contemplação, como estado passivo da mente, desapareceu na modernidade, o pensamento, associado a um estado ativo da mente, expresso no diálogo interno entre mim e mim mesmo, tampouco a ela resistiu. Tornou-se, ao contrário, servo da fabricação, na medida em que a revolução científica evidenciou que apenas podemos conhecer o produto da nossa criação. Conhecer algo passou, assim, a significar saber *como* surgiu e ser apto a reproduzir o respectivo

<sup>8</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 264.

<sup>9</sup> Cf. KATEB, George. **Hannah Arendt: Politics, Conscience, Evil**. Oxford: Martin Robertson, 1984, p. 162.

<sup>10</sup> Cf. D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**, p. 38.

<sup>11</sup> Cf. D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**, p. 43.

processo artificialmente. Essa perda do *ser* em detrimento do *processo* como objeto do saber fez com que o homem perdesse igualmente o *telos* de sua própria criação, ou seja, “aqueles padrões e medidas fixas e permanentes que, até a era moderna, sempre lhe haviam servido de guia em sua atividade e de critérios para seu julgamento”<sup>12</sup>.

Dessa forma, a inicial estima pelo *homo faber* foi rapidamente substituída pela promoção da atividade do labor à mais alta posição dentro da *vita activa*: “Esta radical perda de valores dentro do limitado sistema de referência do *homo faber* ocorre quase automaticamente assim que ele se define, não como o fabricante de objetos e construtor do artifício humano que também inventa instrumentos, mas se considera primordialmente como um fazedor de instrumentos e ‘especialmente (um fazedor) de instrumento para fazer instrumentos’, que só acidentalmente também produz coisas.”<sup>13</sup>

A vitória do *animal laborans* sobre o *homo faber* implica a vitória da vida como bem supremo. Com efeito, essa reviravolta na hierarquia das atividades integrantes da *vita activa* operou-se no contexto de uma sociedade cristã “cuja crença fundamental na sacrossantidade da vida sobrevivera à secularização e ao declínio geral da fé cristã”<sup>14</sup>. Embora o cristianismo tendesse a obscurecer as distinções entre o labor, o trabalho e a ação, na medida em que os considerava igualmente sujeitos à efemeridade terrena, poupou, parcialmente, a atividade do labor da situação de desprezo que lhe atribuiu a Antigüidade, porquanto a conservação da vida em qualquer circunstância passou a ser um dever sagrado.

Nesse contexto, a política tornou-se serva do labor e a busca pela imortalidade perdeu sentido ante a efemeridade do mundo, equiparando-se à vaidade. Conforme observa Arendt: “A atividade política, que até então se inspirara basicamente no desejo da imortalidade mundana, baixou agora ao nível de atividade sujeita a vicissitudes, destinada a remediar, de um lado, as conseqüências da natureza pecaminosa do homem, e de outro, a atender às necessidades e interesses legítimos da vida terrena. Daí por diante, qualquer aspiração à imortalidade só podia ser equacionada com a vanglória; toda fama que o mundo pudesse outorgar ao homem era ilusória, uma vez que o mundo era ainda mais precível que o homem, e a luta pela imortalidade humana era inútil, visto como a própria vida era imortal. Foi precisamente a vida individual que passou então a ocupar a posição antes ocupada pela ‘vida’ do corpo político”<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 320.

<sup>13</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, pp. 321-322.

<sup>14</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 327.

<sup>15</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 327.

A perda da fé cristã, decorrente da ascensão da dúvida cartesiana, embora tenha despojado a vida individual da certeza da imortalidade, não abalou a posição da vida laboriosa enquanto bem supremo: “A vida individual voltou a ser mortal, tão mortal quanto o fora na Antigüidade, e o mundo passou a ser menos estável, menos permanente e, portanto, menos confiável do que o fora na era cristã.”<sup>16</sup>. A perda tanto do mundo, quanto da certeza da imortalidade consolidou, portanto, a prioridade do labor – atividade que zela pela vida mortal, porém mais estável do que o próprio mundo – sobre todas as outras atividades pertencentes à *vita activa*.

Assim, considerando a modernidade em suas últimas conseqüências, denuncia Arendt: “É perfeitamente concebível que a era moderna – que teve início com um surto tão promissor e tão sem precedentes de atividade humana – venha a terminar na passividade mais mortal e estéril que a história jamais conheceu.”<sup>17</sup>.

Ante o quadro, Arendt propõe a redenção da moderna condição humana mediante o resgate do passado. Para ela, a modernidade é um projeto deficiente, que clama por uma reinterpretação de nossa herança cultural, por uma reapropriação crítica do passado, retomando os aspectos positivos deste, a fim de “iluminar” o presente. Sua proposta, carregada de originalidade, dista em muito daquela formulada por outros pensadores contemporâneos. A esse respeito, tomemos o discurso filosófico da modernidade formulado por Jürgen Habermas: enquanto, para Habermas, o projeto moderno restou inacabado, devendo ser resgatado dos escombros da Revolução Francesa e devidamente concluído; para Arendt, trata-se de um projeto falho desde o princípio, clamando por reformulação. A visão habermasiana da modernidade orientada para o futuro reporta-se, assim, ao cumprimento de uma tarefa ainda não concluída: a construção de uma teoria política fundada numa racionalidade iluminista de base comunicativa.

Contrariamente a Habermas, Arendt rejeita a possibilidade de elaboração de uma teoria do político alicerçada na idéia da *razão*, tal como preconizada pelo projeto iluminista<sup>18</sup>. Dessa forma, assumindo uma perspectiva orientada para o passado, procura

---

<sup>16</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 332.

<sup>17</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, pp. 335-336.

<sup>18</sup> Recorrente para a compreensão da diferença afigura-se a distinção entre *cumprimento* e de *transfiguração* (Cf. BENHABIB, Seyla. **Critique, Norm and Utopia**. New York: Columbia University Press, 1986, pp. 327 ss.). Por cumprimento deve entender-se que a sociedade do futuro execute uma tarefa não terminada do presente, sem desvencilhar-se de sua herança cultural. Na transfiguração, por outro lado, defende-se a idéia de ruptura com o presente, com a criação de uma nova constelação de sentidos e valores. Enquanto para Habermas aparece a idéia de cumprimento de um projeto inacabado, para Arendt, exsurge a idéia de transfiguração da herança cultural, naturalmente com suas devidas temperanças, na medida em que a autora propõe a redenção da modernidade mediante uma reapropriação crítica do passado, sem uma total ruptura com os valores do presente.

resgatar a experiência da *polis* ateniense, na medida em que, para ela, os gregos são os fundadores da ação política, por haverem desvendado as condições essenciais do exercício da cidadania. Opõe-se, portanto, à tradição moderna que considera a essência do político a dominação e o desejo de governar<sup>19</sup>.

O referido resgate da experiência grega, consoante precisa Rémi Brague, deve ser ponderado: “não existe em Arendt qualquer tentativa de retornar aos gregos, há nela um intenso esforço de retornar na direção dos gregos”<sup>20</sup>. Assim, “não se trata, para Arendt, de reproduzir no mundo moderno a organização política da *polis* grega, trata-se de afirmar que o cidadão moderno deve ser animado do espírito agonal grego, ou seja ‘a paixão de mostrar-se medindo-se frente a outro’”<sup>21</sup>. Não se trata, portanto, de “importar” a experiência da *polis* ateniense para a modernidade, mas sim de considerar o político à sua luz.

Dessa forma, Arendt retoma tanto a distinção grega entre *oikos* e *polis*, quanto as características da ação política tal como formulada pelos gregos, a saber: a infinitude, imprevisibilidade e a fragilidade, no sentido de que uma ação sempre desencadeia um processo cujo resultado é inesperado. A noção de imortalidade é igualmente resgatada: a construção de uma memória pública assegura aos atores políticos a perpetuação de seus feitos.

Na Grécia Antiga, o *oikos* era o espaço da satisfação das necessidades vitais do homem - espaço da família e da economia como forma de sustento. A *polis*, por sua vez, era a esfera da liberdade, entendida pelos gregos como esfera da não dominação -, da vida política desenvolvida entre iguais em prol da deliberação de assuntos da cidade, os quais transcendiam as necessidades humanas materiais. O sentido da distinção é sintetizado, com precisão, por Hannah Arendt: “o que todos os filósofos gregos tinham como certo, por mais que se opusessem à vida na *polis*, é que a liberdade situa-se exclusivamente na esfera política; que a necessidade é primordialmente um fenômeno pré-político, característico da organização do lar privado; e que a força e a violência são justificadas nesta última esfera por serem os únicos meios de vencer a necessidade – por exemplo, subjugando escravos – e alcançar a liberdade”<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **Qu'est-ce que la politique?** Paris: Seuil, 1995, p. 151.

<sup>20</sup> BRAGUE, Rémi. La phénoménologie comme voie d'accès au monde grec. Note sur la critique de la Vorhandenheit comme modèle ontologique dans la lecture heideggerienne d'Aristote. In: **Phénoménologie et métaphysique**. Paris: PUF, p. 273.

<sup>21</sup> MOREAULT, Francis. Citoyenneté et représentation dans la pensée politique de Hannah Arendt. **Sociologie et société**. v. XXXI. n. 2, automne 1999. Disponível em: <<http://www.Erudite.org/revue/socsoc/1999/v31/n2/001511ar.html>>. Acesso em: 2 fev. 2006.

<sup>22</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 40.

Nesse contexto, Arendt defende que cada atividade integrante da *vita activa* tem, em si, seu espaço apropriado de atuação: o labor e o trabalho, por relacionarem-se com as necessidades da vida, ou seja, com o *oikos*, operam na esfera privada; a ação, associada à liberdade, à vida política, à *polis*, atua na esfera pública<sup>23</sup>. Quando uma dessas atividades passa a transgredir sistematicamente o espaço da outra, sobrepondo seus próprios valores, destrói-o. Assim é que diagnostica o obscurecimento das esferas pública e privada na modernidade em virtude da “promoção do social”, ou seja, da ascendência das atividades econômicas, então pertencentes ao *oikos*, ao nível público. Neste contexto, observa que os assuntos pertinentes à economia – à esfera da necessidade - assumiram o *status* de interesse coletivo<sup>24</sup>, invadindo destrutivamente o espaço público. Não mais um mundo em comum construído pelos indivíduos através da ação e do discurso une-os. Ao contrário, com a perda do mundo e a vitória do *animal laborans*, os indivíduos encontram-se unidos pelas necessidades biológicas comuns da vida. A ação foi substituída pelo comportamento com o aparecimento de uma sociedade de massas, cujo principal escopo é a uniformização de condutas em prol da satisfação das necessidades básicas da vida.

O espaço público é, portanto, transformado numa espécie de administração nacional da casa, propiciando o aparecimento do “governo do anonimato”, do inexorável e do inevitável, que possibilita a tirania sem a identificação de um tirano: “Qualquer vitória completa da sociedade produzirá sempre algum tipo de ‘ficção comunística’, cuja principal característica política é que será, de fato, governada por uma ‘mão invisível’, isto é, por ninguém”<sup>25</sup>. Neste contexto, o processo de burocratização da máquina estatal, com a redução da política à administração, atribui ao Estado moderno uma função eminentemente “social”, tal como utiliza o termo, ou seja,

---

<sup>23</sup> A esse respeito, cumpre salientar, por precisas, as observações realizadas por Adeodato acerca dos sentidos empregados ao termo público em Hannah Arendt e a diferença metonímica entre as expressões “esfera pública” e “esfera política”: “A palavra *público* designa dois fenômenos correlatos: em primeiro lugar, tudo aquilo que pode ser percebido por todos e adquire, por isso mesmo, mais consistência de realidade; a pluralidade e o senso comum que coordena nossas percepções fazem com que o real se revele na intersubjetividade do espaço público. (...) O termo público também tem um sentido de mundo, designa não só o conjunto de objetos mundanos criados pelo *homo faber*, mas também as próprias relações estabelecidas pelos homens enquanto agem, as quais se dão em meio àqueles objetos, mas não se confundem com eles. (...) o espaço político não se identifica, mas é apenas um dos aspectos, não obstante o mais importante, do mundo público. (...) Na realidade, Arendt entende que todo espaço político é espaço público, mas a recíproca não se aplica, vale dizer, o político é uma espécie do gênero público. As obras de arte, por exemplo, são produto do *homo faber* e pertencem ao mundo público, mas não fazem parte, enquanto tais, da esfera política”. (ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade**, pp. 124-126). Como o conceito de “espaço público” é utilizado por Arendt de modo pouco preciso, sendo, frequentemente, confundido com as expressões “aparência”, “mundo” e “espaço político”, tais termos serão aqui tomados indistintamente.

<sup>24</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 42.

<sup>25</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 54.

um papel de “administrador das coisas”, ocupando-se em proteger o livre desenvolvimento das forças produtivas<sup>26</sup>.

Assim, a modernidade separa a liberdade da política, opondo os cidadãos aos burgueses, na medida em que o espaço público não é mais dominado pela política, mas sim pela sociedade: o indivíduo passa a exigir do Estado a proteção de sua vida e propriedade a fim de que possa acumular bens necessários para levar uma vida “feliz”<sup>27</sup>.

O desaparecimento da esfera pública, da ação e do mundo – fenômenos correlacionados – acarretou, portanto, a destruição do meio em que as identidades individuais e coletivas são reveladas. A ascensão do comportamento em detrimento da ação implica, por fim, o esvanecimento da própria liberdade política do homem moderno, que é substituída por uma liberdade social, qual seja: a liberdade de desenvolver as forças produtivas da sociedade.

Neste ponto, deve-se elucidar a caracterização estrita do “social” formulada por Hannah Arendt, na medida em que, ao afirmar que todas as questões econômicas seriam pré-políticas, deixa de tematizar as noções de poder econômico, de exploração e de justiça social. Assim, “a identificação do social com as atividades da casa, em Arendt, foi responsável por uma simplificação em sua análise da economia. Ela foi, de fato, incapaz de reconhecer que a economia capitalista moderna constitui a estrutura do poder, determinando a alocação de recursos e de distribuição de fardos e recompensas.”<sup>28</sup>

Outrossim, ao prefixar a fronteira entre o público e o privado, restringiu a noção de cidadania, não considerando duas das maiores conquistas da modernidade, a saber: as pressões para a ampliação da cidadania e a redefinição dos espaços público e privado<sup>29</sup>. Dessa forma, consoante bem observou Richard Bernstein, “Questões ou problemas não vêm simplesmente rotulados de ‘social’, ‘político’, ou ainda ‘privado’. De fato, saber se um problema é propriamente social (e, por isso, não apto ao debate público) ou político é, freqüentemente, por si mesmo, a questão política central”<sup>30</sup>.

Nesse contexto, a questão social é, ingenuamente, reduzida a um problema de ordem tecnológica: para a autora, todos os problemas econômicos devem ser

---

<sup>26</sup> ARENDT, Hannah. **Qu’est-ce que la politique?**, p. 80.

<sup>27</sup> MOREAULT, Francis. *Citoyenneté et représentation dans la pensée politique de Hannah Arendt. Sociologie et société.* v. XXXI. n. 2, automne 1999. Disponível em: <<http://www.Erudit.org/revue/socsoc/1999/v31/n2/001511ar.html>>. Acesso em: 2 fev. 2006.

<sup>28</sup> D’ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**, pp. 60-61.

<sup>29</sup> D’ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**, p. 62.

<sup>30</sup> BERNSTEIN, Richard. Rethinking the social and the political. In: **Philosophical profiles**. Cambridge: Polity Press, 1986, p. 252. A esse respeito, relembre-se o movimento feminista, que foi responsável pela introdução na esfera pública de questões até então consideradas privadas.

solucionados no terreno tecnológico e científico, fora de considerações políticas<sup>31</sup>. Em “Da Revolução”, chega até mesmo a tachar de obsoleta as tentativas de liberar a humanidade da pobreza em massa por meios políticos. A propósito, em um debate ocorrido em 1972, ao ser inquirida por Albrecht Wellmer acerca da existência de um problema puramente social que não constituísse simultaneamente uma questão política, Arendt respondeu que os problemas econômicos têm uma dupla face, não se sujeitando uma delas a debate. Na ocasião, o exemplo oferecido pela autora foi a questão de quantos metros quadrados cada ser humano precisaria para respirar e ter uma vida decente. Esqueceu-se, porém, de que o termo “decente” tem uma conotação eminentemente política<sup>32</sup>.

Dessa forma, a solução de questões econômicas fora do domínio político é de viabilidade duvidosa. Com efeito, “Arendt não compreende a natureza da decisão no campo da necessidade. Nenhum administrador econômico ou comitê de especialistas será capaz de encontrar uma resposta para questões de segurança *versus* aumento de produção, lazer ou salários mais altos, proteção ambiental *versus* mais produção, ou atual consumo *versus* investimento para consumo no futuro.”<sup>33</sup>

Deve-se atentar, igualmente, para o fato de que se a solução econômica é pré-condição para o exercício de uma vida política plena, não a garante necessariamente. A respeito, o caso americano mostra-se notório: apesar do desenvolvimento econômico, os Estados Unidos perderam o tesouro revolucionário, não superando as patologias políticas de uma sociedade de consumo.

A esse respeito, Arendt procura resgatar a noção de artificialidade da esfera pública, que, para a autora, comporta duas dimensões: um *espaço da aparência* – que vem à existência quando indivíduos livres e iguais agem através do discurso e da persuasão – e um *mundo em comum*, que, formado pelos artefatos e instituições humanas, relativamente estáveis e permanentes, separa o homem da natureza. Tais dimensões expressam as principais características da esfera pública: a artificialidade, a espacialidade, e a distinção entre os interesses público e privado<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Cf. ARENDT, Hannah. The Cold War and the West (*symposium*). **Partisan Review XXIX**, n. 1 (Winter 963), p. 17.

<sup>32</sup> Cf. SITTON, John F. Hannah Arendt’s Argument for Council Democracy. **Polity**, v. XX. n. 1. Outono de 1987, p. 95.

<sup>33</sup> SITTON, John F. Hannah Arendt’s Argument for Council Democracy. **Polity**, v. XX. n. 1. Outono de 1987, p. 98-99.

<sup>34</sup> A esse respeito, aponte-se, mais uma vez, a distinção entre “esfera pública”, “mundo” e “aparência” empreendida por Adeodato a partir de sua leitura da obra arendtiana: “O conceito de *aparência*, em Arendt, é o mais amplo desses todos, quase que se identificando com o conceito de existência, com a própria realidade; mesmo que se possa admitir que existe algo assim como o amor de Romeu por Julieta, por exemplo, esta ‘realidade’ só se manifesta na medida em quase exterioriza no discurso e em atitudes e

Assim, a esfera pública é artificial, porquanto se afigura um espaço *construído* pelo homem. Neste ponto, observa-se o afastamento de Arendt do pensamento grego. Já Aristóteles, ao identificar o homem como um *zoon politikon*, ou seja, como um animal político<sup>35</sup>, considera a política como expressão da *natureza humana*, como aquilo que o distingue dos demais animais. Para Arendt, a artificialidade da vida política é uma autêntica conquista cultural, na medida em que possibilita aos indivíduos transcenderem suas necessidades vitais em prol da construção de um mundo através do discurso e da ação.

A artificialidade da esfera pública confere, ademais, ao princípio da igualdade política uma conotação singular. Com efeito, o postulado não mais se vincula a quaisquer premissas jusnaturalistas, nem a identidades raciais, éticas, ou religiosas: antes, trata-se de um atributo da cidadania, assegurada por instituições democráticas, sendo exercida pelos indivíduos ao ingressarem no espaço público. A esse respeito, a esfera pública é considerada o espaço da solidariedade e não o da intimidade ou emoção, os quais seriam substitutos psicológicos da perda do mundo<sup>36</sup>. Assim, o único vínculo político entre o cidadão seria o da solidariedade, na medida em que se referem ao mundo.

A espacialidade da esfera pública refere-se ao âmbito em que os cidadãos trocam opiniões e deliberam acerca de soluções coletivas. Não basta, portanto, o exercício do voto para a afirmação da cidadania: é preciso que os indivíduos se reúnam num espaço público onde possam ver e ouvir, assim como serem vistos e ouvidos. Ter uma vida política significa, portanto, para Arendt, participar de vários fóruns públicos.

---

pelo fato de que os demais indivíduos estão aparentemente sujeitos às mesmas experiências. É quando aparece que o real ganha consistência e o conceito de realidade adquire pleno sentido (...). Somos também tentados a identificar espaço público e *mundo* quando lemos que o termo ‘público’ significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele.’ Em franca oposição, também nas palavras (...) ‘O Mundo’ deve (...) ser compreendido de maneira ainda mais vasta que o espaço dentro do qual as coisas se tornam públicas...’ Em verdade, as duas expressões parecem ter sentidos distintos. O mundo, como visto, reúne tanto os objetos produzidos pelo *homo faber* quanto a teia de relações a ações humanas que neles tomam apoio, é um conceito que se opõe ao de natureza e não propriamente ao de esfera privada, muito embora estas últimas noções sejam intimamente conexas na atividade do trabalho; e a esfera privada não se resume ao trabalho, se bem que esta seja a atividade privada por excelência. Quer dizer, o mundo constitui diversos espaços comuns, um dos quais é o público com características peculiares e diferentes do privado e do social. O fato de a objetividade das outras esferas depender da luz do mundo público não implica em que determinados objetos e relações não possam ter uma existência em âmbito privado ou social”. (ADEODATO, João Maurício. *Op. cit.*, pp. 125-126)

<sup>35</sup> Arendt não deixa despercebida o equívoco da tradução da expressão aristotélica *zoon politikon* para o latim *animal socialis*. Assim, embora explicita a pluralidade de homens como condição imprescindível para a ação, “esta substituição inconsciente do social pelo político revela até que ponto a concepção original grega de política havia sido esquecida”. (ARENDR, Hannah. **A Condição Humana**, p. 32).

<sup>36</sup> Cf. D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**, pp. 144-145.

Nesse ponto, o Direito tem como função principal chamar à igualdade (reconhecimento recíproco) os desiguais, constituindo, *artificialmente*, um espaço de *liberdade*, em que se possibilita a revelação simultânea e plural de projetos de vida individuais. Assim, Arendt assenta a separação entre Direito e Política, ao adotar a conotação grega de lei (*law*), identificando-a como a fronteira de delimitação das esferas pública e privada, de constituição do próprio espaço público, um produto pré-político do *homo faber*. Dessa forma, outorga à política uma função *criativa* e *inovadora*, enquanto ao Direito, uma função *estabilizadora* das relações humanas. Nesse sentido, expressa que “As leis positivas (...) destinam-se fundamentalmente a funcionar como fatores estabilizadores para os movimentos sempre em mudança dos homens.”<sup>1</sup>, salientando que “Os mais importantes dentre os fatores estabilizadores, mais duradouros que costumes, usos sociais e tradições, são os sistemas legais que regulam nossa vida no mundo e nossas relações diárias uns com os outros.”<sup>2</sup>

Nesse contexto, a vida política não é um meio para o alcance de fins determinados, mas um fim em si mesmo: o próprio bem-estar não deve orientar a atuação política, mas sim a realização de princípios da vida em comum, como justiça, solidariedade, igualdade e liberdade. Arendt propõe, portanto, a reativação da esfera pública na modernidade mediante o resgate do mundo comum, bem como a criação de vários espaços públicos, nos quais os indivíduos possam revelar suas identidades, estabelecendo entre si relações de solidariedade e reciprocidade.

Na esteira deste pensamento, propõe a retomada de uma cidadania ativa, que, superando a democracia representativa, reapareceria no contexto de uma democracia participativa, na qual os cidadãos seriam efetivamente participantes do governo. Para Arendt, a antiga distinção entre governantes e governados foi retomada sob a roupagem da representatividade, que inibe a criação de espaços públicos, gerando ora a apatia política, ora um espírito de resistência<sup>37</sup>.

Foi justamente o medo da apatia das massas, no âmbito da moderna democracia representativa, que levou Hannah Arendt a defender a criação de um sistema de conselhos, no qual os cidadãos teriam participação direta no governo. Tal proposta vem ao encontro de seu conceito de cidadão: aquele que se envolve diretamente nos negócios humanos. Sua descrença numa democracia meramente representativa reporta à constatação de que “de um lado, (o governo representativo) perdeu, com o tempo, todas as instituições que pudessem permitir uma participação efetiva dos cidadãos e, de outro, porque foi gravemente atingido pelo mal que afeta o

---

<sup>37</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **On Revolution**. New York: Viking Press, 1965, pp. 237-238.

sistema de partidos: a burocratização e a tendência dos partidos de representarem apenas seu próprio aparelho”<sup>38</sup>.

A esse respeito, a relação entre cidadania, política e direitos humanos, subjacente ao pensamento arendtiano, reporta-se à distinção clássica entre *vida biológica* (*zoé*) e *vida política* (*bíos*), que, para Agamben, afigura-se a questão central da modernidade<sup>39</sup>. Com efeito, a politização da *vida nua*, segundo o autor, conduziu o descrente homem moderno à paradoxal perquirição metafísica acerca do sentido da vida, olvidando o caráter eminentemente político da questão colocada. Nesse ponto, se se pretende legítima, a articulação política do sentido da vida não deve operar-se em um contexto solipsístico, fruto de uma atividade monolítica e contemplativa, mas sim no âmbito de uma esfera pública assentada na liberdade e na igualdade, apta a assegurar o novo que se expressa na pluralidade de concepções de vida e de visões de mundo.

Assim, o tratamento jurídico à anencefalia fetal não deve nortear-se a partir de uma descoberta ontológica do início da vida, pautando-se antes pela complexidade de uma sociedade moderna descentralizada e plural, que se insere na noção arendtiana de um mundo compartilhado, que simultaneamente une e separa os indivíduos, possibilitando o surgimento do novo potencialmente existente em cada nascimento.

### 3. Pensando a liberdade política com e contra Aristóteles

A esfera pública, para Hannah Arendt, refere-se, consoante outrora observado, tanto ao espaço da aparência, criado todas as vezes que os homens se reúnem e agem através do discurso e persuasão, quanto ao mundo, ou seja, o espaço que é comum para todos nós e que, ao mesmo tempo, reúne-nos e nos separa. Reporta-se, assim, tanto a um mundo comum durável, quanto a um espaço mais frágil e transitório – o da aparência -, que aflora sempre que os indivíduos interagem através do discurso e da persuasão. Através desse espaço, os indivíduos revelam sua identidade: “é função do espaço público iluminar os negócios dos homens, fornecendo um espaço de aparência no qual eles podem mostrar através de feitos e fatos quem eles são e o que podem fazer”<sup>40</sup>.

Retomando a distinção grega entre *praxis* e *poiesis*, no rastro do pensamento aristotélico, afirma Hannah Arendt que ação (*praxis*) é vida. Assim, para ela, a ação é, entre as atividades da *vita activa*, a única capaz de distinguir, em geral, o ser humano

---

<sup>38</sup> ARENDT, Hannah. La désobéissance civile. In: **Du mensonge à la violence. Essais de politique contemporaine**. Paris: Calmann-Lévy, 1972, pp. 90-91.

<sup>39</sup> Cf. AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer – O poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

<sup>40</sup> ARENDT, Hannah. **Men in Dark Times**. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1968, p. viii.

dos outros animais, bem como de revelar *quem* cada um de nós é. No labor, a nossa individualidade resta oculta, na medida em que se está preso a uma cadeia de necessidades biológicas: apenas transparecemos nossa semelhança, o fato de que todos nós pertencemos à espécie humana e precisamos satisfazer nossas necessidades vitais.

No trabalho, estamos vinculados ao produto final: “há mais espaço para a individualidade, na medida em que cada trabalho de arte ou produção (de *techne* ou *poiesis*) gera a marca do seu produtor; mas o produtor ainda está subordinado ao produto final (...). Além do mais, o produto final revela pouco sobre o produtor, salvo o fato de que ele ou ela foi apto a produzi-lo. Não nos diz nada sobre quem era o criador, mas apenas que ele ou ela tinha certas habilidades e talentos.”<sup>41</sup>.

Através da ação, cada ser humano revela sua identidade única: “O fato de que o homem é capaz de agir significa que se pode esperar dele o inesperado, que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável. E isso, por sua vez, só é possível porque cada homem é singular, de sorte que, a cada nascimento, vem ao mundo algo singularmente novo”<sup>42</sup>. Nesse contexto de revelação, o discurso desempenha um papel central: “Sem o discurso, a ação deixaria de ser ação, pois não haveria ator (...). A ação que ele inicia é humanamente revelada através de palavras; e, embora o ato possa ser percebido em sua manifestação física bruta, sem acompanhamento verbal, só se torna relevante através da palavra falada na qual o autor se identifica, anuncia o que fez, faz e pretende fazer.”<sup>43</sup>. O discurso é, portanto, a efetivação da condição humana da pluralidade.

Nesse contexto, observa-se que a capacidade do homem de começar algo novo, de realizar o imprevisível, o inesperado, afigura-se, para Hannah Arendt, o próprio cerne de sua liberdade: “Com a criação do homem, veio ao mundo o próprio conceito de início; e isto, naturalmente, é apenas outra maneira de dizer que o preceito da liberdade foi criado ao mesmo tempo, e não antes, que o homem.”<sup>44</sup>.

Neste ponto, a distinção agostiniana entre *principium* e *initium*, que tanto inspirou Hannah Arendt no desenvolvimento de seu pensamento político, mostra-se relevante: o *principium*, que compete somente a Deus, configura um começo atemporal, eterno; já o início afigura-se algo radicalmente novo, onde antes nada havia, inserido no tempo. O *initium* encontra-se na esfera dos assuntos humanos e decorre do fato da natalidade: Deus, criador do homem e do tempo, inseriu no mundo a

---

<sup>41</sup> D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**, p. 72.

<sup>42</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 191.

<sup>43</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 191.

<sup>44</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 190.

possibilidade de realização de novos começos através do homem<sup>45</sup>. Esse novo começo opera-se na esfera pública, espaço em que o homem transcende suas necessidades biológicas, exercitando sua liberdade.

A referida imprevisibilidade inerente a qualquer ação explica porque Arendt rejeita a elaboração de uma teoria política. As bases aristotélicas de seu pensamento são nítidas, na medida em que a filosofia prática de Aristóteles assenta-se sobre o reconhecimento da imprevisibilidade e da mutabilidade do comportamento humano. A afirmação do silogismo prático por Aristóteles, em contraposição ao raciocínio silogístico teórico, expressa a incerteza da ação humana. Todavia, enquanto para os gregos, a mutabilidade da conduta humana confirma a primazia da filosofia teórica – imutável e perfeita – sobre a filosofia prática, para os modernos, testifica a superioridade do prático sobre o teórico, na medida em que afirma a liberdade do homem.

Este é um importante ponto de tensão entre Aristóteles e Arendt que demonstra a ruptura do pensamento político moderno com o pensamento da antigüidade grega. A distinção entre a filosofia prática e teórica, tal como pioneiramente desenvolvida por Aristóteles, não se mostrou apta a afirmar a moderna liberdade subjetiva do homem. Com efeito, a filosofia aristotélica do prático não se desvencilhou das amarras da filosofia metafísica. Muito pelo contrário: a importância conferida à teoria – considerada a filosofia primeira – assentava-se na investigação do *nomos*, de uma ordem pré-dada que era o fundamento de todas as coisas. Assim, o mundo seria uma ordem determinada a ser descoberta pela filosofia teórica – pela metafísica –, cujo papel era o de desvendar a verdade sobre todas as coisas<sup>46</sup>. Não havia a noção moderna do sujeito constitutivo tal como introduzida por Kant, porquanto a teoria nada criava, situando-se no âmbito da *vita contemplativa*.

Embora reconhecesse a transitoriedade e precariedade do mundo humano, objeto da filosofia prática, Aristóteles não rompeu com a fundamentação metafísica deste mundo, na medida em que, ao subordinar a *vita activa* à *vita contemplativa*, introduziu a noção de natureza nas relações humanas: “Natureza (*physis*) é o fim último,

---

<sup>45</sup> Na esteira desse pensamento, observa o teólogo cristão contemporâneo Russel Shedd que “O poder de Deus demonstrado na criação de toda criatura do nada (*ex nihilo*) continua em forma derivada na procriação autônoma das suas criaturas”, notadamente na figura do homem, que, gerado à imagem e à semelhança de Deus, é o único ser que tem não apenas poder procriador, mas *criador*. Assim, acentua que “Duas palavras são usadas no original hebraico para expressar a atividade criativa de Deus (...): *bara* ‘criar do nada’ vv [Gn1] 1, 21,27 (o universo, a vida e a alma) e *asah*, usualmente traduzido por ‘fazer’”, concluindo “haver alguma significação especial no emprego de ‘criar’ com referência à criação do mundo e ao homem dotado de natureza espiritual”. SHEDD, Russel. **Bíblia Shedd**. 2. ed. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Edições Vida Nova, p. 3 (comentários a Gn 1:21-22; 27).

<sup>46</sup> Cf. Manuscrito da autoria do Professor Miroslav Mílovic ainda não publicado, entregue aos alunos da pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília em agosto de 2005.

pois é precisamente a propriedade obtida por cada coisa que existe, na completude de seu crescimento, que se denomina como sendo a sua natureza”<sup>47</sup>. A esse respeito, observa-se que a atuação no espaço público era associada ao fim último do homem: “o que cada coisa é quando o seu crescimento se completa nós chamamos de natureza de cada coisa, quer falemos de um homem, de um cavalo ou de uma família”<sup>48</sup>. A atuação na *polis* constituiria a diferença específica entre os homens e os demais animais, na medida em que a cidade, esfera da liberdade, é o fim último da organização humana: “o objetivo para o qual cada coisa foi criada – sua finalidade – é o que há de melhor para ela”<sup>49</sup>. Assim, “A cidade é uma criação natural”<sup>50</sup>, na medida em que torna possível aos homens viverem para *além* de suas necessidades materiais, exercitando sua liberdade.

As uniões imprimidas por necessidades naturais são marcadas, segundo Aristóteles, pela *dominação*: na união entre homem e mulher para a perpetuação da espécie, “o macho é por natureza superior e a fêmea inferior; aquele domina e esta é dominada”<sup>51</sup>; quanto à relação entre senhor e escravo, “quem pode usar o seu espírito para prever é naturalmente um comandante e naturalmente um senhor, e quem pode usar o seu corpo para prover é comandado e naturalmente escravo”<sup>52</sup>. Contrapondo-se ao princípio da dominação, situar-se-iam as relações imprimidas na esfera pública, que seriam realizadas entre iguais, entre homens livres das preocupações com a *oikos*.

Assim, como as relações entre senhor e escravo, entre o homem e a mulher, e entre os cidadãos, tinham bases “naturais” (“é senhor não porque saiba governar, mas porque ele assim o é por natureza, a qual obriga tanto o homem livre como o escravo”<sup>53</sup>), constata-se que “a fundação da prática é a própria natureza e não a autoconsciência moderna”<sup>54</sup>. A noção teleológica de natureza em Aristóteles obstaculiza, portanto, a afirmação da moderna liberdade do indivíduo, na condição de sujeito apto a criar algo inteiramente novo.

Observa-se, portanto, a relação entre as filosofias prática e teórica aristotélicas através dessa concepção teleológica de *natureza*: “A ética de alguma maneira pressupõe a metafísica, não como ontologia, mas, em um certo sentido, como

---

<sup>47</sup> ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UnB, 1997, p.14.

<sup>48</sup> ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UnB, 1997, p. 15.

<sup>49</sup> ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UnB, 1997, p. 15.

<sup>50</sup> ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UnB, 1997, p. 15.

<sup>51</sup> ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UnB, 1997, p. 19.

<sup>52</sup> ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UnB, 1997, p. 14.

<sup>53</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UnB, 1997, p. 102 (1134b).

<sup>54</sup> Manuscrito da autoria do Professor Miroslav Mílovic ainda não publicado, entregue aos alunos da pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília em agosto de 2005.

teleologia.”<sup>55</sup>. Neste contexto, a ética – como ensinamento das virtudes individuais – deveria tornar consciente os fins últimos das coisas. A política, por sua vez, implicaria a realização dessas virtudes na *polis*. Assim, embora a ética e a política não recorram à certeza teórica subjacente ao conhecimento como guia da conduta humana, mas sim à sabedoria, adquirida pela experiência, subordinam-se à busca metafísica pelo melhor, pelo fim último. Dessa forma, constata-se a mediação ética da conduta prática em Aristóteles, conquanto: “(...) Não é possível ser moral sem a sabedoria prática, assim como praticamente sábio sem qualidades morais (...)”<sup>56</sup>.

Embora adote a noção grega da imprevisibilidade da conduta, a qual não se sujeita a teorizações, Arendt liberta-se das amarras metafísicas da ação política tal como sugeridas por Aristóteles. Com efeito, para a autora, a esfera pública não se afigura o espaço de absolutos. Não deve ocupar-se, portanto, com noções do tipo bondade, beleza e verdade: os padrões de uma *vida boa* não se prestam de norte à ação política, na medida em que esta se dirige às condições de possibilidade de convivência harmônica de uma pluralidade de homens, através da construção conjunta de um mundo que lhes é comum. Verifica-se, assim, que Hannah Arendt ocupa-se dos pressupostos para a emancipação política, no que se afasta diametralmente dos gregos.

#### **4. *Vita contemplativa*: a importância política do pensamento, do julgamento e da vontade**

A dicotomia entre *vita contemplativa* e *vita activa*, presente na obra de Arendt, ao pretender resgatar a primazia da primeira sobre a segunda, não obscurece a importância da *vita contemplativa* para a discussão da questão da interrupção da gravidez por anencefalia fetal, notadamente em se considerando a aceção que a contemplação assume para a autora.

Com efeito, a *vita contemplativa* de que trata Arendt distancia-se da contemplação clássica, na medida em que esta implica um estado passivo da mente no qual se alcança a esfera da verdade por meio do abandono do mundo, espaço da contingência e imperfeição. A *vita contemplativa*, na obra arendtiana, tem como ponto de partida o ato da fala e o mundo, produtos da construção do homem, podendo transcender o mundo tão-somente na medida em que o desconstrói e questiona. Dessa forma, a intersubjetividade encontra-se arraigada tanto à condição humana enquanto *vita activa*, quanto à *vita contemplativa*. Logo, observa-se que, embora, no exercício de

---

<sup>55</sup> Cf. Manuscrito da autoria do Professor Miroslav Mílovic ainda não publicado, entregue aos alunos da pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília em agosto de 2005.

<sup>56</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1144b.

suas capacidades mentais, o homem distancie-se, por alguns instantes, do mundo das aparências, realizando uma vida interior, mantém-se ainda vinculado ao exterior, através do ato da fala e, portanto, da experiência mundana.

A *vita contemplativa* é composta, em Hannah Arendt, de três atividades mentais, a saber: pensar, querer e julgar, aos quais correspondem, respectivamente, o pensamento, a vontade e o julgamento. Distingue-se da *vita activa* por sua *invisibilidade*, na medida em que esta é o espaço da *aparência*, enquanto aquela, a esfera da retirada do mundo.

Nesse contexto, o termo “pensamento” mostra-se, na obra de Hannah Arendt, equívoco. Com efeito, a autora utiliza a expressão ora como sinônimo de *vita contemplativa*, imprimindo-lhe um sentido metonímico em que a espécie passa a representar o gênero, ora como sinônimo de *compreensão* (busca pelo sentido de algo), ou ainda como abrangendo simultaneamente a cognição (raciocínio lógico-dedutivo) e a compreensão<sup>57</sup>.

Priorizar-se-á a acepção do pensamento enquanto compreensão ou busca pelo sentido, porquanto tal conotação se afigura autêntica manifestação da faculdade do pensar na visão arendtiana. Nesse contexto, pensar significa considerar as coisas do mundo, ausentando-se dele: “quando estou pensando saio do mundo das aparências, mesmo que o meu pensamento lide com objetos comuns dados pelos sentidos, e não com invisíveis como os conceitos de idéias, o antigo domínio do pensamento metafísico”<sup>58</sup>.

Opera-se, portanto, à medida que o homem, apartando-se da pluralidade, toma consciência de si mesmo (*consciousness*), ou seja, apercebe-se do fato de que não é apenas para os outros, mas também para si mesmo: “a consciência de si não é o mesmo que o pensamento; mas sem ela o pensamento seria impossível. O que o pensar realiza no seu processo é a diferença dada na consciência de si”<sup>59</sup>. Logo, neste afastamento do mundo, cada indivíduo compreende as coisas que se lhe apresentam, constituindo sua personalidade, mediante a formação de sua própria consciência (*conscience*): “nesse processo de pensamento em que realizo a diferença especificamente humana da fala eu me constituo de modo explícito como uma pessoa, e vou continuar a ser uma pessoa na medida em que seja capaz dessa constituição repetidas vezes.”<sup>60</sup> Não se trata, portanto, de prerrogativa de pessoas cultas.

---

<sup>57</sup> Cf. ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade**, p. 125-126.

<sup>58</sup> ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**, p. 232.

<sup>59</sup> ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**, p. 252.

<sup>60</sup> ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**, p. 160.

A faculdade humana da vontade, por sua vez, foi “descoberta” pelos cristãos. Com efeito, os antigos desconheciam-na como faculdade humana independente do *desejo* e da *razão*: para eles, a ação humana ou poderia ser impelida pelo desejo, isto é, pela atração por algo fora de si, hipótese em que o homem equiparar-se-ia a um animal, ou seria determinada pela força da razão, situação em que o homem exercitava sua condição verdadeiramente humana. Assim, a questão da vontade, como uma terceira faculdade mental, era obscura para os gregos, na medida em que o homem ou agia pelo desejo, em virtude de sua ignorância ou fraqueza, ou, conhecendo, agiria necessariamente por sua razão.

O aparecimento da vontade instaura um árbitro entre o desejo e a razão: “a nova descoberta é que há algo no homem que pode dizer sim ou não aos preceitos da razão, de modo que ceder ao desejo não é um ato incitado pela ignorância, nem pela fraqueza, mas pela minha vontade, uma terceira faculdade”<sup>61</sup>. A doutrina de Paulo, fundamentada nos ensinamentos de Jesus Cristo, empreendeu esta descoberta: a vontade torna-se árbitro entre o espírito, que conhece, e a carne, que deseja (“Porque não faço o bem que prefiro, mas o mal que não quero, esse faço.”<sup>62</sup>). Evidencia-se que a vontade armazena, em si, uma contra-vontade. Trata-se de uma luta consigo mesmo, um dois-em-um que, diferentemente do que ocorre no pensamento, mostra-se conflituoso: “A descoberta do apóstolo Paulo, que ele descreve em grande detalhe na Carta aos Romanos (escrita entre 54 e 58 A.D.), também diz respeito a um dois-em-um mas estes dois não são amigos ou parceiros; eles estão em constante luta entre si.”<sup>63</sup>

Observa-se, portanto, que, por implicar faculdade de escolha, a vontade e a liberdade pressupõem-se. Assim, diferentemente dos gregos, para quem a liberdade situa-se na idéia do poder fazer o que os imperativos do desejo ou da razão determinam, para Arendt, no rastro da filosofia kantiana, “nenhum elemento de liberdade pode residir na razão ou no desejo. O que quer que a razão me diga por um lado pode ser persuasivo ou convincente, ao passo que os meus apetites, por outro lado, são compreendidos como a reação desejosa a qualquer coisa que me afete do exterior”<sup>64</sup>. No árbitro entre um e outro, ou seja, na vontade reside a liberdade.

Não se trata propriamente de uma tematização moderna da liberdade, que gravita em torno da possibilidade da diferença, mas sim de uma introdução da liberdade enquanto *liberum arbitrium*. O fator *arbitrariedade*, inerente à noção de vontade, abre

---

<sup>61</sup> ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**, p. 179.

<sup>62</sup> Carta aos Romanos (Rm 7:19). In: **Bíblia Shedd**. Trad. João Ferreira de Alemida. São Paulo: Edições Vida Nova.

<sup>63</sup> ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind - Willing**, p. 64.

<sup>64</sup> ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**, p. 179.

espaço para a faculdade do julgamento, a qual, embora não vincule a atividade de querer, identifica o que está envolvido em nossos prazeres e desprazeres<sup>65</sup>.

A esse respeito, a faculdade humana de julgamento constituiria o tema do terceiro volume da obra “The Life of the Mind”, inconclusa pela autora em razão de sua morte em 1975. A teoria do julgamento arendtiana, importante para a compreensão de seu pensamento político, tem sido, nada obstante, reconstruída a partir da abordagem assistemática do tema ao longo de suas obras, principalmente a partir das aulas que ministrou, em 1970, na *New School For Social Research*, publicadas postumamente sob o título “Lectures on Kant’s Political Philosophy”. Naquela ocasião, encontrou na “Crítica do Juízo” os fundamentos do pensamento político kantiano, que lhe serviu de inspiração para analisar a atividade de julgar.

Com efeito, em Kant, Arendt encontra as bases de sua teoria do julgamento, sustentando, à sua luz, ser o julgar a habilidade de discernir entre o certo e o errado, o belo e o feio, o verdadeiro e o falso. Não se trata, porém, de uma mera operação lógica em que o particular é subsumido a uma regra geral previamente dada pela razão ou pelo divino: o “geral” não existe *per se*, mas deve ser visto como contido no particular. Assim é que “Ninguém pode definir a Beleza; e quando digo que esta tulipa particular é bela, não quero dizer: todas as tulipas são belas, portanto esta também é bela, nem aplico um conceito de beleza válido para todos os objetos”<sup>66</sup>. A grande questão é saber de onde vem a validade do julgamento se ela não é retirada de um conceito geral de beleza. Arendt acredita ser esta a questão principal com a qual Kant se confronta em sua Crítica do Juízo, e a sua resposta à referida indagação pode ser traduzida na seguinte expressão: *sensus communis*, ou, ainda, utilizando-se de uma linguagem mais moderna, não explicitamente trazida por Kant, intersubjetividade.

O termo *sensus communis* não é, para Kant, um sentido comum pertencente a todos em sua privacidade. É, ao contrário, um sentido externo criado pelos homens em sociedade, através do qual se integram a uma determinada comunidade. O gosto é considerado um tipo de senso comum – o § 40 de sua Crítica do Juízo é inaugurado com o seguinte título “Of Taste as a kind of *Sensus Communis*” - e é especificamente nesta seara que, enquanto expressão de um julgamento, é analisado, por Kant.

Gosto é, para Kant, o sentido comunitário (*gemeinschaftlicher Sinn*). Sentido é identificado como o efeito da reflexão sobre a mente, que afeta a cada um de

---

<sup>65</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind - Willing**. V. 2. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1978, p. 217.

<sup>66</sup> ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**, p. 204.

nós como se fosse uma sensação. Assim, gosto é “a faculdade de julgar *a priori* a comunicabilidade de sentimentos que estão ligados com uma dada representação (...) Ao considerarmos que a mera comunicabilidade geral de um sentimento deve carregar consigo mesma um interesse por nós (...), estamos aptos a explicar porque o sentimento no julgamento do gosto é imputado a todos, por assim dizer, como um dever.”<sup>67</sup>

Kant estava, portanto, consciente de que havia algo de não subjetivo no que parece ser o mais privado e subjetivo dos sentidos<sup>68</sup>. Dessa forma, verifica que, nas questões de gosto, “o belo interessa-nos apenas quando estamos em sociedade (...) Um homem que se encontre abandonado num deserto não adornaria nem sua cabana, nem a si mesmo (...). (Um homem) não se contenta com um objeto se ele não pode sentir satisfação nele juntamente com outros”<sup>69</sup>.

Nas questões de gosto e de julgamento, o outro e a esfera da intersubjetividade tornam-se explícitos. A esse respeito, Kant verifica duas operações mentais que antecedem a atividade de julgar, quais sejam: a *imaginação* e a *reflexão*. A primeira refere-se à atividade mental através da qual se representa algo que está ausente<sup>70</sup>. A segunda refere-se à atividade de levar-se os outros - seus sentimentos e pontos de vista em consideração – mostrando-se o desfecho, propriamente dito, da atividade de julgar.

A imaginação desempenha importante papel para o exercício das faculdades cognitivas, bem como para a atividade de julgar propriamente dita, sendo imprescindível tanto nos julgamentos determinantes, mediante os quais o particular é subsumido a uma regra geral, quanto nos julgamentos reflexivos, em que o geral deriva do particular<sup>71</sup>. No primeiro caso, ao possibilitar a representação intuitiva de um objeto ausente, a imaginação oferece um esquema indispensável para a atividade cognitiva, através do qual se “percebe” o universal em certo particular analisado. Assim, a identificação de um determinado objeto como uma cadeira depende da operação mediante a qual se representa mentalmente o conceito de cadeiras. Na segunda hipótese, a imaginação torna presente o ponto de vista dos outros, possibilitando inferir-se o geral a partir do particular. Aqui, o *exemplo* desempenha um papel semelhante ao do esquema no julgamento determinante, na medida em que contém em si mesmo uma regra geral. Logo, na identificação de um homem corajoso, um grego poderia trazer à sua mente a

---

<sup>67</sup> KANT, Immanuel. **Critique of Judgement**, § 40.

<sup>68</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **Lectures on Kant's Political Philosophy**. p. 67.

<sup>69</sup> KANT, Immanuel. **Critique of Judgement**, § 41.

<sup>70</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **Lectures on Kant's Political Philosophy**, p.43.

<sup>71</sup> Cf. KANT, Immanuel. **Critique of Pure Reason**, B104.

figura ausente de Aquiles, considerado um homem corajoso pelos gregos<sup>72</sup>. A validade do julgamento reflexivo é, portanto, *intersubjetiva*, na medida em que o exemplo deverá poder ser admitido em um universo plural.

Dessa forma, a condição *sine qua non* para o julgamento correto é a imparcialidade, possibilitada, segundo Kant, por uma “mente ampliada”, mediante a qual se é capaz de considerar os pontos de vista dos outros. O desinteresse e o desprendimento de si mesmo, proporcionado pela imaginação, tornam possíveis a imparcialidade. O grau dessa liberação constitui, portanto, a “medida” da validade do julgamento, que, consoante Arendt, “não pode ser estendida para além dos outros em cujos lugares o julgador se colocou”<sup>73</sup>.

O padrão para um julgamento (reflexão) correto é, por sua vez, o senso comum. Arendt observa que o sentido interior (*inner sense*), que é acionado pela faculdade mental da imaginação, ao tornar interiormente presente o que está ausente, é discriminatório por definição: “ele diz o que agrada e o que desagrade (e é) (...) chamado de gosto, porque como gosto, ele *escolhe*. Mas essa escolha sujeita-se a uma outra escolha: pode-se aprovar ou desaprovar algo pelo simples fato de ser agradável: isso também está sujeito a uma ‘aprovação ou desaprovação’”<sup>74</sup>. Essa segunda aprovação ou desaprovação é produto da *reflexão*, baseada no senso comum. Arendt utiliza-se do seguinte exemplo: “todas essas aprovações e desaprovações são reflexões tardias (*afterthoughts*); quando você está fazendo uma pesquisa científica, pode estar vagamente ciente de que está contente fazendo-a, mas apenas depois, ao refletir sobre ela, quando não mais estiver ocupado (...), é que você estará apto a desfrutar desse prazer adicional: o de *aprová-lo*.”<sup>75</sup> Na reflexão, portanto, aflora o olhar do outro.

Embora a descoberta kantiana da capacidade de julgamento imparcial, mediante sua noção de mente ampliada - atividade mental que não prescinde dos outros -, tenha se limitado ao julgamento estético, Hannah Arendt nela vislumbrou a semente de um pensamento político. Com efeito, a tensão entre cognição e julgamento estético abordados, respectivamente, na primeira e segunda Críticas kantianas, certificou, na filosofia de Hannah Arendt, o caráter representativo do pensamento político. Assim, a autora, analisando o antagonismo entre *verdade* e *opinião*, supera o desprezo por este

---

<sup>72</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **Lectures on Kant’s Political Philosophy**, pp. 83-84.

<sup>73</sup> ARENDT, Hannah. ARENDT, Hannah. Truth and Politics. In: **Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought**. Enl. Ed. New York: Viking Press, 1968, p. 221. A esse respeito, observe-se que Kant acreditava na possibilidade de alcance de um julgamento universalmente válido ao conceber o chamado “cidadão do mundo”.

<sup>74</sup> ARENDT, Hannah. **Lectures on Kant’s Political Philosophy**, p. 69.

<sup>75</sup> ARENDT, Hannah. **Lectures on Kant’s Political Philosophy**, p. 69.

em detrimento daquela, presente desde o pensamento político antigo, ao constatar que “toda reivindicação por uma verdade absoluta, na esfera dos negócios humanos, cuja validade prescinde do apoio da opinião, golpeia a raiz de toda política e de todos os governos”<sup>76</sup>. É a opinião, que restaura, no pensamento de Arendt, a dignidade do cidadão, reforçando a capacidade do homem de realizar o novo, sem as amarras da verdade.

Para Arendt, a introdução da verdade, na esfera pública, preclui o debate, essência da vida política. Com efeito, a validade do julgamento representativo, norteador pelo ponto de vista dos outros e pelo senso comum, não é auferida da mesma forma que a validade das proposições cognitivas e científicas, que não são julgamentos propriamente ditos: enquanto a verdade compele, o julgamento persuade. De fato, quando se afirma que o céu é azul, não se pretende convencer ninguém de algo que é por si só evidente. Ao se afirmar, porém, que determinado comportamento é certo ou errado, apela-se para o senso comum e para a persuasão, na medida em que a retidão ou o equívoco de certo comportamento não é evidente *per se*<sup>77</sup>. Logo, “As formas de pensamento e comunicação que tratam da verdade, se visto numa perspectiva política, são necessariamente tirânicas; não consideram a opinião de outras pessoas, que se mostra a pedra de toque de todo pensamento estritamente político”<sup>78</sup>.

A atividade de julgar, portanto, afigura-se, no pensamento arendtiano, essencial para a construção de um espaço público e para o exercício da vida política. Entre as atividades mentais do homem, entre o pensamento e a vontade, é ela a mais política de todas, afigurando-se uma esfera de interseção entre o teórico e o prático, entre a *vita contemplativa* e a *vita activa*, consoante se analisará.

A esse respeito, Arendt considera a atividade mental de julgar ora da perspectiva da *vita activa*, em que é tida como faculdade exercida por atores políticos, ora da *vita contemplativa*, em que é considerada como prerrogativa de historiadores e contadores de história. Tal levou Ronald Beiner a defender que Arendt teria, na verdade, elaborado duas teorias de julgamento. A propósito, defende Beiner que, se em seus escritos até o ensaio de 1971 ‘*Thinking and Moral Considerations*’ (‘Pensamento e Considerações Morais’), o julgamento é considerado sob o ponto de vista da *vita activa*, a partir deste ensaio em diante, o julgamento é considerado sob o ponto de vista das atividades mentais (*life of the mind*), deslocando-se a ênfase do pensamento

---

<sup>76</sup> ARENDT, Hannah. Truth and Politics, p. 233.

<sup>77</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **Lectures on Kant’s Political Philosophy**. p. 72.

<sup>78</sup> ARENDT, Hannah. Truth and Politics, p. 241.

representativo e da mente ampliada dos agentes políticos para a observação e o julgamento retrospectivo dos historiadores e contadores de história<sup>79</sup>.

A crítica é da seguinte forma sintetizada por Beiner: “Por um lado, ela (Arendt) é tentada a inserir o julgamento na esfera da *vita activa*, considerando-o como uma função do pensamento representativo e da mente ampliada de atores políticos, trocando opiniões no espaço público enquanto engajados em uma deliberação comum. Por outro lado, ela quer enfatizar a dimensão contemplativa e desinteressada do julgamento, que opera retrospectivamente, como o julgamento estético. Julgamento, no último sentido, é situado exclusivamente no âmbito da vida do espírito.”<sup>80</sup> E conclui por uma suposta predileção pela *vita contemplativa*, na medida em que Arendt supostamente alcançaria uma solução final, abolindo a tensão entre contemplação e ação, optando totalmente pela última concepção de julgamento, o que produziria, em última instância, a uma exclusão à qualquer referência à *vita activa* dentro da concepção revisada de julgamento<sup>81</sup>.

Tais observações devem ser, contudo, fortemente ponderadas. Não se trata de uma antinomia entre duas teorias de julgamento. Com efeito, há apenas *uma* teoria de julgamento, na qual este é, ao final, concebido como uma esfera de interseção entre a ação política e as atividades mentais, na medida em que a formação individual da opinião pressupõe a presença dos outros através das faculdades de representação e reflexão.

Assim, verifica-se que, mesmo o grau de contemplação presente na atividade de julgar, que se manifesta nas operações mentais da imaginação (liberação de si mesmo) e reflexão (senso comum), não são comparáveis à contemplação do filósofo clássico que se aparta do mundo das aparências. No julgamento, ao contrário, não ocorre o afastamento total do mundo e da esfera da intersubjetividade, sendo esta parâmetro para a validade e correção da atividade de julgar. Assim, o espectador julga enquanto membro de uma comunidade, devendo considerar a opinião dos outros.

O julgamento e a ação são norteados, igualmente, pelo mesmo princípio – comunicabilidade universal e publicidade<sup>82</sup>. O ator político, embora parcial, é, igualmente, conduzido à atividade de julgar, na medida em que, agindo publicamente,

---

<sup>79</sup> Cf. BEINER, Ronald. Interpretative Essay. In: ARENDT, Hannah. **Lectures on Kant's Political Philosophy**, p. 91.

<sup>80</sup> BEINER, Ronald. Interpretative Essay. In: ARENDT, Hannah. **Lectures on Kant's Political Philosophy**, p. 91.

<sup>81</sup> Cf. BEINER, Ronald. Interpretative Essay. In: ARENDT, Hannah. **Lectures on Kant's Political Philosophy**, p. 139.

<sup>82</sup> Cf. D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**, p. 120.

necessita da aprovação de seus espectadores. Logo, em cada ator ou fabricante há um crítico ou espectador, porquanto embora este não compartilhe a faculdade de um gênio, ou seja, a originalidade, com o fabricante, nem a faculdade de fazer o novo com o ator, ambos – ator e espectador – têm em comum a faculdade de julgar sem a qual o ator estaria tão isolado do espectador que ou seria considerado um *louco*<sup>83</sup> ou sequer seria percebido<sup>84</sup>.

Com efeito, o julgamento – a distinção do certo e do errado, do feio e do bonito, do agradável e do desagradável – apela para o senso comum, que, na condição de um sentimento formado intersubjetivamente, norteia a comunicação, implicando, necessariamente, a consideração das perspectivas dos outros. O espaço político depende, igualmente, do senso comum, na medida em que se trata do espaço da comunicação, do debate, que não prescinde da atividade do julgamento, tanto no que se refere aos atores políticos, quanto aos espectadores.

Nesse contexto, cumpre ressaltar que Hannah Arendt reconhece uma relativa prioridade do pensar sobre as atividades do querer e do julgar. A esse respeito, ressalta não tratar-se de uma hierarquização dessas faculdades, mas sim do reconhecimento de uma *prioridade temporal* do pensar sobre as demais atividades mentais: o pensar refere-se ao presente, ao passo que o julgar, ao passado e o querer, ao futuro. A propósito, o homem é o único animal capaz de fracionar a linha do tempo, retirando-se da realidade através das faculdades mentais. Essa retirada começa, geralmente, pela abstração da realidade presente mediante a atividade do pensamento. Assim, consoante observa João Maurício Adeodato, “é na faculdade de pensar que convergem suas origens não só as demais atividades mentais como também a própria faculdade de agir, de iniciar algo novo na realidade exterior.”<sup>85</sup>.

Todavia, as atividades mentais de pensar, querer e julgar são autônomas. Nesse sentido, enfatiza Hannah Arendt que tais são as três atividades mentais básicas, não podendo ser derivadas uma da outra, nem, por possuírem certas características comuns, serem reduzidas a um denominador comum. Além disso, ressalta que a

---

<sup>83</sup> A propósito, para Hannah Arendt, insanidade é a perda do senso comum, daquilo que nos liga ao mundo. Cf. ARENDT, Hannah. **Qu'est-ce que c'est la politique?**, p. 34.

<sup>84</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **Lectures on Kant's Political Philosophy**. p. 63. Arendt utiliza a distinção kantiana entre genialidade e gosto para desenvolver a relação existente entre ator e espectador. Para Kant requer-se genialidade na produção de obra de artes, ao passo que, para julgá-las, nada mais é requerido do que gosto. Analisando qual das duas faculdades é a mais nobre, esclarece que “abundância e originalidade de idéias são menos necessárias para a beleza (...) porque toda a abundância (...) produz numa liberdade sem lei nada mais do que falar de sentido”. Assim, o gosto (julgamento) seria mais importante, por ser “a faculdade pela qual a originalidade é ajustada ao entendimento”. Cf. KANT, Emanuel. **Critique of Judgement**, § 48.

<sup>85</sup> ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade**, p. 139.

autonomia das atividades mentais implica não serem condicionadas, não correspondendo nenhuma das condições da vida ou do mundo diretamente a elas<sup>86</sup>. Logo, a vontade é espontânea, independendo do desejo ou de qualquer atividade pensante, assim como a faculdade de julgar não se volta para o presente, mas sim para acontecimentos do passado.

Além da temporalidade, a diferença crucial entre pensamento, de um lado, e vontade e julgamento, de outro, reside no fato de que o primeiro trata exclusivamente de generalidades, enquanto os últimos referem-se a particularidades. Assim é que o diálogo silencioso de si consigo mesmo, através do qual se realiza a faculdade do pensamento, extrai o invisível da experiência, elaborando *categorias gerais*. Na atividade de julgar e do querer, a seu turno, considera-se o *particular* em sua particularidade, na medida em que as atividades de querer e de julgar dizem respeito a objetos que estão ausentes porque não são ainda ou porque não são mais, distinguindo-se do pensamento, que trata dos invisíveis em toda experiência, tendendo a generalizar, ao passo que sempre tratam de particulares e neste ponto estão muito mais perto do mundo das aparências<sup>87</sup>.

Outrossim, o pensamento, em sua acepção estrita, ocupa-se da busca pelo sentido, transcendendo e, muitas vezes, destruindo o próprio senso comum: “(...) o pensar, inevitavelmente, tem um efeito destrutivo (...) sobre todos critérios, valores e parâmetros do bem e do mal estabelecidos, em suma, sobre aqueles costumes e regras de conduta de que tratamos na moral e na ética.”<sup>88</sup>.

Apesar das diferenças, as faculdades mentais não se mostram isoladas, mas, antes, relacionam-se e pressupõem-se reciprocamente. No ensaio “Thinking and Moral Considerations” (1971), Arendt depara-se com o seguinte questionamento: a habilidade de julgar, de discernir o certo do errado, o bonito do feio, depende de nossa faculdade de pensar? A resposta é dupla. Primeiramente, consoante ressaltado, o pensamento encarrega-se da liberação de preconceitos e assume o papel de dissolver regras de condutas aceitas, preparando o indivíduo para enxergar o particular em sua particularidade, sem a ajuda de universais preestabelecidos<sup>89</sup>.

A esse respeito, observa Arendt que o pensamento não cria valores, residindo sua importância nos raros momentos de anarquia, em que todos os parâmetros e valores outrora estabelecidos são esquecidos. Assim, o indivíduo é preparado através da atividade de pensar para julgar por si mesmo, ao invés de ser influenciado por ações

---

<sup>86</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **The Life of the mind (thinking)**, pp. 69-70.

<sup>87</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **The Life of the mind (thinking)**, p. 213.

<sup>88</sup> ARENDT, Hannah. **The Life of the mind (thinking)**, p. 175.

<sup>89</sup> Cf. ARENDT, Hannah. Thinking and Moral Considerations: A Lecture. **Social Research**. n. 38/3, 1970, p. 378.

e opiniões de terceiros. Nesse sentido, é explícita no sentido de que, quando todos são arrastados irrefletidamente pelo que todos pensam e acreditam, a atividade de pensar traz à tona as implicações de opiniões não examinadas, destruindo valores, doutrinas, teorias e até convicções, sendo, portanto, política por implicação. Tal destruição tem um efeito liberador sobre a faculdade de julgamento, com relação a qual Arendt afirma ser a mais política das habilidades mentais do homem, porquanto afigura-se a faculdade de apreciar particulares sem submetê-los a regras gerais que podem ser ensinadas e aprendidas até tornarem-se hábitos que podem ser substituídos por outros hábitos e regras<sup>90</sup>.

Em segundo lugar, tanto o pensamento e seu produto – a consciência -, quanto o julgamento tratam de questões relacionadas ao certo e ao errado, porém de uma forma diferenciada: enquanto a consciência dirige sua atenção para o *eu*, o julgamento dirige-se ao mundo<sup>91</sup>, possibilitando a manifestação do vento do pensamento na esfera da aparência: “se o pensar – o dois-em-um do diálogo silencioso, realiza a diferença dentro de nossa identidade como ela é dada na consciência de si mesmo (*consciousness*), e, desse modo, resulta na consciência como seu subproduto, então o julgar, o subproduto do efeito liberador do pensar, empresta realidade ao pensar, torna-o manifesto no mundo das aparências, no qual nunca estou sozinho e sempre ocupado demais para ser capaz de pensar.”<sup>92</sup>

Observe-se, por oportuno, que essa relação entre pensar e julgar expressa a função política potencialmente desempenhada pelo pensar. A propósito, assinala Arendt que embora o pensar *per se* pouco beneficie a sociedade, por constituir um diálogo invisível travado na consciência (*consciousness*), que se ocupa com o *self* e não com o mundo, sua importância política e moral aparece nos raros momentos em que o mundo perde seus padrões: “Nesses momentos, o pensar deixa de ser uma questão marginal nas questões políticas. Quando todo mundo é arrebatado sem pensar por aquilo que todos os demais fazem e acreditam, aqueles que pensam são puxados para fora de seus esconderijos porque a sua recusa a se juntar ao grupo é visível e, com isso, se torna uma espécie de ação.”<sup>93</sup>

Essa desconstrução torna-se manifesta através do exercício da atividade de julgar: “O elemento purificador do pensar (...) tem um efeito liberador sobre uma outra

---

<sup>90</sup> Cf. ARENDT, Hannah. *Thinking and Moral Considerations*, p. 36.

<sup>91</sup> Cf. D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. *The Political Philosophy of Hannah Arendt*, p. 111.

<sup>92</sup> ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*, p. 257.

<sup>93</sup> ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*, p. 256.

faculdade humana, a faculdade do julgamento (...).”<sup>94</sup>, lembrando não ser a manifestação do vento do pensamento o conhecimento, mas sim a capacidade de distinguir o certo do errado, o belo do feio, o que pode “impedir catástrofes nos raros momentos em que as cartas estão abertas sobre mesa.”<sup>95</sup>.

Dessa forma, analisando os “feitos” praticados pelo carrasco nazista Eichmann, que parecia ter abdicado da faculdade de pensar, Arendt conclui que ninguém que tivesse preservado sua consciência pessoal, cultivando o hábito de dialogar consigo mesmo, poderia ter-se deixado levar tão inquestionavelmente pelas tendências de seu tempo, cumprindo suas funções institucionais quase como se fosse um robô.

No que se refere à faculdade mental do querer, observa-se que estreito se afigura o relacionamento entre a vontade e o julgamento. Com efeito, desde que os cristãos “descobriram” a vontade como uma terceira faculdade mental distinta da razão e do desejo, a primeira tornou-se um árbitro entre os dois últimos. Assim, dado que o querer é a faculdade que está mais imediatamente ligada com a ação, a qual se efetua no mundo da aparência, o julgamento, de ordinário, preceda a vontade, muito embora tal equacionamento não seja necessário ou imprescindível.

Observa-se, portanto, que as atividades mentais integrantes da *vita contemplativa*, começando pelo pensar, constituem um limite para a ação. Dessa forma, embora a vida do espírito não produza nada externamente, o mero fato de se travar um diálogo interno consigo mesmo institui barreiras à ação. Nesse sentido, a atividade do julgamento mostra-se particularmente relevante para a discussão da licitude da interrupção de gravidez de feto anencéfalo no Brasil, na medida em que se reporta tanto à noção de imparcialidade, quanto a um contexto significativo intersubjetivamente compartilhado.

## **5. Moralidade e política no pensamento de Hannah Arendt: por uma ética da solidariedade**

A relação entre moralidade e política afigura-se um dos temas mais nebulosos do pensamento político de Hannah Arendt. Afinal, indaga-se como a autora, opondo-se tão viva e originalmente ao terror das experiências totalitárias do século XX, pôde, simultaneamente, defender a exclusão do amor, da bondade, da consciência, da compaixão e da piedade da esfera política. Essa aparente contradição levou alguns,

---

<sup>94</sup> ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**, pp. 256-257.

<sup>95</sup> ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**, p. 257. A propósito, a catástrofe a que Arendt especificamente referia-se era a ascensão do regime nazista, que culminou com a perseguição dos judeus.

como George Kateb, a afirmar que Hannah Arendt teria criado um pensamento político *amoral*: “se amoralidade é uma forma de imoralidade, então, em alguns momentos de imprudência, Arendt celebra a imoralidade.”<sup>96</sup> A assertiva mostra-se, entretanto, equivocada.

A esse respeito, atenta Maurizio D’Entrèves para o fato de que mencionado entendimento é fruto de uma ênfase exacerbada na dimensão *expressiva* da articulação da ação por Hannah Arendt, que considera a ação prioritariamente como forma de revelação de identidades individuais, em detrimento de sua dimensão *comunicativa*, que articula a ação como o modo através do qual os indivíduos estabelecem relações de reciprocidade e solidariedade<sup>97</sup>. O que os críticos da autora olvidaram foi a interdependência de ambas as dimensões, ou seja, o fato de que a revelação de identidades manifesta-se num contexto plural, regido por princípios que velam pela possibilidade de uma *pluralidade* de revelações.

Nesse ponto, cumpre observar que talvez o pensamento político de Hannah Arendt tenha-se mostrado tão aguçado e profundo na defesa da pluralidade humana, pelo fato de que o combate a essa pluralidade, que se operou na Alemanha de Hitler, custou a vida de muitos e quase a dela própria. Assim, Arendt dedicou grande parte de sua obra a averiguar quais barreiras teriam sido eficazes para obstaculizar o florescimento de experiências totalitárias. Sua conclusão foi a de que tais barreiras não residiriam nem numa *moral pessoal* – quer fruto de uma consciência socrática, quer produto de uma moralidade cristã –, nem em usos e costumes, mas sim no estabelecimento de uma *moralidade pública*, assentada em instituições e ações políticas, e norteadas por princípios distintos de uma moralidade privada.

Com efeito, Arendt observa que nem o Cristianismo, nem os padrões morais ordinários foram capazes de impedir a ascensão do Nazismo e do Stalinismo no século XX. No que se refere à moralidade cristã, sustenta que se o Ocidente não tivesse conhecido a perda da fé em Deus e a conseqüente falta de medo do inferno e do julgamento final, a religião teria sido capaz de evitar a matança nos campos de concentração. A esse respeito, assinala ser o medo do inferno o único elemento político da religião cristã: “sob uma perspectiva de mera utilidade, nada poderia competir melhor com a coerção interna de ideologias totalitárias no poder das almas humanas do

---

<sup>96</sup> KATEB, George. **Hannah Arendt: Politics, Conscience, Evil**, p. 33.

<sup>97</sup> Cf. D’ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**, p. 10.

que o medo do inferno.”<sup>98</sup> Todavia, em face da perda da fé, a moralidade religiosa tradicional não pôde impedir as catastróficas experiências totalitárias do século XX.

A moralidade comum tampouco foi capaz de evitar o totalitarismo. A propósito, salienta Arendt que os padrões morais vigentes na Alemanha anterior a Hitler, muito embora se opusessem à ideologia nazista, foram incapazes de impedir sua ascensão. Assim, embora a moralidade - os *mores* ou costumes de um país - ainda estivessem presentes, haviam mudado radicalmente de conteúdo, de tal sorte que a solução final da matança dos judeus, embora “desconfortável”, era tida como correta. A esse respeito, assinala Arendt, ao acompanhar o julgamento do carrasco nazista Eichmann, que este era um homem comum, uma pessoa “normal”, nem fraco de espírito, nem inculto ou cínico, e, nada obstante, foi capaz de cometer monstruosidades<sup>99</sup>. Dessa forma, alerta para os perigos de um corpo político coeso apenas por costumes e tradições<sup>100</sup>.

Em seu pensamento político, identifica a existência de uma *moralidade pública* diferenciada a nortear o espaço político, no que se distancia do pensamento aristotélico, que associa a política à consecução de fins últimos, expressos por ensinamentos éticos, igualmente válidos na esfera privada. O espaço político não comporta, para a autora, quer uma moralidade absoluta, com o é a religiosa -, quer meros costumes e tradições, facilmente modificáveis: “moralidade pessoal em suas formas autênticas, como consciência socrática e bondade cristã, poderia, de fato, prevenir indivíduos de praticarem o mal, mas nenhuma das duas estão suficientemente

---

<sup>98</sup> ARENDT, Hannah. Religion and Politics. **Confluence** 2/3. September, 1953, p. 125.

<sup>99</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **Eichmann in Jerusalem**, p. 23.

<sup>100</sup> Arendt afirma que a mudança repentina dos padrões morais então vigentes na Alemanha pré-nazista operou-se em virtude da abdicção das faculdades mentais de pensar e de julgar. Para Arendt, a impotência apenas implica isenção de responsabilidade, na hipótese de recusa de participação na vida pública: “existem situações extremas em que a responsabilidade pelo mundo, que é primariamente política, não pode ser assumida, porque a responsabilidade política sempre pressupõe, ao menos, um mínimo de poder político. A impotência ou a total falta de poder é, creio eu, uma desculpa válida”. (ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**, p. 104) Esse aspecto é ressaltado por Bethânia Assy, para quem “Na medida em que traça uma distinção aguda entre responsabilidade moral e responsabilidade política, a autora enfatiza a não participação na esfera pública nos regimes totalitários como uma forma de resistência, uma forma de ação ao se referir aos poucos que não se negaram à atividade de julgar, que assumiram o que denomina de responsabilidade pessoal”. E arremata que: “Em tais circunstâncias radicais, as atividades da vida do espírito se revelariam como a face interna da ação, a simples atitude de não-agir, no sentido de recusa a tomar parte em determinados eventos políticos”, ressaltando a condenação de Arendt pela inação: “No mesmo viés, permanecer fazendo parte de um regime ou evento, sob suas adjacências políticas, na forma de silêncio, de inação, pode se tornar a forma mais devastadora de ação e de falta de responsabilidade política”. (ASSY, Bethânia. *Faces privadas em espaços públicos – Por uma ética da responsabilidade*, p. 51. Seria, portanto, dever de cada um dos alemães opor-se ao regime nazista, mesmo se tal pudesse ser feito apenas mediante retirada da esfera pública. Assim, se não o fizeram, assumiram a responsabilidade política pelas atrocidades do regime. Logo, a negação em massa de tal responsabilidade corrobora, para Arendt, a idéia de que “existe um Eichmann em cada um de nós”. (ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**, p. 123).

envolvidas com os negócios públicos para prevenir práticas totalitárias”<sup>101</sup>. Assim, a *moralidade pública*, autônoma e distinta das formas de moral pessoal, seria fundamentada na afirmação da cidadania, na igualdade de direitos e na criação de instituições políticas aptas a preservar a liberdade do homem.

A moralidade política que propõe não provém, portanto, da natureza das coisas, nem de deduções lógicas. Essa moralidade política decorre, sim, da própria condição humana da pluralidade, situando-se dentro da própria ação: “esses preceitos morais são os únicos que não são aplicados à ação de fora, de alguma suposta faculdade superior ou de experiências situadas fora dos próprios fins da ação. Afloram, do contrário, diretamente da vontade de viver com os outros através da ação e da fala”<sup>102</sup>.

Assim, em face das desastrosas experiências “políticas” vividas no século XX, a pluralidade é invocada quase como um *apelo*, uma veemente recomendação de que devemos conscientizarmos de que cada um de nós vive num mundo que *nos* é comum. A esse respeito, observem-se as belas e expressivas palavras proferidas por Hannah Arendt, através das quais manifesta a fonte de inspiração de seu pensamento político:

*“Aqui estamos, lançados na segunda metade do século XX, cercado de autoridades que nos impõem regras, e na sombra de campos de morte e bombas de hidrogênio. Ninguém pode dar-nos uma demonstração lógica de que todos nós temos direitos humanos, mas os campos e as bombas entre eles mostram-nos o que pode acontecer se não concordarmos em compartilhar o mundo com os outros. Nós temos fortes razões para tentarmos viver juntos em paz, e nossa pluralidade e capacidade para a ação política mostra-nos como isso pode ser feito. Nós não precisamos ser santos para alcançar isso; não precisamos esperar por uma revolução moral, e nossos sentimentos e motivos estarão em melhor lugar se deixados escondidos na obscuridade de nossos corações humanos. Tudo o que é necessário é que devemos estar comprometidos com soluções políticas para problemas políticos: que devemos estar dispostos a travar e manter acordos um com os outros, a estabelecer instituições duradouras para guardarem os direitos que garantimos uns aos outros, e a consagrar-nos como cidadãos para manter e improvisar o mundo público que se situa entre nós.”*<sup>103</sup>

E, nesse ponto, aflora nossa responsabilidade pessoal pelo mundo, consoante explicita Arendt:

*“Se despojamos os imperativos morais de suas conotações e origens religiosas, sobra-nos a proposição socrática: é melhor sofrer o erro*

---

<sup>101</sup> CANOVAN, Margaret. **Hannah Arendt – A reinterpretation of her political thought**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 197.

<sup>102</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 245-246.

<sup>103</sup> **Hannah Arendt on Hannah Arendt**. *Apud.* CANOVAN, Margaret. **The Political Thought of Hannah Arendt**. New York p. 56.

*do que cometê-lo... A resposta política à proposição socrática seria: O que é importante para o mundo é que não haja erros... Não importa quem sofra com isso; seu dever (your duty) é preveni-lo.*"<sup>104</sup>

Dessa forma, observa-se que foi por amor a esse mundo que Arendt quis escapar, na articulação da esfera política, de padrões morais pessoais – quer de origem secular, quer de raízes religiosas. Desse *amor*, que se traduz pela vontade de viver pacificamente com os outros é que decorrem os princípios da esfera pública, a saber: a solidariedade (o maior de todos eles e fonte de inspiração para os demais), a disposição para perdoar e para ser perdoado, bem como para fazer promessas e mantê-las.

Tais máximas políticas não provêm de deduções lógicas em face da condição humana da pluralidade, mas sim, consoante observa Canovan, “de estímulos (...) (promovidos pela) experiência política maligna de seu tempo.”<sup>105</sup> Assim, o fato de que pessoas compartilham o mundo pode-nos conduzir, como tem freqüentemente feito, a conclusões de que devemos enganar, explorar e matar os outros<sup>106</sup>. Como pluralidade não impõe direitos iguais, as “recomendações políticas (de Arendt) são mais embasadas em compromissos morais do que ela chega a admitir.”<sup>107</sup>

A propósito, cumpre observar que o próprio conceito de princípio tal como formulado pela autora demonstra não se tratar de uma construção intelectual, na medida em que não decorre de uma máxima teórica estável, mas sim da própria ação, sendo-lhe fonte de inspiração: os princípios manifestam-se no mundo apenas através da ação, e tão-somente enquanto esta durar<sup>108</sup>. Assim, “princípios não são abstratos, mas são extremamente gerais, inspirando ações sem prescrevê-las. Relacionam-se com a maneira através da qual as pessoas agem, e particularmente com a forma com a qual elas *começam* a agir, o *principium* que estabelece o princípio de uma ação subsequente.”<sup>109</sup>

Dessa forma, a distinção entre uma moralidade pessoal e uma moralidade pública, regida por princípios próprios, objetiva garantir a pluralidade, pretendendo-se, com isso, obstaculizar a incidência, na esfera pública, de absolutos, tais como noções referentes à bondade, ao amor, à compaixão e à piedade, as quais eliminam a distância entre os homens. A esse respeito, Arendt observa que os escombros da Revolução Francesa bem demonstraram a inaptidão das referidas virtudes pessoais em reger os

---

<sup>104</sup> ARENDT, Hannah. Collective Responsibility (1968). In: *Amor Mundi: Explorations in the Faith and Thought of Hannah Arendt*. Boston: J. W. Bernauer SJ, 1987, p. 47

<sup>105</sup> CANOVAN, Margaret. *The Political Thought of Hannah Arendt*, p. 199.

<sup>106</sup> Cf. ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem*, p. 255-256.

<sup>107</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem*, p. 198.

<sup>108</sup> Cf. ARENDT, Hannah. What is Freedom?. In: *Between Past and Future*, p. 152.

<sup>109</sup> CANOVAN, Margaret. *The Political Thought of Hannah Arendt*, p. 173.

negócios públicos. Assim, embora a compaixão sempre tenha existido, ela passou a distorcer a política, na medida em que foi adulterada e pervertida pelos revolucionários franceses, inspirados que foram na descoberta rousseauiana da *piiedade*, um sentimento de compaixão generalizada que poderia ser compartilhada e falada por todos. A combinação entre piedade e terror estaria, portanto, justificada: os revolucionários, que se orgulhavam de seus sentimentos e motivos, começaram a desconfiar dos sentimentos alheios, enxergando hipocrisia em todos.

Dessa forma, sentimentos e emoções, por pertencerem à escuridão do coração humano, sendo indemonstráveis, são sempre pervertidos quando invocados publicamente: “todo esforço para fazer a bondade manifestar-se em público termina com a aparição de crime e criminalidade na esfera política.”<sup>110</sup> Nesse sentido, deve-se empreender uma análise acerca da licitude da interrupção da gravidez de feto anencéfalo apartada de sentimentalismos pessoais e de noções particulares de bondade sob pena de se vilipendiar o fundamento público de uma tal decisão.

A esse respeito, observa-se que, para Arendt, a bondade perde sua essência ao ser exposta em público: “a bondade contém, obviamente, certa tendência de evitar ser vista e ouvida (...). Pois é claro que, no instante em que uma boa obra se torna pública e conhecida, perde seu caráter específico de bondade, de não ter sido feita por outro motivo além do amor à bondade. Quando a bondade se mostra abertamente já não é bondade, embora possa ainda ser útil como caridade organizada ou como ato de solidariedade.”<sup>111</sup> Nesse mesmo sentido, acentua a qualidade anti-política do amor, que sequer pode expressar-se em palavras: “por natureza, o amor é extramundano e é por esta razão – e não por ser tão raro – que é não apenas apolítico mas anti-político, talvez a mais poderosa das forças humanas anti-políticas.”<sup>112</sup> Assim, “embora seja uma das mais raras ocorrências da vida humana, possui, de fato, inigualável poder de auto-revelação e inigualável clareza de perceber o *quem*, precisamente por não cuidar – de maneira quase alheia a este mundo – de o *que* a pessoa amada é (...). Dada a sua paixão, o amor destrói aquela mediação que estabelece uma relação entre nós e os outros, e deles nos separa”<sup>113</sup>.

Arendt observa, portanto, a inadequação da incidência de princípios morais absolutos para a esfera pública - espaço caracterizado pela igualdade. Afinal, “bondade

---

<sup>110</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 98.

<sup>111</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 84-85.

<sup>112</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 254.

<sup>113</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, pp. 253-254.

absoluta é tão perigosa quanto maldade absoluta.”<sup>114</sup> Dessa forma, “a razão pela qual Arendt se opôs à introdução de uma moral absoluta na política era que tal moralidade era essencialmente privada e fadada a ser distorcida ou tornar-se destrutiva quando introduzida na esfera pública.”<sup>115</sup>

Sustenta, portanto, que as relações políticas devem assentar-se no meio termo, no âmbito da virtude e do vício ordinários, e não na esfera do bem e do mal absolutos. A cada princípio moral absoluto opõe-se, portanto, um princípio político: no lugar do amor, respeito; ao invés de compaixão e piedade, solidariedade; no lugar da consciência, cidadania ativa. Acerca do amor e do respeito, observa, especificamente: “o que o amor é em sua esfera própria e estritamente delimitada, o respeito é na esfera mais ampla dos negócios humanos. Como a *philia politike* aristotélica, o respeito é uma espécie de ‘amizade’ sem intimidade ou proximidade.”<sup>116</sup>

A propósito, a aparente frieza e abstração do princípio da solidariedade, se comparado à compaixão e à piedade, constitui, na verdade, uma vantagem: a compaixão ainda é uma resposta apropriada para pessoas decentes quando confrontadas com sentimentos, porém “política envolve generalizações e tentar baseá-la em sentimentos generalizados é muito perigoso”<sup>117</sup>. Dessa forma, Arendt concebe a solidariedade como princípio político maior, na medida em que estabelece “desapaixonadamente uma comunidade de interesse com o oprimido e o explorado”<sup>118</sup>, os quais passam a ser vistos como parceiros na dignidade humana e na formação de um mundo comum. A moralidade apropriada para a política deve, portanto, ser fundamentada em critérios públicos e expressar não sentimentos privados, mas o exercício de nossa capacidade moral ordinária de prometer, perdoar, julgar e pensar, possibilitando, assim, a pluralidade<sup>119</sup>.

Cumprido ressaltar, por oportuno, que, nesse ponto, Arendt afasta-se dos gregos, notadamente do pensamento aristotélico, para quem “ética representa o ensinamento das virtudes individuais; política implica a realização dessas virtudes no nível da comunidade - *polis*”<sup>120</sup>. A esse respeito, observa-se que a política, em sua

---

<sup>114</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 82.

<sup>115</sup> D'ENTRÈVE, Maurizio Passerin. **The Political Thought of Hannah Arendt**, p. 93.

<sup>116</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 254-255.

<sup>117</sup> Cf. ARENDT, Hannah. Political Experiences (1955) MSS Box 40 024160. *Apud* CANOVAN, Margaret. **The Political Thought of Hannah Arendt**, p. 172.

<sup>118</sup> Cf. ARENDT, Hannah. Die Jüdische Armee – ein Mittel zur Versöhnung der Völker. MSS Box 64 3. *Apud* CANOVAN, Margaret. **The Political Thought of Hannah Arendt**, p. 171.

<sup>119</sup> Cf. D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Thought of Hannah Arendt**, p. 95.

<sup>120</sup> Manuscrito da autoria do Professor Miroslav Mílovic ainda não publicado, entregue aos alunos da pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília em agosto de 2005.

acepção clássica, apresenta-se vinculada ao alcance finalístico do *melhor*, incorporado no postulado aristotélico da realização do geral no particular.

Todavia, Arendt procura, na formação de seu pensamento político, desvencilhar-se de teleologias metafísicas, sejam de ordem secular, ou de ordem religiosa, rejeitando a formação de uma *teoria* – na estrita acepção clássica do termo – da ação. Esta, sendo espontânea e imprevisível, cria os próprios princípios a que se subordina. Assim, analisando a experiência totalitária de seu tempo, vislumbra, no princípio da solidariedade, a chave-mestra da ação política, da constituição de um mundo, de fato, *comum*, assentado em instituições políticas democráticas, reforçando a idéia de que o político não está acima de nós, como pretendeu Platão, nem em nós, como diria Rousseau, mas *entre* nós.

## **6. O espírito revolucionário, o sistema de conselhos e a busca pelo tesouro perdido**

No nascimento da modernidade afloraram duas experiências revolucionárias, que, embora compartilhassem o lema de que “todo poder emana do povo”, tiveram desfechos opostos. Tais foram os casos da Revolução Francesa e da Revolução Americana, que, por razões históricas, assumiram inspirações fortemente diferenciadas, notadamente no que se refere à concepção de *poder* e de *povo*.

Com efeito, a expressão *le peuple* - “a chave para o entendimento da Revolução Francesa”<sup>121</sup>, segundo Arendt – abrangia os indivíduos não enquanto cidadãos, significando antes as classes inferiores e necessitadas da população. Tal acepção, eivada de forte carga emotiva, elevou a *compaixão* à condição da maior das virtudes políticas, de tal sorte que “a legitimidade pessoal daqueles que representavam o povo, e que estavam convencidos de que todo o poder legítimo devia originar-se deles, só podia repousar naquele *zèle compatissant*, naquele ‘impulso imperioso que nos atrai para *les hommes faibles*’”<sup>122</sup>. Aflorou, portanto, pela primeira vez na esfera pública, a chamada *questão social*, como o centro da atividade política, isto é, a idéia de que a política deveria garantir a satisfação das necessidades vitais dos homens. Foi justamente a introdução da necessidade, à qual se seguiu à “virtude política” da *compaixão*, que destruiu o sentido realmente político da Revolução Francesa: “a *compaixão* elimina a distância, o espaço material entre os homens, onde se localizam os eventos políticos e

---

<sup>121</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 59.

<sup>122</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 59.

todo o universo das relações humanas”<sup>123</sup>, sendo responsável pela introdução da guerra contra a hipocrisia, que transformou a ditadura de Robespierre no Reinado do Terror<sup>124</sup>.

Por outro lado, na Revolução Americana, o povo assumia a conotação de coletividade - “infindável variedade de multidão cuja majestade residia em sua própria pluralidade”<sup>125</sup> – à qual se contrapunha a opinião pública, isto é, à unanimidade potencial de todos. A concepção de povo, para os revolucionários americanos, diferentemente dos franceses, era, portanto, eminentemente política. A esse respeito, acentua Arendt que “eles (os revolucionários americanos) sabiam que o plano político, numa república, se constituía numa troca de opiniões entre iguais, e que esse plano simplesmente desapareceria, no próprio instante em que esse intercâmbio se tornasse supérfluo, se por acaso todos os iguais fossem da mesma opinião.”<sup>126</sup> De fato, a população americana encontrava-se politicamente organizada mediante um infindável feixe de acordos e promessas que originavam e multiplicavam o poder. A respeito, observa-se que a ruptura com a monarquia inglesa não deixou os americanos desamparados de qualquer organização política, como ocorreu na Revolução Francesa: a integração política da sociedade civil americana restou intacta após a proclamação de sua independência, e foi justamente a preocupação com sua manutenção que norteou a estruturação da recém-nascida república federativa.

Contrariamente, na França, quaisquer corpos políticos “constituídos”<sup>127</sup> (parlamentos, ordens e estados) fundamentavam-se em privilégios, ocupação e nascimento e representavam interesses particulares. Ao monarca cabia representar o interesse público: “Nenhum dos parlamentos europeus era um corpo legislativo; eles tinham, quando muito, o direito de dizer ‘sim’ ou ‘não’; no entanto, a iniciativa, ou o direito de agir, não lhes cabia.”<sup>128</sup>. Assim, a distinção entre governantes e governados, diferentemente do que ocorreu na Revolução Americana, não foi rompida pela Revolução Francesa. De fato, a questão social, aliada à identificação do poder com a lei, possibilitou a exclusão da massa faminta dos assuntos políticos: a política, exercida pelos governantes, deveria providenciar o bem dos governados. Para os revolucionários “profissionais” franceses, era a força da massa faminta, e não uma sociedade

---

<sup>123</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 68.

<sup>124</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 78.

<sup>125</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 74.

<sup>126</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 74.

<sup>127</sup> A esse respeito, assevera Hannah Arendt, com maior precisão, que “Do ponto de vista estrito, não havia corpos políticos em nenhuma parte do Velho Mundo. O próprio corpo político já era uma inovação nascida das necessidades e do engenho daqueles europeus que decidiram deixar o Velho Mundo, não apenas para colonizar um novo continente, mas também com o propósito de instituir uma nova ordem mundial”. (ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 145.)

<sup>128</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 144.

politicamente estruturada em busca da liberdade, como no caso americano, a grande mola propulsora da Revolução.

Subjacente a esta questão, encontra-se o terceiro aspecto que diferencia a Revolução Francesa e da Revolução Americana, a saber: a concepção de poder. Com efeito, ao afirmarem que todo o poder emana do povo, os revolucionários franceses identificavam poder com violência – a força acumulada de uma multidão necessitada que se libertara dos laços de uma organização política opressora: “Os homens da Revolução Francesa, não sabendo distinguir entre violência e poder, e convencidos de que todo poder emana do povo, abriram a esfera política para essa força pré-política natural da multidão, e foram arrastados por ela”<sup>129</sup>. Para eles, o poder equiparava-se à *lei*, emanando ambas de uma mesma fonte.

Por outro lado, os revolucionários americanos opunham violência e poder: a violência seria pré-política, enquanto o poder originar-se-ia na reciprocidade e na mutualidade, mediante a união através de promessas e acordos. A experiência na realização de promessas e de acordos foi adquirida, para Arendt, desde a colonização do “novo continente”, na medida em que os próprios colonos, que possuíam uma experiência acumulada de um século e meio de formulação de acordos e pactos, ergueram-se num país que estava articulado, de cima para baixo, em organismos devidamente constituídos, cada um deles formando uma comunidade com características próprias. Projetaram, assim, seus planos não apenas para seus “sucessores”, mas até mesmo para os que se uniriam a eles em qualquer época posterior<sup>130</sup>.

Os revolucionários americanos não nutriam, portanto, qualquer desconfiança em relação ao poder: a Revolução Americana objetivou dar origem a mais poder, na medida em que os norte-americanos encontraram o poder na *ação*, através da realização de pactos, promessas e associações. Assim, para Arendt, em nenhuma parte do mundo, exceto na América colonial, a ação levou à formação do poder, o qual se manteve vivo mediante a aplicação de instrumentos de promessa e de pacto. Dessa forma, foi a *experiência* e não a teoria ou o saber, que ensinou aos homens da revolução o verdadeiro significado do fato de que o poder reside no povo<sup>131</sup>.

Ante o exposto, a análise comparativa entre as revoluções ícones da modernidade levou Arendt a concluir que o equívoco maior dos tempos modernos foi ter confundido as noções de *liberdade* e de *libertação*, e, portanto, haver acreditado que

---

<sup>129</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 146.

<sup>130</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **On Revolution**, pp. 140-141.

<sup>131</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 142.

a criação de um diploma jurídico escrito (constituição) destinado a limitar ou disciplinar o poder político configurar-se-ia o ápice da conquista revolucionária e não apenas um meio para o alcance de um objetivo maior, a saber: a *fundação da liberdade*.

A esse respeito, observa que o desastre da Revolução Francesa operou-se por ter sido movida pelas necessidades físicas do povo, ou seja, por sua pobreza, e não pela ação: “a multidão acudiu ao apelo da Revolução Francesa, inspirou-a, impulsionou-a para frente e, finalmente, levou-a à destruição, pois essa era a multidão dos pobres.”<sup>132</sup>, imprimida pelo “império absoluto dos corpos”<sup>133</sup>. O manifesto do sanculottismo de novembro de 1793 já proclamava os rumos da revolução: “*Le but de la Révolution est le bonheur du peuple*”, tendo sido justamente a necessidade que desencadeou o terror e levou a revolução à ruína.

A Revolução Americana alcançou o grande mérito de ter sido a única entre as revoluções modernas a fundar a liberdade política: “o curso da Revolução Americana nos mostra um exemplo inesquecível e nos ensina uma lição sem precedentes; pois essa revolução não eclodiu simplesmente, mas foi antes conduzida por homens que tomaram juntos uma resolução, unidos pela força de compromissos mútuos (...) e foi o próprio evento que, na verdade, demonstrou, como insistira Hamilton, que os homens ‘são realmente capazes [...] de estabelecer um bom governo, com base na reflexão e na escolha’, que eles não estão ‘para sempre destinados a depender, para suas constituições políticas, do ocidente e da força’”<sup>134</sup>.

Todavia, o “tesouro” encontrado pelos revolucionários americanos – um novo governo criado pelo exercício de acordos e promessas mútuas - perdeu-se em razão da subsequente apatia moderna pela coisa pública, da qual os Estados Unidos da América não escaparam. A esse respeito, observa a autora que “enquanto é verdade que a liberdade só pode ser exercida por aqueles cujas necessidades tenham sido preenchidas, é igualmente verdade que escapará a aqueles que estão inclinados por viver em função de suas próprias necessidades.”<sup>135</sup>

A experiência deixada pelos revolucionários americanos ecoa, vivazmente, no pensamento político de Hannah Arendt, que lamenta: “A triste verdade da questão é que a Revolução Francesa, que redundou em desastre, tenha feito história no mundo, ao

---

<sup>132</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 142.

<sup>133</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 48.

<sup>134</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 171.

<sup>135</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 139.

passo que a Revolução Americana, tão triunfantemente vitoriosa, tenha permanecido um acontecimento de importância quase que apenas local.”<sup>136</sup>

A esse respeito, Arendt atenta para o fato de que o princípio democrático basilar, incorporado na expressão “todo poder emana do povo”, lema de ambas as revoluções, que se encontra em tensão com a idéia da *estabilidade* das relações humanas, encontraram distintas soluções para os revolucionários franceses e americanos.

Os primeiros reportaram-se à noção de *vontade geral*, constante no art. VI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no qual se lê: “a lei é a expressão da vontade geral”. A associação da estabilidade política a uma vontade geral, fruto de uma racionalidade solipsística, foi, todavia, a grande responsável pelo fracasso dos revolucionários franceses em superarem a Revolução sem aniquilarem a si próprio: “o que aconteceu, na prática, foi que não foi nem o povo, nem sua ‘vontade geral’, mas o próprio processo revolucionário que se tornou a fonte de todas as ‘leis’, uma fonte que incansavelmente produzia novas leis”.<sup>137</sup>

Cedo, aflorou o fato de que a Lei Maior da Revolução – a vontade geral – mostrava-se, incapaz de assegurar a estabilidade de qualquer organização política, motivo pelo qual se fez necessária uma contra-revolução para obstaculizar o destrutivo processo revolucionário francês. A tentativa de controlar a instabilidade então reinante, fruto da petição de princípio em que incidiu o movimento revolucionário – expresso na noção de que aqueles que se reúnem para constituir um novo governo são, eles próprios, inconstitucionais – manifestou-se através da busca por um novo absoluto da revolução, apto a sobrepujar-se à multifacetada “vontade geral”. No auge do terror revolucionário, Robespierre procurou conferir um mínimo de estabilidade ao movimento, chegando a instituir culto a um “Ser Supremo”, a fim de nele encontrar uma lei que fosse maior do que o próprio homem e que pudesse superar os perigos do absoluto da *nação*.

A América, por sua vez, empreendeu a busca por um Legislador Imortal que garantisse a permanência e a estabilidade da nova república. Na verdade, os americanos sabiam que acordos e promessas não seriam suficientes para assegurar a perpetuidade da república, ou seja, para possibilitar a construção de um mundo que sobrevivesse à vida mortal dos próprios fundadores da república. Reportaram-se, assim, à distinção romana entre *poder* e *autoridade* (*potestas in populo, auctoritas in senatus*): o poder residiria no povo; a autoridade, porém, no ato de fundação, ou seja, na própria

---

<sup>136</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 45.

<sup>137</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 147.

Constituição Americana. A sede dessa autoridade estaria na Suprema Corte, a quem caberia a atividade de interpretação da Constituição, lembrando Arendt as palavras de Hamilton, para quem “a majestade da autoridade nacional deve se manifestar por intermédio das cortes de justiça (...) (por não possuir) nem força, nem vontade, mas simplesmente o critério de julgamento (sendo), sem comparação, o mais fraco dos três departamentos do poder.”<sup>138</sup>

Dessa forma, segundo Arendt, os norte-americanos extraíram do precedente da *república romana*, e mais especificamente do *ato de fundação*, expresso na Constituição, a fonte de legitimidade da recém-criada república. A esse respeito, assevera Arendt que “a grande medida do sucesso que os fundadores americanos podem creditar em seu favor, o simples fato de que sua revolução obteve êxito onde todas as demais haveriam de fracassar, ou seja, em fundar um novo corpo político suficientemente estável para sobreviver ao violento assédio dos séculos futuros, foi definida no próprio instante em que a Constituição começou a ser ‘adorada’, mesmo que mal tivesse começado a produzir seus efeitos.”<sup>139</sup>. Retornando à noção romana de autoridade, os Pais Fundadores garantiriam a permanência e a estabilidade da organização política, possibilitando inovações e mudanças, que se reportam ao ato original de fundação, aumentando-o e desenvolvendo-o.

Observa-se, assim, que tanto a Revolução Americana, quanto a Revolução Francesa vislumbraram em ideais absolutos – na vontade geral e no ato de fundação, respectivamente - a fonte de legitimidade para a criação de instituições políticas estáveis: “toda questão do absoluto, destinado a conferir validade às leis humanas positivas, foi, em parte, uma herança do absolutismo, o qual, por sua vez, fora constituído herdeiro daqueles longos séculos em que nenhum estado secular existia no Ocidente que não estivesse, em última instância, assente na sanção outorgada pela Igreja.”<sup>140</sup>

Esse absoluto não era, em si, algo novo, mas sim passado<sup>141</sup>, refletindo uma intenção original de restaurar-se uma ordem anterior alegadamente desvirtuada pela posteridade. A esse respeito, para a autora, ambas as revoluções foram protagonizadas, em seus estágios iniciais, por homens que estavam firmemente convencidos de que não fariam outra coisa senão restaurar uma antiga ordem de coisas

---

<sup>138</sup> HAMILTON. *The Federalist*, n. 16 e 78. *Apud*. ARENDT, Hannah. *On Revolution*, p. 160.

<sup>139</sup> ARENDT, Hannah. *On Revolution*, p. 159.

<sup>140</sup> ARENDT, Hannah. *On Revolution*, pp. 151-152.

<sup>141</sup> A procura no passado de um fundamento para a estabilidade de uma nova ordem política fazia *jus* ao significado original da palavra “revolução”, a saber: o de termo astronômico que se reportava ao *movimento regular, sistemático e cíclico* das estrelas. Cf. ARENDT, Hannah. *On Revolution*, p. 36.

que fora perturbada e violada pelo despotismo de monarcas absolutos ou por abusos do governo colonial, alegando, com toda sinceridade, que desejavam o retorno dos velhos tempos em que as coisas eram como deveriam ser.<sup>142</sup>

Os revolucionários modernos consideravam, portanto, evidente e inquestionável a necessidade de efetuar o mencionado retorno, *acreditando*, de fato, nos ideais da Revolução. A esse respeito, já enfatizava Horkheimer que, quando as grandes concepções religiosas e filosóficas estavam vivas, os indivíduos pensantes não exaltavam a humildade e o amor fraternal, a justiça e humanidade, porque era realista manter tais princípios e extravagante e perigoso desviar-se deles, ou porque tais máximas estavam mais em harmonia com os seus gostos, presumivelmente livres, do que outras. Sustentavam, antes, essas idéias porque nelas viam elementos de verdade, relacionando-as à idéia de *logos*, quer na forma de Deus ou de um intelecto transcendental, quer na forma da natureza como um princípio eterno.<sup>143</sup>

Cumprido ressaltar, no entanto, que se, num primeiro momento, no início do Iluminismo, fonte de inspiração dos primeiros revolucionários modernos, floresceram doutrinas que primaram por absolutos, perquirindo acerca do homem e da natureza, mediante construções teóricas que pudessem desempenhar a mesma função intelectual da religião, num segundo momento, tais absolutos foram considerados especulativos.

Assim, num plano político, tal especulação passou a aflorar em virtude de conflitos surgidos entre valores políticos transcendentais, tais como a tensão entre *nação* e o princípio abstrato do *interesse pessoal*: este conquistou gradativamente o primeiro plano e, finalmente, suprimiu os outros motivos considerados importantes ao funcionamento da sociedade, trazendo à superfície as contradições do Século das Luzes<sup>144</sup>.

Devido ao caráter especulativo dos ideais metafísicos dos revolucionários modernos, a justiça, a igualdade, a felicidade e a tolerância, conceitos que foram nos séculos precedentes julgados inerentes e sancionados pela razão, perderam suas raízes intelectuais, permanecendo, assim, como fins politicamente invocáveis, sem que, todavia, houvesse uma suficiente coesão intersubjetiva autorizada para avaliá-los. Nesse sentido, a linguagem passou a ser um mero instrumento de manipulação das massas, transformando-se expressões como “a dignidade da pessoa humana” em *slogans* triviais de vacuidade semântica patente. Assim, a ciência, concebida como classificação de

---

<sup>142</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 34.

<sup>143</sup> Cf. HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**. São Paulo: Centauro, 2003, p. 42.

<sup>144</sup> Cf. HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**, p. 28.

fatos e cálculo de probabilidade, transformou-se na única fonte de autoridade intelectual<sup>145</sup>.

Embora não tenha sido de todo extinta a crença nos velhos ideais de justiça, de igualdade, de liberdade e de fraternidade, o esvaziamento do conteúdo de tais expressões ocasionou um retorno à *justificação* das instituições presentes pelo passado, tirando essas idéias sua força da apatia pelas questões públicas, que assola os tempos modernos, aliada a uma certa reverência que lhes presta a sociedade em que vivemos, em virtude dos homens que deram suas vidas por elas.

A propósito, o princípio democrático não ficou imune à moderna perda de sentido. A esse respeito, observa Horkheimer, não destoando do pensamento de Hannah Arendt, que o princípio democrático, destituído de seus fundamentos metafísicos, passou a depender exclusivamente de *interesses* pessoais, que são funções das forças econômicas, não oferecendo quaisquer garantias contra a tirania<sup>146</sup>. Enfatiza, ademais, que “no período do sistema de livre mercado, por exemplo, as instituições baseadas na idéia de direitos humanos foram aceitas por muita gente como um bom instrumento de controle do governo e manutenção da paz. Mas se a situação muda, se poderosos grupos econômicos acham útil estabelecer uma ditadura e abolir a regra da maioria, nenhuma objeção fundada na razão pode se opor à sua ação.”<sup>147</sup>

As referidas observações demonstram a crise de legitimidade por que vem passando as organizações políticas modernas, conduzindo à indagação de se, como outrora, o poder ainda necessita de um fundamento externo que o justifique. A resposta oferecida por Hannah Arendt é negativa: para a autora, o poder não se legitima a partir de fatores externos, mas sim a partir de um fator que lhe é ínsito, a saber: o *consenso*. Com efeito, o poder é concebido como a capacidade dos homens de unirem-se e atuarem conjuntamente<sup>148</sup>. Baseado em acordos e promessas recíprocas, o poder exclui a violência. Esta afigura-se uma situação pré-política, ao passo em que aquele origina-se na reciprocidade e na mutualidade, não pertencendo a ninguém particularmente. A violência mostra-se, portanto, oposta ao poder, na medida em que gera a impotência, isto é, “a força multiplicada de um que monopolizou o poder de muitos.”<sup>149</sup>

Respalhada nesta noção comunicativa de poder é que Arendt elabora sua teoria da *democracia participativa*, em que propõe a criação de instituições políticas que, assentadas no princípio da solidariedade, possibilitam o real exercício pelos

<sup>145</sup> HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**, p. 39.

<sup>146</sup> Cf. HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**, p. 36.

<sup>147</sup> HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**, p. 36.

<sup>148</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **Poder e Violência**, p. 45.

<sup>149</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 121.

cidadãos (e não apenas por “políticos profissionais”) da atividade política numa esfera pública de aparência e de revelação.

Nesse contexto, o sucesso de uma “revolução” ultima-se pela efetiva fundação da liberdade pública: “somente onde ocorrer mudança, no sentido de um novo princípio, onde a violência for utilizada para construir uma forma de governo completamente diferente, para dar origem à formação de um novo corpo político, onde a libertação da opressão almeja, pelo menos, a constituição da liberdade é que podemos falar de revolução.”<sup>150</sup> O ideal da liberdade constitui o grande legado dos movimentos revolucionários do século XVIII (notadamente da Revolução Americana), seu verdadeiro “tesouro”, o qual se perdeu com a apatia do homem moderno pela vida política.

Assim, o maior equívoco dos modernos foi encontrar na *libertação*, e não na *liberdade*, o ápice da conquista revolucionária, acreditando que a criação de uma Carta Constitucional assecuratória de direitos e garantias corporificaria a vitória da Revolução. Nesse sentido, as liberdades privadas e os direitos civis não deveriam ser confundidos com liberdade política, na medida em que liberdade política, genericamente falando, significa o direito de ser um participante de um governo. Dessa forma, não se atentou para o fato de que nem a liberdade é o resultado automático da libertação, nem o novo começo é a consequência automática do fim<sup>151</sup>.

A instituição de democracias representativas sufocou, para Arendt, o tesouro revolucionário, porquanto excluiu grande parte dos cidadãos da vida política, ou seja, das atividades de *expressão*, *discussão* e *decisão*, lançando-os à busca pela satisfação de seus interesses privados. Nem mesmo a Constituição Americana escapou desse infortúnio: o sistema político americano pode ser chamado de democrático apenas na medida em que se assegura o bem estar da população, mas deve ser considerado oligárquico conquanto a felicidade pública só é privilégio de alguns<sup>152</sup>.

A democracia representativa exclui a formação de opinião, na medida em que esta é fruto de um processo *aberto* de discussão, não comportando o sistema representativo uma experiência de perspectivas plurais. Ademais, o voto – maior instrumento de participação política popular – mostra-se insatisfatório, por criar a ilusão de que pessoas excluídas da esfera pública, agindo em favor de seus interesses pessoais, poderiam formar uma opinião “pública”. Com efeito, toda opinião é necessariamente

---

<sup>150</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 28.

<sup>151</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 82.

<sup>152</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 215.

peçoal (e não coletiva), sendo imprescindível que sua formação opere-se num espaço público, no qual se manifeste uma pluralidade de perspectivas.

Na análise das experiências revolucionárias modernas, Arendt observa que quase todas elas tiveram em comum a aparição de *conselhos*, ou seja, de associações populares surgidas espontaneamente que, ampliando o espaço público, permitiram um real engajamento popular na tomada de decisões políticas. A esse respeito, os revolucionários americanos acreditavam que o anseio pela liberdade manifesto na formação espontânea pré-revolucionária de câmaras municipais – verdadeiros “campos de cultura da revolução”<sup>153</sup> – perpetuar-se-ia após a Revolução, na medida em que havia se formado durante todo o período colonial. Não se deram, entretanto, conta de que a não incorporação pela Constituição de tais câmaras municipais, fonte original do poder popular e da felicidade pública, privou o povo americano de sua “mais valiosa aquisição.”<sup>154</sup>

A propósito, quanto à Revolução Francesa, os conselhos populares não constituíram experiências pré-revolucionárias, formando-se espontaneamente durante a própria revolução. A esse respeito, as famosas 48 seções da Comuna de Paris tiveram sua origem na ausência de organismos populares devidamente constituídos que pudessem eleger seus representantes e enviar seus delegados à Assembléia Nacional. Tais seções transformaram-se em organismos autônomos, co-existindo com a Assembléia Nacional, desempenhando importante papel no curso da revolução<sup>155</sup>.

Nesse sentido, nos conselhos, reside, para a autora, o grande mérito das revoluções, na medida em que, constituindo espaços de liberdade, recusaram-se sistematicamente a se considerar órgãos temporários da revolução e, ao contrário, envidaram todos os esforços para se firmarem como órgãos permanentes do governo: “esses conselhos são as melhores conseqüências dos movimentos revolucionários, mesmo abortados em seus objetivos, e um indício de esperança para a política nos tempos modernos”<sup>156</sup>.

Fortes são as críticas do sistema partidário formuladas pela autora, para quem os partidos não seriam, em nenhuma hipótese, substitutos dos conselhos. Com efeito, os partidos mostram-se incapazes de tornar os cidadãos participantes dos negócios públicos, conseguindo, na melhor das hipóteses, estabelecer um certo controle entre governantes e governados. Os programas partidários constituiriam, ademais,

---

<sup>153</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 191.

<sup>154</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 191.

<sup>155</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **On Revolution**, pp. 191-192.

<sup>156</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 215.

verdadeiros empecilhos tanto à formação de opinião, que requer um espaço aberto de debate público, quanto à espontaneidade da ação<sup>157</sup>. Logo, no sistema partidário, “o máximo que o cidadão pode esperar é ser ‘representado’, e é óbvio, diante disso, que a única coisa que pode ser objeto de representação ou de delegação é o interesse ou o bem-estar dos outorgantes, mas não suas ações e opiniões.”<sup>158</sup>

Ante o quadro, Arendt propõe a institucionalização de um *sistema federado de conselhos*, composto por *conselhos locais* abertos a todos e por *conselhos superiores*, constituídos de “representantes” (deputados) eleitos pelos conselhos locais. A relação estabelecida entre tais “representantes” seria baseada na confiança, não constituindo um mandato propriamente dito, porquanto os deputados não estariam vinculados àqueles que os selecionaram nas instâncias inferiores. Assim, uma vez eleito e enviado ao conselho superior imediato, o representante se encontrava novamente entre seus pares, pois, nesse sistema, os representantes de qualquer nível considerado eram aqueles que haviam recebido um voto especial de confiança. Saliente-se, outrossim, que os participantes dos conselhos locais não estariam sequer vinculados àqueles que dele não quisessem participar. Dessa forma, observa-se que, embora o sistema federado de conselhos assumisse uma forma piramidal, a autoridade dos conselhos não derivaria nem das instâncias “superiores”, nem das “inferiores”, mas sim de cada uma das camadas de conselhos, não se sujeitando seus integrantes a qualquer tipo de pressão, quer proveniente de cima, quer de baixo<sup>159</sup>.

A atribuição de *autoridade* ao sistema federado de conselhos deve ser compreendida à luz da concepção peculiar que o termo assume para a autora, para quem autoridade não se confunde nem com persuasão, nem com coerção, prescindido de força para conduzir à obediência<sup>160</sup>. Trata-se do fundamento da organização política, aquilo que enseja obediência, sem, contudo, implicar coerção ou persuasão.

Diferentemente das organizações políticas autoritárias, em que a autoridade seria escalonada de cima para baixo, nos conselhos, a autoridade seria, conforme observado, gerada em cada camada da pirâmide, constituindo, segundo Arendt, a solução de um dos problemas mais sérios de toda a política moderna, que não é propriamente como harmonizar liberdade e igualdade, mas como conciliar igualdade e autoridade<sup>161</sup>. Assim, a autoridade de cada conselho derivaria do estabelecimento de

---

<sup>157</sup> Aqui, Arendt repete as expressões de Rosa Luxemburgo em seu panfleto sobre “The Russian Revolution”. (ARENDR, Hannah. *On Revolution*, pp.210-211)

<sup>158</sup> ARENDR, Hannah. *On Revolution*, p. 214.

<sup>159</sup> Cf. ARENDR, Hannah. *On Revolution*, p. 222.

<sup>160</sup> Cf. ARENDR, Hannah. What is Authority? In: *Between Past and the Future*, p. 123.

<sup>161</sup> Cf. ARENDR, Hannah. *On Revolution*, p. 222.

uma relação recíproca de respeito pela opinião dos outros, aliada ao reconhecimento da necessidade de coordenação subjacente à idéia de que certas coisas devem ser feitas com ou sem a concordância de um conselho particular.

A propósito, a *legitimidade* dos conselhos não se assentaria num elemento que lhe é externo, mas sim na atuação política direta, provindo sua *autoridade* não da força de um conselho sobre o outro, ou da concordância geral com os rumos da ação política, mas sim de um espírito de respeito pela opinião dos outros, fruto do *amor mundi*.

Contraopondo-se a essa proposta, Arendt identifica a corrupção e a perversão do próprio povo decorrentes da invasão de interesses particulares no domínio público. A referida corrupção estende-se aos órgãos representativos das democracias modernas, não tendo surgido, porém, em seu bojo propriamente dito, mas antes no seio da sociedade, quando os cidadãos, possuindo o direito de votarem secretamente, porém carentes de um espaço público de formação de opinião, passaram a usar as urnas para a satisfação de suas necessidades e interesses, pervertendo a própria política.

Arendt observa que tais males tinham sido preconizados desde a Revolução Americana: “embora o voto secreto ainda fosse desconhecido nessa época, Jefferson teve, no mínimo, um presságio de como seria perigoso permitir que o povo participasse do poder público sem que lhe fosse proporcionado, ao mesmo tempo, um espaço público mais amplo do que a urna de votação”<sup>162</sup>. Dessa forma, o erro fatal dos revolucionários americanos, por várias vezes repetidos pelas democracias modernas subsequentes, reside no fato de que “a Constituição dera todo o poder aos cidadãos, sem lhes oferecer a oportunidade de *serem* republicanos e de *agirem* como cidadãos.”<sup>163</sup>

A inversão desse estado de corrupção e perversão públicas operar-se-ia através de uma autêntica revolução cultural, mediante a qual os indivíduos predispor-se-iam a transcender, num espaço público, as necessidades de suas vidas, tornando-se agentes de formação de um mundo *comum*, regido por uma ética política própria - a da solidariedade. Só assim o espírito revolucionário seria novamente encontrado.

Quanto aos interesses público e privado, não se trata de distinção evidente, tal como era tida pelos antigos. Arendt pondera que o interesse público não guarda qualquer relação com o interesse privado, não devendo ser considerado nem como a soma de interesses privados, nem como seu denominador comum: refere-se, sim, ao

---

<sup>162</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 202.

<sup>163</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**, p. 202.

mundo situado acima do “eu”, que é compartilhado entre os cidadãos e que pode ser desfrutado se ultrapassarmos nossos interesses privados.

Nesse sentido, tal estado de corrupção faz-se presente quando, em um discurso público, noções intersubjetivamente compartilhadas são substituídas por concepções individuais assentes em uma moralidade pessoal, apartada de uma moralidade pública. Assim, a corrupção da esfera pública pela articulação, em sua sede, de interesses privados, além de revelar a necessidade de criação de uma ética política própria, exige, necessariamente, dos integrantes do discurso um autêntico *amor mundi*, ao reivindicar dos homens uma atuação orientada para a abdicação de si mesmos em prol de um amor pelo mundo, supostamente compartilhado por todos, atingindo-se quase às terríveis “profundezas dos corações humanos”.

É sob a égide de uma tal consciência da pluralidade e da existência de princípios públicos específicos que regem os discursos públicos, que se deve proceder com a análise da legitimidade do discurso acerca da licitude da interrupção de gravidez por anencefalia fetal, pautada por um debate inclusivo numa perspectiva kantiana de “mente ampliada”, a viabilizar um resultado suficientemente genérico que encontre o crivo de uma sociedade plural e complexa.

Nesse sentido, Arendt lança os pressupostos éticos para a realização de um tal discurso. Jürgen Habermas, por sua vez, empreende um estudo quase metodológico dos pressupostos de alcance de um tal resultado que se apresente legítimo em face de uma comunidade de comunicação real. Nesse sentido, introduz a noção de racionalidade comunicativa, fundamentada no princípio do discurso, de grande importância para a perquirição das condições de legitimidade do debate empreendido na ADPF 54-8/DF, que serão elucidadas no capítulo seguinte.

---

<sup>1</sup> ARENDT, Hannah. **On Totalitarianism**, p. 463.

<sup>2</sup> ARENDT, Hannah. Civil Disobedience. In: Responsabilidade e Julgamento, p. 79

## CAPÍTULO II– A RACIONALIDADE COMUNICATIVA E O DISCURSO JUDICIAL DE JÜRGEN HABERMAS

### 1. Notas biográficas

Nascido, em 1929, em Düsseldorf, na Alemanha, Jürgen Habermas foi convocado a servir a juventude nazista nos últimos anos da guerra. A experiência da guerra, aliada à revelação de seus horrores, notadamente através dos julgamentos de Nuremberg, marcaram profundamente seu pensamento político, que se pautou pela rejeição de uma prática política criminosa de tamanha magnitude.

Graduou-se em filosofia na Universidade de Göttingen e Bonn. Estudou sociologia e filosofia no Instituto de Pesquisa Social sob a supervisão de Max Horkheimer e Theodor Adorno, entrando no cenário político em 1950. Nos anos de 1960 e 1970, ensinou na Universidade de Heidelberg e Frankfurt. Em 1971, tornou-se diretor do Instituto Max Planck em Starnberg. Em 1980, ganhou o Prêmio Adorno, assumindo, em 1982, a cátedra na Universidade de Frankfurt, onde permaneceu até 1994, ano em que se aposentou.

Embora integrante da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, que incisivamente problematizava a racionalidade da sociedade ocidental moderna, distanciou-se, em sua maturidade acadêmica, de seus companheiros de cátedra, ao passar a defender certos aspectos do Iluminismo como positivos para a construção de um projeto emancipatório. Nesse sentido, sua primeira contribuição para a filosofia assentou-se no desenvolvimento de uma *teoria da racionalidade*, na qual priorizou a ação comunicativa em detrimento de uma racionalidade estratégica (instrumental). A partir desta construção filosófica, defende a possibilidade de integração social na base de uma racionalidade comunicativa rumo ao consenso, enfatizando a importância de criação de situações ideais de discurso em que os cidadãos tornam-se capazes de levantar questões morais e políticas contra uma racionalidade de base solipsística.

Em 1981, publica “Teoria da Ação Comunicativa”, em que desenvolve seu conceito de situação ideal de discurso e uma ética discursiva. Com o auxílio de Karl-Otto Apel, propõe um modelo de racionalidade comunicativa que considera os efeitos que o poder exerce sobre o discurso, procurando construir uma estrutura discursiva não opressora e universalista, fundamentada em um desejo inerente pelo entendimento mútuo das ações discursivas.

Habermas procurou aplicar sua teoria da ação comunicativa à política e ao Direito, advogando uma “democracia deliberativa” na qual instituições governamentais

estariam abertas a discussões públicas. Apesar de reconhecer a pluralidade de interesses e a desigualdade fática dos indivíduos decorrentes da distribuição desigual da propriedade privada, Habermas acredita na capacidade das pessoas em aderirem ao melhor argumento, fundamentando-se em uma consciência de autodeterminação e numa ética da responsabilidade.

Apesar de encontrar-se, desde 1994, aposentado, Habermas não cessou sua produção científica. Com efeito, continua a ser um pensador e escritor ativo nos meios acadêmicos e políticos modernos, tratando de importantes temas do cenário político atual, tais como terrorismo e globalização, dentre outros.

## **2. O resgate da razão em Jürgen Habermas: da racionalidade prática à racionalidade comunicativa**

O problema das condições de desenvolvimento legítimo do discurso na ADPF nº 54-8 encontra importantes contribuições na noção de racionalidade comunicativa e na teoria do discurso habermasiana. A esse respeito, cumpre observar que, diferentemente de Hannah Arendt, para quem a modernidade constitui um projeto fracassado, Habermas procura empreender um resgate do desacreditado projeto moderno da razão. Renovando a questão da mente humana, a partir de uma construção filosófica que quebra os grilhões da filosofia da consciência e radicaliza a reviravolta lingüística iniciada por Wittgenstein, instaura a pragmática da linguagem como o paradigma filosófico da Alta Modernidade. Nessa linha, relaciona sua teoria social a uma teoria da racionalidade, partindo da premissa de que “O que nos resta é o luto pelo fracasso de um projeto do qual não se pode abrir mão.”<sup>1</sup>

O fundamento de seu pensamento social assenta-se, portanto, na linguagem, fonte da racionalidade moderna: “A irretrocedibilidade da argumentação só pode ser negada se ela for reconhecida de antemão, o que quer dizer que ela não pode ser significativamente negada.”<sup>2</sup> Assim, o ato da fala humana, desenvolvido na comunicação, afigurar-se-ia a única possibilidade de produção de sentido, da qual nem mesmo o cético pode escapar sem cair nas raias da loucura. Diferentemente dos iniciadores da reviravolta lingüística, tematiza a dimensão comunicativa da linguagem e a estrutura intersubjetiva do pensamento humano, superando a clássica dicotomia entre teoria e prática. Dessa forma, concebe a unidade da mente através da linguagem e das

---

<sup>1</sup> Excerto de entrevista de Jürgen Habermas a Barbara Freitag em 1994. In: FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 185.

<sup>2</sup> MÍLOVIC, Miroslav. **Filosofia da Comunicação – Para uma crítica da Modernidade**. Brasília: Plano Editora, 2002, p. 293.

premissas comunicativas de qualquer argumentação significativa, afirmando a semelhança estrutural entre as formas de solucionarem pretensões de verdade e de correção. Habermas procura, assim, resgatar o projeto iluminista da modernidade, a propósito do qual observa:

*“O projeto da modernidade, formulado pelos filósofos do Iluminismo no século XVIII, consiste em desenvolver, de maneira impecável, as ciências objetivas, a base universalista da moral e do Direito e a arte autônoma, respeitando as respectivas lógicas. Ao mesmo tempo, insiste em revelar os potenciais cognitivos que vão se acumulando. Liberando-as de suas formas esotéricas, para utilizá-las na práxis, ou seja, para uma estruturação racional das condições de vida.”*<sup>3</sup>

Às revoluções modernas Habermas atribui o importante papel de possibilitar o surgimento de uma mentalidade nova, responsável pela ruptura, mediante processos democráticos, com o tradicionalismo das continuidades aceitas de modo cego e finalístico, ao introduzir simultaneamente a idéia de *auto-realização*, ao lado de um conceito *intramundano* do político. Embora reconheça a multiplicidade das interpretações possíveis acerca dos movimentos revolucionários da Baixa Modernidade, afirma que sua grande herança tenha sido o surgimento dessa nova mentalidade, a partir da qual se pode pensar a afirmação de uma cultura política fundamentada na *liberdade*<sup>4</sup>.

Nesse sentido, observa o autor que o conceito de *razão prática* como uma *faculdade subjetiva* é uma noção moderna que expressa a autonomia do homem como simultaneamente decorrente e subordinada a regras de conduta de caráter transcendental e imutável. Nesse sentido, a razão prática assume uma função normativa de regulação de conduta, que guia a ação do indivíduo a partir de uma ordem de validade absoluta e universal. O Direito seria, assim, produto dessa razão, sujeitando-se a postulados transcendentais, que determinariam a única forma de organização política correta, sendo universalmente acessíveis através de uma racionalidade comum a todos os homens, monológica e solipsística. Nesse sentido, a filosofia prática moderna pauta-se na idéia segundo a qual os indivíduos fazem parte da sociedade na condição de membros de um coletivo ou de partes de um todo. Constatando, porém, a insustentabilidade do

---

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen. **Vorstudien und Ergänzungen für Theorie des kommunikativen Handels**. Frankfurt/M., Suhrkamp Verlag, 1986, p. 453.

<sup>4</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Vorstudien und Ergänzungen für Theorie des kommunikativen Handels**, pp. 7-8.

paradigma filosófico do sujeito numa sociedade moderna que se pretende emancipada e pluralista, Habermas defende a superação dessa razão prática por uma racionalidade de base *discursiva*, assentada nos pressupostos da comunicação.

A grande diferença entre a razão prática e a razão comunicativa assenta-se no fato de a racionalidade discursiva não poder ser atribuída nem a um ator isolado, nem a um macro-sujeito social ou estatal, porquanto “quem quer que se sirva de uma língua natural a fim de entender-se com um destinatário a respeito de algo que existe no mundo vê-se constringido a adotar uma atitude performativa e a aceitar um certo número de pressuposições.”<sup>5</sup> Nesse contexto, Habermas pretende resgatar o projeto iluminista da razão, assentando-o na irreducibilidade das premissas discursivas, enquanto instância de integração social. A uma racionalidade normativa (prática), que se presta à orientação da ação humana opõe uma concepção de razão comunicativa aberta a conteúdos normativos os mais diversos. Habermas empreende uma articulação auto-reflexiva dos pressupostos da comunicação: as representações de determinado indivíduo não seriam mero fruto do *fato da razão*, ou seja, de faculdades espirituais pressupostas e não problematizadas, segundo a proposta kantiana, mas pressuporiam um arcabouço significativo, intersubjetivamente construído e articulado perante uma comunidade de comunicação. A esse respeito, mostra-se notória a contraposição habermasiana ao ceticismo falibilista, que defende a impossibilidade de resolver problemas em qualquer área: “Seja na vida prática cotidiana, na economia, direito, política, ciência, filosofia ou (...) na religião, sempre se chega a propostas de solução, mas jamais pode ser demonstrado que elas sejam (...) fundamentadas (...). O falibilismo alega que o homem está sempre enganado, até mesmo na matemática.”<sup>6</sup>

Com efeito, tal concepção cética confronta-se com pressupostos irredutíveis da comunicação, aos quais o próprio falibilista deve submeter-se a fim de produzir qualquer dúvida significativa. Considerando que toda comunicação pressupõe *atos de fala*, Habermas elucida o que seria irretrocedível na comunicação, analisando a dupla estrutura da comunicação expressa em suas dimensões proposicional e performativa: a primeira reporta-se àquilo sobre *o que* se fala, ou seja, o *objeto* do discurso, entendido por coisas, eventos, estados, indivíduos, afirmações; já a segunda refere-se ao caráter intersubjetivo da comunicação, em que locutor e ouvinte consideram-se mutuamente. Assim, cada ato de fala reivindica uma pretensão de validade do locutor perante o(s)

---

<sup>5</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**, pp. 17-18.

<sup>6</sup> ALBERT, H. Ist eine philosophische Letztbegründung moralischer Normen möglich? In: APEL, K. O. Funkkolleg Praktische Philosophie/Ethik. Frankfurt, 1984b, v. 2. *Apud.* MÍLOVIC, Miroslav. **Filosofia da Comunicação – Para uma crítica da Modernidade**, pp. 187-188.

ouvinte(s): os *atos comunicativos*, que explicam o sentido das afirmações, constituindo o elemento performativo do ato de fala, reclamam *compreensibilidade*; os *atos constataativos*, que se referem ao mundo objetivo, explicando o sentido das proposições como tais, reivindicam *verdade*; os *atos representativos*, que, reportando-se ao mundo subjetivo, enunciam as experiências do locutor, reclamam *sinceridade*; os *atos regulativos*, que, referindo-se ao mundo social, expressam as regras do discurso, reivindicam *correção*.

Negar tais pressupostos implicaria, portanto, uma contradição performativa, na medida em que aquele que rejeita a aplicação a si mesmo de regras de argumentação contradiz-se precisamente neste ponto. Tal contradição afigura-se, a propósito, no nível performativo da argumentação. Assim, considerando-se as seguintes proposições: 1. *Eu não existo*; 2. *Você não existe*; 3. *Eu não pretendo a compreensibilidade*; 4. *Eu não pretendo a verdade*; 5. *Eu me comprometi com o dissenso como fim do discurso*; 6. *Toda argumentação é uma aplicação da violência*; a contradição torna-se evidente no elemento performativo do discurso, na medida em que tais proposições assumem a seguinte dimensão pragmática: 1. *Eu afirmo que eu não existo*; 2. *Eu afirmo perante você que você não existe*; 3. *Eu afirmo, no sentido compreensível, que não pretendo a compreensibilidade*; 4. *Eu afirmo como sendo verdadeiro que eu não pretendo a verdade*; 5. *Eu tenho uma proposta sobre a qual se pode decidir a partir do consenso e este, como fim do discurso, será substituído pelo dissenso*; 6. *Com base na argumentação, eu gostaria de convencer alguém de que ela é sempre uma aplicação da violência*.<sup>7</sup>

Pelo exposto, observa-se que até mesmo a formulação da dúvida, se pretende ser significativa, deve pressupor certas premissas comunicativas de ordem performativa, tais como: “i) *a verdade de uma série toda de proposições existenciais*, como, por exemplo, a existência das reivindicações de validade, da linguagem, dos interlocutores, o locutor (...); ii) *a verdade das proposições descritivas sobre as relações entre essas entidades*, quer dizer que é possível, através de expressões da linguagem, referir-se a eventos ou objetos de uma maneira tal que o sujeito que fala torna-os compreensíveis para os interlocutores; iii) *a validade de certas regras*, por exemplo, as regras de linguagem que acabaram de ser usadas, a afirmação sobre como evitar a contradição, etc.”<sup>8</sup> As premissas da argumentação significativa são, portanto, irretrocedíveis, na

---

<sup>7</sup> Cf. MÍLOVIC, Miroslav. *Filosofia da Comunicação – Para uma crítica da Modernidade*, pp. 190-191.

<sup>8</sup> KUHLMANN, W. *Reflexive Letztbegründung*. Freiburg, 1985a, p. 73. *Apud.* MÍLOVIC, Miroslav. *Filosofia da Comunicação – Para uma crítica da Modernidade*, p. 190.

medida em que o locutor que refuta a verdade pressupõe a sua existência pelo menos quanto às suas próprias assertivas.

A esse respeito, cumpre acentuar que a contradição em tela é, efetivamente, de ordem performativa e não proposicional, na medida em que se refere à postura pragmática do locutor em frente a uma comunidade de comunicação e não à coerência semântica do discurso empreendido. Chega-se, portanto, às premissas irretrocedíveis da argumentação, que seriam a compreensibilidade, a verdade, a sinceridade e a correção. A esse respeito, observa Habermas que tal universalidade das pretensões de validade, insertas na estrutura do discurso, pode ser explicada a partir da posição sistemática da linguagem: no discurso, todos os quatro aspectos são colocados na agenda do dia – a natureza exterior, a sociedade, a natureza interior e a própria linguagem. A racionalidade é, assim, possível a partir das premissas comunicativas consistentes nas pretensões de validade constitutivas da comunicação.

Nesse contexto, substitui-se o *a priori* das faculdades espirituais pressupostas pela filosofia da consciência por uma *comunidade de comunicação*, instância única de produção de sentido e *medium* em que se opera a racionalidade comunicativa em substituição: “as condições de constituição dos objetos, quer dizer, seu significado, não mais são compreendidas a partir das funções da razão, mas sim pelo contexto do ‘mundo da vida’.”<sup>9</sup>, pano de fundo de uma comunidade de comunicação real. Supera-se, outrossim, a clássica dicotomia entre teoria e prática, em razão da unidade da mente através da linguagem e das premissas comunicativas de qualquer argumentação significativa, porquanto se afirma a semelhança estrutural entre as formas de solução de pretensões de verdade e de correção.

Nesse ponto, define-se a pragmática da linguagem como a teoria da *argumentação* e de suas *premissas éticas*, cuja estrutura normativa opera-se no nível de uma intermediação ética entre as comunidades de comunicação *ideal* e *real*. A esse respeito, observa Mílovic:

*“É claro que sempre nos deparamos com situações concretas permeadas por uma série de restrições na comunicação. De fato, muito freqüentemente não nos encontramos em condições ideais de argumentação. A tese da pragmática transcendental da linguagem (...) significa a obrigação de mediar as condições da comunidade de comunicação real e ideal, justamente porque assim, como aqueles que argumentam*

---

<sup>9</sup> MÍLOVIC, Míroslav. **Filosofia da Comunicação – Para uma crítica da Modernidade**, pp. 208-209.

*significativamente, sempre pressupomos a comunidade de comunicação real (a qual pertencemos enquanto membros), mas também antecipamos a comunidade ideal que talvez tenha a possibilidade de julgar melhor a reivindicação de validade já estipulada.*”<sup>10</sup>

Essa mediação ética da racionalidade comunicativa objetiva o reconhecimento igualitário de todos os participantes da comunicação, que podem expor, livremente, ante uma comunidade de comunicação ideal, pretensões de validade, a respeito das quais se pretende, através do discurso, atingir, numa comunidade de comunicação real, um acordo sobre as reivindicações invocadas. Nesse contexto, a pragmática universal da linguagem perquire as condições de reconhecimento que assegure a igualdade e a liberdade discursivas de cada indivíduo, pressupondo, portanto, uma situação ideal de fala, que exige uma abertura para qualquer participante expressar opiniões e idéias próprias de uma forma isonômica e irrestrita, de tal sorte que possa pedir explicações, dissentir, oferecer possibilidades de interpretações etc.

Neste prisma, um discurso racional deve conduzir a um processo de entendimento mútuo mediante o qual se atinge o acordo que conta com o assentimento de todos os envolvidos. Assim, o consenso racional deverá ser alcançado mediante um exercício de universalização através do qual todos os participantes, reivindicando pretensões de validade criticáveis, considerem os pontos de vista alheios e procurem, a partir daí, auferir conclusões suficientemente abstratas, que possam contar com a adesão de todos os envolvidos no discurso: “A formação de convicções pode ser analisada segundo o modelo das tomadas de posição em face de uma oferta de ato de fala. O ato de fala de um só terá êxito se o outro aceitar a oferta nele contida, tomando posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de validez em princípio criticável.”<sup>11</sup>

Neste ponto, cumpre ressaltar que o consenso habermasiano tem uma tônica eminentemente procedimental, na medida em que pressupõe o reconhecimento multilateral de pretensões de validade criticáveis através de um *medium* de igualdade, que possibilita a participação, não apenas formal, mas substancial de todos os interlocutores. Nesse sentido, o consenso não se realiza quando o ouvinte reconhece a verdade de uma manifestação. Outrossim, não há de se falar em consenso quando o ouvinte concorda com a validade normativa de uma ordem, mas duvida da existência

---

<sup>10</sup> MÍLOVIC, Miroslav. *Filosofia da Comunicação – Para uma crítica da Modernidade*, p. 231.

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 165.

das condições objetivas de seu cumprimento ou desconfia da sinceridade da manifestação de vontade respectiva. Tampouco não há consenso quando acredita na sinceridade do agente, mas considera a sua assertiva falsa ou a sua prescrição inválida.<sup>12</sup> Com efeito, não se espera dos participantes do discurso que abdicuem de suas próprias opiniões. Deve-se, portanto, rejeitar a ingênua, porém difundida leitura do pensamento habermasiano, segundo a qual o consenso demandaria a adesão incondicional dos participantes do discurso às assertivas levantadas pelos co-locutores, abandonando as suas próprias como sendo inválidas ou errôneas.

A esse respeito, o consenso a que se refere Habermas é alcançado pela ilimitada possibilidade do dissenso, que se concretiza através da constante possibilidade de crítica às pretensões de validade levantadas, aliada ao *elemento performativo* consistente na busca conjunta, baseada no reconhecimento recíproco, por parte de todos os interlocutores, de um preceito suficientemente geral, apto a abarcar, em última instância, o reconhecimento de todos os participantes do discurso: “Em qualquer ação de fala, são levantadas pretensões de validade criticáveis, que apontam para o reconhecimento intersubjetivo.”<sup>13</sup> Nesse contexto, o risco do dissenso é atenuado pelo mundo da vida, concebido como o pano de fundo discursivo, possibilitando-se, assim, a comunicação e o entendimento, ao equilibrar a dimensão de validade da fala e a facticidade das diferentes formas de vida concreta: “Os agentes comunicativos movem-se sempre dentro do horizonte que é seu mundo de vida; dele não podem sair-se.”<sup>14</sup> Assim, na esfera performativa, encontra-se indiretamente pressuposta a possibilidade do consenso, ou seja, da validade para todos os participantes daquela comunidade, reconhecidos como essencialmente igualitários na comunicação, sendo por tal razão impossível negar significativamente essa igualdade.

É preciso, portanto, que cada um dos sujeitos do discurso reconheça-se no desfecho argumentativo de tal sorte que se concretize a máxima discursiva segundo a qual “D: válidas são aquelas normas (e tão-somente aquelas normas) a que todos que por ela possam ver-se afetados possam prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais”, advindo a racionalidade discursiva desse reconhecimento igualitário entre os interlocutores.

---

<sup>12</sup> Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 42.

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**, p. 34.

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa: Crítica de la razón funcionalista**. v. II. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 2003, p. 179.

Assim, mediante o paradigma discursivo, abre-se espaço para o questionamento de pretensões de validade invocadas, constituindo tanto a verdade, quanto a justificação normativa um produto do melhor argumento:

*“O discurso teórico permite questionar a verdade afirmada sobre os fatos, buscando elaborar, à base de argumentos mais convincentes e coerentes, uma nova teoria. O discurso prático permite questionar a adequação das normas sociais, buscando legitimar, no interior de um processo argumentativo que respeita os melhores argumentos, a validade de um sistema de normas novo, aceito e respeitado por todos.”<sup>15</sup>*

Nesse contexto, portanto, a *racionalidade comunicativa* precede à *racionalidade teleológica* (racionalidade instrumental e estratégica), na medida em que determina o campo de atuação legítima desta. Com efeito, na ação comunicativa, os atores orientam-se primordialmente para a obtenção de um acordo que é condição para que cada participante na interação possa perseguir seus próprios planos de ação, e não diretamente para seus próprios interesses. Nesse ponto, as pretensões de validade levantadas a partir de uma racionalidade comunicativa são criticáveis, no que se distingue da razão prática, que pretende formular enunciados prático-morais de natureza absoluta. A esse respeito, observa Chamon Jr.:

*“Sendo o juízo de retidão normativa apenas um dos juízos racionais possíveis – além dos de eficácia/verdade, veracidade -, a noção de razão comunicativa é mais ampla que a perspectiva de uma racionalidade prática, ainda que tomada esta em seus termos modernamente adequados. A razão comunicativa fica como ‘por detrás’ de uma racionalidade que pretenda motivar/dirigir a vontade; além disso, a razão prática, enquanto referente a questões prático-morais, não coincide completamente com a razão comunicativa que, enquanto mais ampla, abrange muitas outras questões (verdade/veracidade).”<sup>16</sup>*

---

<sup>15</sup> FREITAG, Bárbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**, pp. 164-165.

<sup>16</sup> CHAMON Jr., Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 222. A esse respeito, observe-se ainda que a maior amplitude da razão comunicativa, que, além de questões prático-morais, tematiza, igualmente, pretensões à verdade e à veracidade, possibilita o obscurecimento da distinção entre filosofia teórica e prática.

Salienta-se, por oportuno, que, apesar da abertura de conteúdo, a racionalidade comunicativa reflete limites impostos pelas próprias condições de comunicação e determinados pelos contextos de mundo de vida em que é realizado. Assim, a universalidade decorre não da simples *aceitação*, mas da *aceitabilidade racional*, no sentido de que todas as normas são passíveis de ser reconhecidas por todos os integrantes, efetivos ou em potencial, do discurso. Abandona-se, portanto, uma racionalidade monológica que se reporta a verdades imutáveis e eternas, passando tais verdades a serem consideradas *contextuais*, sujeitando-se a determinados pressupostos comunicativos. A racionalidade habermasiana articula, portanto, condições contrafactuais de comunicação mediante as quais são idealizados pressupostos para a reivindicação de pretensões de validade, nas esferas da compreensão, de verdade, de correção normativa e de inteligibilidade no discurso, dentre as quais se menciona a identidade de significados de expressões lingüísticas utilizadas pelos sujeitos da comunicação, no contexto de um mundo da vida determinado.

### **3. Teoria social habermasiana**

As condições de desenvolvimento legítimo do discurso jurídico acerca da licitude da interrupção de gravidez por anencefalia fetal conduz a uma análise sobre a diferenciação das instâncias moral, ética, religiosa e jurídica à luz de uma sociedade complexa. Tal questão é abordada na teoria social habermasiana, que define a sociedade ora como “mundo da vida”, ora como sistema, culminando com a construção de uma teoria evolutiva da sociedade a partir da psicologia cognitiva de Piaget e Kohlberg.

Na construção de sua teoria da social, Habermas confronta-se com modelos sistêmicos de sociedade, que subordinam as esferas sociais a imperativos sistematicamente codificados. A esse respeito, a teoria luhmanniana é particularmente criticada, porquanto refuta a possibilidade de construção de uma teoria da sociedade a partir da perspectiva da ação, ao defender que toda racionalidade é sistêmica e que a integração social opera-se apenas do ponto de vista parcial de cada subsistema social<sup>17</sup>. Habermas não apenas afirma a existência de uma racionalidade extra-sistêmica, que se revela na esfera do mundo da vida, como a eleva à condição de “o grande legado da modernidade”. Sustenta, assim, o caráter estruturalmente dúplice da sociedade moderna, ora considerada como *sistema*, ora como *mundo da vida*.

A noção de “mundo da vida” rompe com a perspectiva fragmentária das teorias sociais sistêmicas, na medida em que incorpora a possibilidade de integração

---

<sup>17</sup> Cf. CHAMON Jr., Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade*, p. 29.

social numa perspectiva totalizante: trata-se de “algo que todos nós temos sempre presente, de modo intuitivo e não-problemático, como sendo uma totalidade pré-teórica, não objetiva – como esfera das auto-evidências cotidianas – do *common sense*”<sup>18</sup>. Afigura-se, portanto, o pano de fundo de comunicação<sup>19</sup>, a “base cognitiva da prática comunicativa cotidiana”<sup>20</sup>, constituindo uma moldura simbólica de referência comunicativa<sup>21</sup> que se reporta a uma bagagem semântico-cultural existente entre os sujeitos, composta por um conjunto de evidências e de certezas não ordinariamente questionadas, fonte de significação mínima indispensável para o desenvolvimento do discurso. Os agentes comunicativos não podem, portanto, esquivar-se do mundo da vida, instância fundante de produção de sentido, na medida em que necessariamente se movimentam dentro do horizonte de seu mundo da vida, não podendo referir-se a algo inserto neste como a um fato ou a uma vivência.

A esse respeito, cumpre observar que, embora o mundo da vida refira-se a uma esfera de experiência comum dos sujeitos sociais, não incorpora a noção fechada de uma identidade ético-coletiva, podendo suas próprias certezas serem questionadas. Nesse sentido, esclarece Freitag:

*“O ‘mundo vivido’ compõe-se da experiência comum a todos os atores, da língua, as tradições e da cultura compartilhada por eles. Ele representa aquela parte da vida social cotidiana na qual se reflete ‘o óbvio’, aquilo que sempre foi o inquestionado. O mundo vivido apresenta, contudo, duas facetas: a faceta da continuidade e das ‘certezas’ intuitivas e a faceta da mudança e do questionamento dessas mesmas certezas. O que sempre foi taken for granted pode ser questionado graças às características intrínsecas da ação comunicativa.”*<sup>22</sup>

Habermas identifica três níveis estruturais do mundo da vida, quais sejam: a cultura, a sociedade e a personalidade, assim definidos pelo autor:

---

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: Estudos filosóficos**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 52, p. 48.

<sup>19</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 166.

<sup>20</sup> VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **Para leer a Habermas**. Madrid: Alianza, 2003, p. 47.

<sup>21</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 93.

<sup>22</sup> FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 164.

*“Chamo cultura o acervo de saber no qual os participantes da comunicação, ao entenderem-se sobre algo em um mundo, abastecem-se de interpretações. Chamo sociedade as ordens legítimas através das quais os participantes da interação regulam sua pertinência a grupos sociais e, com isso, asseguram a solidariedade. Por personalidade entendo as competências que tornam um sujeito capaz de linguagem e de ação, ou seja, que o capacitam a participar de processos de entendimento e, neles, afirmar sua própria identidade.”*<sup>23</sup>

Nesse contexto, impende salientar o entrelaçamento do mundo da vida e do agir comunicativo, que estabelecem uma relação circular, no qual o mundo da vida afigura-se simultaneamente meio e produto do agir comunicativo: no âmbito de seus três componentes – cultura, sociedade e personalidade –, ocorrem, respectivamente, os processos de reprodução cultural, integração social e socialização, os quais correspondem à produção semântica de significações e conteúdos, ao desenvolvimento das relações interpessoais e à inserção do indivíduo no tempo histórico pela sucessão de gerações.

Habermas conceitua, por outro lado, “sistema” de uma forma estrita: trata-se de uma esfera auto-regulada de intermediação do agir racional com respeito a fins (agir teleológico). Identificam-se, assim, dois sistemas sociais: o econômico e o administrativo, a operarem, respectivamente, no *medium* do dinheiro e o do poder. A esse respeito, explica:

*“Sociedades modernas são integradas não somente através de valores, normas e processos de entendimento, mas também sistematicamente, através de mercados e do poder administrativo. Dinheiro e poder administrativo constituem mecanismos da integração social, formadores de sistema, que coordenam as ações de forma objetiva, como que por trás das costas dos participantes da interação, portanto não necessariamente através da sua consciência intencional ou comunicativa.”*<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**, p. 209.

<sup>24</sup> Idem, pp. 58-59.

Observa-se, a propósito, que a diferenciação entre sistema, enquanto esfera de reprodução material (economia e Estado), e mundo da vida, espaço de reprodução simbólica (cultura, sociedade e personalidade), apresenta-se como um dos traços constitutivos da modernidade, que se operou mediante dois fenômenos: o da *modernização societária*, que enfatiza os processos de racionalização ocorridos nos subsistemas econômico e político, e o da *modernidade cultural*, referente à autonomização<sup>25</sup>, no interior do mundo da vida, das esferas de valores moral, ciência e arte.

A esse respeito, cumpre salientar, mais uma vez, que Habermas, distanciando-se da teoria sistêmica luhmanniana, concebe a possibilidade de pensar a sociedade como um todo a partir da noção de mundo da vida. Tacha, portanto, Luhmann de o “verdadeiro filósofo”<sup>26</sup>, na medida em que este, ao negar à sociedade uma consciência comunicativa própria, dissocia a reprodução social de qualquer *praxis* significativa unificada. A propósito, assinala:

*“(...) a teoria sistêmica luhmanniana exclui radicalmente conceitos como ‘ação orientada para o entendimento intersubjetivo’, ‘racionalização do mundo da vida’ e ‘moral universalista’ na caracterização da sociedade moderna. Nesta, o código moral ‘consideração/desprezo’, difusamente reproduzido, importa uma diversidade de programas e critérios, em torno dos quais não se constrói consenso (suposto).”*

Nesse ponto, verifica-se que a autonomia operacional do sistema calca-se, em Luhmann, em uma noção pragmaticamente indefinida de “código”. No que se refere ao Direito, observa-se, exemplificativamente, que Luhmann não articula as questões de produção e de reprodução do código jurídico a partir de um conceito de autonomia pragmaticamente definida, limitando-se a afirmá-la enquanto dado não problematizado. Habermas, ao contrário, trabalha tais questões a partir de uma racionalidade argumentativa, que associa a noção de forma jurídica à idéia de indisponibilidade do Direito. Analisa, assim, o vazio pragmático em que caiu a teoria luhmanniana, na medida em que deixou de articular a questão do fechamento operacional do Direito,

---

<sup>25</sup> A autonomização expressa o fato de que as esferas do mundo da vida – cultura, sociedade e personalidade - manifestas nas esferas da ciência, da moral e da arte, norteiam-se a partir de princípios próprios (verdade, moralidade e expressividade), sendo discursivamente diferenciadas. Cf. FREITAG, Bárbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**, p. 166.

<sup>26</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. Apêndice a Facticidade e Validade. In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 365.

limitando-se a afirmar a existência de um dado código jurídico diferenciado sem considerar o caráter material e reflexivo do Direito. A questão é, por outro lado, central no pensamento social e político de Habermas, para quem a autonomia do sistema jurídico reside na determinação de uma estrutura discursiva própria, que se refere a argumentações concretas e que impede que a internalização de uma descrição neutra, desenvolvida por Luhmann, provoque a “dissolução cínica da consciência normativa entre os especialistas em Direito”<sup>27</sup>, colocando em risco a autonomia do código jurídico. Esquiva-se, assim, da noção oca e formalista de um código jurídico posto e pragmaticamente indeterminado, residindo, neste ponto, a grande crítica habermasiana à teoria “sociológica” luhmanniana: “É sintomático o fato de Luhmann colocar um sinal de interrogação no espaço em que deveria ser colocada a unidade do código”.<sup>28</sup>

Evidencia-se, portanto, que a distinção entre sistema e mundo da vida afigura-se de grande importância para o pensamento social habermasiano, mostrando-se, inclusive, a base do processo de evolução social, que se opera a partir da complexificação dos sistemas e da racionalização do mundo da vida, fruto de uma compreensão descentrada do mundo e de uma diferenciação interna entre seus componentes estruturais.

Nesse sentido, Habermas constrói sua teoria da evolução da sociedade a partir da psicologia cognitiva de Piaget, posteriormente desenvolvida por Kohlberg, traçando um paralelo entre o desenvolvimento da sociedade (filogenético) e os estágios de desenvolvimento da consciência moral do indivíduo (ontogenético). Assim, aos três níveis de desenvolvimento da consciência moral proposto por Kohlberg, associa três tipos de sociedades: as pré-convencionais, as convencionais e as pós-convencionais.

Sob a inspiração de Piaget, Kohlberg define, a propósito, três níveis de desenvolvimento da consciência moral a partir da relação do “eu” com as expectativas e normas sociais:

*“ (...) no nível pré-convencional, as normas e as expectativas sociais constituem algo externo para o eu; no convencional, o eu identifica-se com as normas e expectativas sociais ou internaliza-as; no pós-convencional, a pessoa diferencia as suas próprias normas e expectativas das adotadas pelos outros, definindo os ‘seus valores em termos de princípios auto-*

---

<sup>27</sup> HABERMAS, Jürgen. Recht und Moral. In: HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 576.

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. Recht und Moral. In: HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 577.

*escolhidos' (Kohlberg, 1976: 33). A esses três níveis do desenvolvimento moral correspondem, respectivamente, três tipos de perspectiva social: a concreta individual, a de membro da sociedade e a do prioritário-em-face-da-sociedade (prior-to-society-perspective).”<sup>29</sup>*

A cada um dos níveis de desenvolvimento da consciência moral correspondem dois estádios. No primeiro estádio do nível pré-convencional, denominado de estádio da “moralidade heterônoma” ou da “punição e da desobediência”, a obediência dá-se em razão da ameaça da punição: nele, a criança mostra-se egocêntrica, desconsiderando os interesses dos outros e confundindo sua própria perspectiva com a da autoridade. Já no segundo estádio, a criança passa a conceber a existência de interesses diversos, os quais se relacionam pela troca: age de acordo com seus próprios interesses e aceita que outrem também faça da mesma maneira.

Já no primeiro estádio do nível convencional, correto é corresponder às expectativas das pessoas próximas: a criança passa a desenvolver seus papéis sociais de filho, amigo, irmão, dentre outros com esmero e dedicação, preocupando-se em ser boa para os outros, e em obedecer a padrões de condutas estereotipadas. Aqui, não se considera a perspectiva generalizada de um “sistema” social de normas e papéis, sendo central a perspectiva social dos indivíduos em relação entre si.

Na segunda fase do nível convencional, chamado de nível do sistema social e da consciência, correto é cumprir com os deveres acordados, dentre os quais se incluem as leis. Nesse estádio, procura-se contribuir com as instituições sociais, não se estando diretamente comprometido com os olhos de um terceiro observador, como ocorre com o terceiro estádio.

A primeira fase do nível pós-convencional assenta-se, por sua vez, na consciência e na aceitação da diversidade de valores e opiniões, afigurando-se correto a observância de contratos, valores e direitos, independentemente de estarem de acordo com regras de certo grupo, na medida em que certos valores e direitos, como a vida e a liberdade, devem ser respeitados em qualquer sociedade e independentemente da opinião ou vontade majoritária. Diferenciam-se os pontos de vista moral e jurídico, reconhecendo-se a dificuldade de integrá-los em caso de conflito. Já na segunda fase do nível pós-convencional, último estádio do desenvolvimento da consciência moral,

---

<sup>29</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil, p. 18

apregoa-se a obediência a princípios éticos universais. Neste estágio, busca-se a proteção da dignidade dos seres humanos, que são considerados fins em si mesmo, respeitando-se sua individualidade. A esta premissa moral básica, que assume a forma de um princípio moral de justiça, subordinam-se acordos, normas e valores sociais, de tal sorte que, em caso de inobservância destes frente àquele, deve prevalecer o primeiro.

Habermas, utilizando-se da referida teoria do desenvolvimento ontogenético, parte da premissa de que a evolução da moralidade social atrela-se a um *descentramento progressivo da compreensão do mundo* em três esferas de referência, a saber: a subjetiva, a objetiva (natural), e a social (intersubjetiva), intimamente associada à existência de uma diferenciação entre agir estratégico e agir comunicativo.

A esse respeito, o primeiro nível de evolução social – o pré-convencional – caracteriza-se pela indistinção entre as mencionadas esferas de subjetividade, de objetividade e de intersubjetividade, de tal sorte que se desconsidera o elemento volitivo dos indivíduos como critério de avaliação de suas condutas: o mundo externo é apreendido a partir de um princípio da causalidade que se ocupa apenas com o resultado do comportamento e não com a intenção do agente. Desconhece-se a distinção entre ação estratégica e ação comunicativa: num primeiro estágio, a justiça é concebida como obrigatoriedade de obediência a regras, mediante a qual os indivíduos satisfazem seus próprios desejos e evitam punições; já num segundo estágio, a justiça é concebida como troca de equivalentes.

A partir do nível convencional, há uma diferenciação entre os mundos subjetivo, objetivo e social, identificando-se diferenciados patamares de pretensões de validade, quais sejam: o da sinceridade, o da verdade e o da retidão. Aqui, as condutas são avaliadas não apenas por seus resultados, mas também pela intencionalidade do agente, distinguindo-se o princípio da causalidade do princípio da imputação, bem como o agir estratégico do agir comunicativo: no primeiro estágio, a justiça é compreendida como conformidade de papéis concretos existente em grupos primários (pessoas próximas), enquanto, no segundo, como adequação ao sistema geral e abstrato e a normas existentes. Outrossim, não se distingue entre ação e discurso: “as pretensões sustentadas implicitamente no plano da ação não são, em princípio, discutidas ou examinadas. As crenças intuitivamente partilhadas no mundo da vida não são passíveis de ser questionadas. A identidade ainda está subordinada a imperativos institucionais.”<sup>30</sup>

No último nível de evolução social, introduz-se o discurso como forma reflexiva de ação, mediante a qual as pretensões de validade são problematizadas à luz

---

<sup>30</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil, p. 21.

de princípios. Trata-se, numa linguagem habermasiana, de uma “desinstitucionalização moral”, reinterpretada por Neves como uma “desdogmatização do institucional”<sup>31</sup>, significando que à heteronomia enquanto dependência de normas vigentes opõe-se a exigência de fundamentação universalista de validade normativa como critério de conduta (autonomia)<sup>32</sup>. Assim, no primeiro estágio, as expectativas de comportamento são traduzidas em princípios, que, assumindo uma pretensão de universalidade, submetem as normas. Já, no segundo estágio, adota-se uma perspectiva procedimental, em que os princípios submetem-se às mesmas expectativas de comportamento. Afirma-se, assim, uma racionalidade procedimental, na medida em que, no referido estágio, os princípios são discutidos no ambiente de procedimentos discursivo-rationais, que, por sua vez, fundamentam-se em princípios universais que são compreendidos como condições imprescindíveis de possibilidade do discurso racional.

A partir dos referidos níveis de desenvolvimento social, Habermas classificou as sociedades em *primitivas* (nível pré-convencional), *avançadas* (nível convencional) e *modernas* (nível pós-convencional). Nas primeiras, inexistente uma distinção entre cultura e natureza, bem como entre os mundos objetivo, social e subjetivo. As instituições são associadas a figuras míticas e as ações individuais são extensões de ações coletivas.

Já nas sociedades avançadas, as esferas sacra e profana tomam caminhos distintos: na primeira, permanece inalterado o conceito holístico de validade, mediante o qual não se distingue o verdadeiro, o bom e o perfeito, ao passo em que o profano é, paralelamente, desmistificado. Diferenciam-se, outrossim, a ação e o discurso, porém as três espécies de validade só se distinguem no nível da ação, inexistindo formas específicas de argumentação para cada uma delas, não sendo, portanto, as instituições questionadas.

Quanto às sociedades modernas, não há, em um primeiro momento, uma diferenciação plena entre os discursos afetos aos mundos objetivo, subjetivo e social: com efeito, embora haja uma pretensão de validade específica no âmbito científico, a moral, o direito e a arte ainda continuam vinculados ao âmbito sagrado. Num segundo momento, porém, a superposição do mundo transcendente sobre o profano é rompida, de tal sorte que se diferenciam plenamente as pretensões de validade no plano da ação e do discurso, ensejando uma dessacralização que permite o aparecimento de discursos críticos contra as instituições existentes desatrelados de concepções metafísicas do

---

<sup>31</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil, p. 23.

<sup>32</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**, p. 173 ss.

mundo. A sociedade moderna passa, assim, a espelhar uma moralidade pós-convencional e universalista.

É neste contexto que Habermas introduz a sua teoria da modernidade, na medida em que, para ele, o surgimento e o desenvolvimento da sociedade moderna pressupõem a evolução das estruturas da consciência no sentido de uma noção pós-convencional e universalista de moral e direito<sup>33</sup>. Dialoga, assim, com autores como Marx e Weber, criticando-os em sua insistência em reduzir a modernidade a uma simples diferenciação racional-finalista e moralmente neutra dos sistemas econômico, jurídico e político, a partir, respectivamente, da dialética das forças produtivas e do aparecimento de uma ética protestante.

Nessa linha de pensamento, afirma a realização apenas parcial da modernidade, na medida em que as sociedades ditas civilizadas teriam negligenciado o moderno aspecto racional-comunicativo, possibilitando um empreendimento de uma hipertrofia da racionalidade finalista, incapaz, por sua vez, de aniquilar aquele aspecto normativo, discursivamente fundamentado em distintas pretensões de validade, peculiares a sociedades plenamente modernas.

Assim é que Habermas enfatiza a racionalidade comunicativa como um projeto moderno. Não condena, a propósito, uma racionalidade-com-respeito-a-fins. Muito pelo contrário, afirma sua importância, mas subjugava-a a uma razão dialógica inclusiva. Neste ponto, distancia-se de seus colegas da Escola de Frankfurt, para quem uma “razão instrumental”, de ordem técnica e desprovida de conteúdo, constituiria o mais puro legado da modernidade. Habermas, contrariamente, relativiza a crítica à chamada “razão instrumental”, desvencilhando o problema da modernidade ao desenvolvimento tecnológico, ao afirmar que o *pathos* residiria na hipertrofia da “racionalidade-com-respeito-a-fins” em detrimento da esfera do “agir comunicativo”.

Nesse sentido, a teoria da ação comunicativa atribui uma posição central ao Direito como *medium* de integração social. Habermas procura, assim, demonstrar como a organização jurídico-política entre cidadãos livres e iguais pode, numa sociedade pós-tradicional, ser possível sob a égide do princípio do discurso, que proporciona a coordenação da ação de diferentes atores a partir de uma racionalidade comunicativa.

Com efeito, o esfacelamento de uma visão homogênea de mundo fundada na religião e na tradição deu lugar à distinção entre ação e discurso e a diversas pretensões diferenciadas de validade. O Direito seguiu tal evolução, ao assumir uma posição central como *medium* de integração social. Em acompanhamento ao processo

---

<sup>33</sup> Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil, p. 27.

de evolução social, o Direito conheceu três níveis evolutivos: o revelado, o tradicional e o estatuído, formal ou positivo, que serão analisados no presente tópico.

A esse respeito, o Direito revelado apóia-se numa ética mágica, fundada em expectativas de comportamento particulares, não distinguindo norma de ação e inexistindo, em sua sede, uma tensão entre validade e facticidade. As sanções são aplicadas difusamente, não havendo um procedimento jurisdicional específico, constituído por uma autoridade a quem incumbe compor os litígios. A pena decorre, a propósito, não da culpa do sujeito, mas do simples resultado de suas ações. Os conflitos são solucionados pelas próprias partes interessadas (autocomposição), que buscam a compensação dos prejuízos causados.

Já no Direito tradicional, surgem normas, distintas das ações, as quais incorporam expectativas generalizadas de comportamento. Conhece-se um procedimento próprio de aplicação do direito (heterocomposição), que decorre da centralização do poderem sociedades estatalmente organizadas. Inexiste, porém, aqui, uma diferenciação entre os planos jurídico, ético e moral, sendo as instituições convencionais incontestáveis.

A positivação do Direito conhece, por fim, dois estádios: o do direito deduzido (fase de transição) e do direito positivo ou formal. Aqui, surgem os princípios, à luz das quais se podem confrontar normas. Entretanto, no estádio do direito deduzido, concebido por Luhmann a partir do pensamento de Weber, porém não reconhecido por Habermas como estádio autônomo, tais princípios têm fundamento metajurídico, não operando uma diferenciação total entre as esferas do Direito, da moral e da ética. Apenas com o fim dessa fase de transição entre o direito tradicional e o direito positivo, é que se opera a diferenciação plena entre moralidade, eticidade e juridicidade, passando as normas jurídicas a se fundamentarem em princípios ético universais, baseados na idéia de que as pessoas são um fim em si mesmas (premissa moral básica). Referidos princípios assumem um carácter procedimental reflexivo, cabendo ao Direito, neste contexto, garantir a integração social, que não pode ser suficientemente realizada pelas demais instituições originárias do mundo da vida.

Nesse sentido, cumpre ao Direito intermediar a relação entre sistema e mundo vivido. Assim, ligando as três fontes de integração social, a saber: dinheiro, poder administrativo e solidariedade, o Direito presta-se a estabilizar expectativas de comportamento, produzindo, entre a pressão profana de imperativos funcionais e a

necessidade “idealista” de os legitimar.”<sup>34</sup>, uma segurança (jurídica) que permite aos seus destinatários calcular as conseqüências de seu próprio comportamento e as do comportamento de terceiros<sup>35</sup>. Dessa forma, “pelo meio de uma prática de autodeterminação que requer dos cidadãos um exercício de suas liberdades comunicativas, o Direito retira, em última instância, sua força de integração social das fontes de solidariedade social”<sup>36</sup>. Nesse contexto, desempenha a função de reduzir momentaneamente a complexidade discursiva, sem liberar, contudo, a atividade comunicativa.<sup>37</sup>

No âmbito de uma racionalidade voltada para fins, abre-se a possibilidade de regulação normativa de integrações estratégicas. A esse respeito, cumpre observar a existência de duas dimensões distintas assumidas pelas normas jurídicas num contexto de interação estratégica e de interação comunicativa. Na primeira hipótese, as normas assumem a posição de fatos, que são avaliados pelos atores à luz de suas próprias preferências. Aqui, referidas normas devem provocar tanto um constrangimento factual, quanto uma vontade de obediência motivada por sua legitimidade, decorrente de um acordo que lhe é subjacente. No segundo caso, as normas são meios de alcance de um acordo, na medida em que os atores procuram chegar a uma compreensão comum da situação e interpretar os fatos significativos exclusivamente à luz de pretensões de validade intersubjetivamente reconhecidas<sup>38</sup>.

Dessa forma, a questão da evolução social a partir da diferenciação entre as instâncias moral, ética, religiosa e jurídica mostra-se de suma importância para a diferenciação do discurso jurídico das demais instâncias sócio-normativas, lançando os pressupostos para o desenvolvimento legítimo do discurso judicial acerca da licitude da interrupção de gravidez de feto anencéfalo numa sociedade moderna complexa.

#### **4. A “descoberta” da tensão entre facticidade e validade e suas implicações para a legitimidade do Direito moderno**

---

<sup>34</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil, p. 60.

<sup>35</sup> Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil, p. 179. A esse respeito, a referida função estabilizadora do direito demanda a observância de alguns preceitos, assim descritos por Habermas: “as normas jurídicas devem expressar definições inteligíveis, não contraditórias e precisas, geralmente fixas por escrito; devem ser colocadas ao conhecimento de todos os seus destinatários e, então, serem públicas; não devem ter uma validade retroativa; e devem regulamentar todo estado de fato que se apresenta e associá-lo a conseqüências jurídicas, de sorte que possam ser aplicadas de uma maneira idêntica a todas as pessoas e a todos os casos comparáveis. Daí a necessidade de uma codificação que confira às regras de direito um alto grau de coerência e explicitação conceitual.” (HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 128.)

<sup>36</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil, p. 59.

<sup>37</sup> Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil, p. 57.

<sup>38</sup> Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil, p. 44.

A tensão entre facticidade e validade, num contexto comunicativo, decorre do contraste entre uma comunidade real de comunicação e os referidos pressupostos contrafactuais do discurso, incorporados por uma comunidade ideal de comunicação. A “descoberta” de referida tensão operou uma reviravolta tanto na filosofia da linguagem, quanto na análise estrutural dos processos de integração social, encontrando fortes repercussões no Direito.

A Pierce coube completar a reviravolta lingüística, ao introduzir, na análise formal da linguagem, a questão referente a seu *uso*, substituindo a noção de uma comunidade particular de intérpretes por uma comunidade comunicativa ilimitada. Concebeu, portanto, pioneiramente, a tensão entre facticidade e validade, assim elucidada por Habermas:

*“O mundo como síntese de possíveis fatos só se constitui para uma comunidade de interpretação, cujos membros se entendem entre si sobre algo no mundo, no interior de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. ‘Real’ é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que ‘verdadeiro’ pode ser explicado a partir da tensão que é levantada por um em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição.”*<sup>39</sup>

A introdução de uma comunidade ilimitada de intérpretes realizada por Pierce, ao passo em que projeta a tensão entre facticidade e validade em toda prática discursiva, possibilita a perquirição de pressupostos universais de comunicação a serem admitidos por todos os participantes da comunicação que objetivem reivindicar validade a suas pretensões numa prática lingüística orientada para o entendimento.

Nesse contexto, verdade e realidade estabelecem um liame interno decorrente do discurso: a realidade é fruto de uma prática discursiva em que locutores levantam reciprocamente pretensões de validade criticáveis. O desafio habermasiano consiste em estabelecer, com recurso às condições comunicativas, como as pretensões de validade levantadas nos discursos e voltadas ao reconhecimento ou à aceitação pelos falantes e ouvintes, seguem padrões argumentativos universais que ultrapassam as tomadas de posição em termos de sim/não em *qualquer* comunidade de intérpretes.

A propósito, cumpre observar o papel de grande importância desempenhado pelos pressupostos universais da linguagem na teoria da ação no momento em que as

---

<sup>39</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 25.

forças ilocucionárias de atos de fala são utilizadas para a coordenação de planos de ação de diferentes atores. Aqui, as pressuposições contrafactuais são imprescindíveis para a efetuação do reconhecimento das diversas pretensões de validade, mediante o qual se opera a integração social.

Nesse ponto, o Direito, como uma das esferas de integração social, ao lado do dinheiro e do poder administrativo, não resta imune à tensão entre facticidade e validade. Assim, na esfera jurídica, mencionada tensão assume dimensões internas e externas: internamente, convivem *positividade* e *legitimidade*, ao passo em que, externamente, contrapõem-se *norma* e *realidade*.

A esse respeito, a tensão entre facticidade e validade do Direito manifesta-se, *internamente*, a partir da tensão entre *positividade* e *legitimidade*. A positividade do Direito significa, para Habermas, a criação artificial de uma parte da realidade social mediante um conjunto de normas conscientemente editadas. A validade ou legitimidade, por sua vez, assenta-se na idéia de autolegislação, afigurando-se produto de uma prática discursiva que ocorre no meio de um procedimento legislativo racional, ou, ao menos, da possibilidade de justificar as regras de um ponto de vista pragmático, ético e moral. Opondo-se a uma concepção voluntarista, típica do positivismo jurídico, defende Habermas que a força de integração social do Direito situa-se na aliança entre positividade e legitimidade. Observa-se, portanto, que “sob uma forma intensificada, esta tensão ideal (entre validade e facticidade) reaparece, no âmbito do Direito, na relação do constrangimento jurídico que assegura uma aceitação média das regras, com a idéia de autolegislação – ou da autonomia política pressuposta dos cidadãos reunidos-, que honra apenas a pretensão das regras à legitimidade, ou seja, torna-as racionalmente aceitáveis.”<sup>40</sup>

Introduz-se, assim, o conceito de *validade jurídica*, que, ao harmonizar, internamente, os aspectos da coerção e da liberdade, estabiliza a tensão entre facticidade (positividade) e validade (legitimidade): o constrangimento só se justifica como afirmação da liberdade, tratando-se, numa expressão kantiana, de um “obstáculo ao obstáculo à liberdade”<sup>41</sup>. Ressalta-se, portanto, a ambivalência da noção de validade jurídica na medida em que são auferidos tanto de seu valor social ou factual (aplicação), quanto de sua legitimidade ou validade em sentido estrito (afirmação da liberdade enquanto autolegislação). A esse respeito, observa Habermas que “o valor social e a obediência factual variam em função da crença em sua legitimidade, crença que se

<sup>40</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 58.

<sup>41</sup> KANT, Immanuel. **Einleitung in die Rechtslehre**, Werke (Weischedel) Bd. IV, 338 f. *Apud*. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 46.

apóia, a seu turno, sobre uma suposição de legitimidade, ou seja, sobre a justificação possível das normas em questão”<sup>42</sup>, ressaltando que uma ordem jurídica pode ser estabilizada por fatores outros que não sua legitimidade, tais como intimidação, força das circunstâncias, uso, ou o hábito puro e simples<sup>43</sup>.

Externamente, a tensão entre validade e facticidade manifesta-se no contraste entre *norma* e *realidade*. Nesse contexto, a validade do Direito divide-se em *validade social* ou *fática* (*Geltung*) e *validade* ou *legitimidade* (*Gültigkeit*). A validade social assenta-se na efetiva ameaça da sanção no seio de uma determinada sociedade. A legitimidade, porém, mede-se pela racionalidade do processo legislativo.

A esse respeito, cumpre observar que Habermas empreende um marcante diálogo com Max Weber acerca da questão da legitimidade do Direito, contrapondo-se ao conceito positivista weberiano, segundo o qual a validade de Direito resultaria de um simples processo juridicamente institucionalizado observado por um legislador, independentemente de sua legitimidade democrática. Habermas defende, ao contrário, a necessidade de internalização de exigências materiais no conceito de legalidade, permitindo a legitimidade através da legalidade, sem que o Direito abdique de sua distinta operacionalidade.

Para Weber, a racionalidade própria ao Direito decorreria de seu processo de elaboração, de tal sorte que seria legitimado exclusivamente por suas qualidades formais. A introdução de exigências materiais por justiça social implicaria, portanto, a destruição da racionalidade própria ao Direito. Condiciona, assim, a estruturação racional do Direito a três fatores: à racionalidade científica de especialistas<sup>44</sup>, à existência de leis públicas que assegurem espaços de autonomia privada para a busca de interesses subjetivos, e, por fim, a institucionalização de mecanismo de garantia de espaços privados. A racionalidade formal do Direito decorreria, portanto, da segurança jurídica advinda do procedimento legiferante, da abstração e da generalidade das leis e do método científico-dogmático.

Habermas assenta sua “fé na legalidade” weberiana na idéia de que o surgimento de normas procedimentais que regulem a produção normativa,

---

<sup>42</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 48.

<sup>43</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 48.

<sup>44</sup> A esse respeito, Habermas observa que, segundo Weber, “Os especialistas em direito velam por um ‘formalismo do direito’ em três aspectos: em primeiro lugar, a estruturação sistemática de um *corpus* de proposições jurídicas claramente analisadas coloca as normas vigentes numa ordem visível e controlável. Em segundo lugar, a forma da lei abstrata e geral, não configurada para contextos particulares especiais, nem dirigida a destinatários determinados, confere ao sistema de direitos uma estrutura uniforme. E, em terceiro lugar, a vinculação da justiça e da administração à lei garante uma aplicação ponderada e conforme ao processo, bem como uma implementação confiável dessas leis.” (HABERMAS, *Recht und Moral*, p. 544.

estabelecendo o processo legiferante, não exime a necessidade de uma justificação material do Direito. Defende, portanto, que a justificação meramente formal (procedimental) do Direito não articula os pressupostos de legitimidade do próprio processo legiferante. A esse respeito, observa:

*“Em síntese, podemos constatar que as qualidades formais do Direito, pesquisadas por Weber, sob condições sociais especiais, só poderiam ter garantido a legitimidade da legalidade na medida em que se tivessem comprovado como ‘racionais’ num sentido prático moral. Weber não reconheceu esse núcleo moral do direito formal burguês enquanto tal, porque ele sempre entendeu as idéias morais como orientações valorativas subjetivas: os valores eram tidos como conteúdos não racionalizáveis, inconciliáveis com o caráter formal do Direito. (...) Numa palavra, ele não levou a sério o formalismo ético.”<sup>45</sup>*

Habermas afirma ter Weber deixado de identificar o atributo prático-moral subjacente ao Direito burguês, na medida em que as qualidades formais destes encontram fundamento em uma racionalidade no sentido prático-moral. Nesse sentido, três são as linhas argumentativas traçadas por Habermas. A primeira delas consiste em negar que a segurança jurídica assentar-se-ia numa racionalidade eminentemente formal: para o autor, decorre, antes, de uma abertura ao mundo da vida na qual conflitos de princípios são solucionados numa perspectiva moral (universalizante). Em segundo lugar, a racionalidade funcional que empresta Weber à generalidade e abstração da lei não se mostra suficiente para garantir-lhes a legitimidade. Com efeito, tais caracteres da lei legitimam-se em função do princípio da igualdade que lhes é subjacente. Cuida-se, assim, de uma igualdade de cunho material (moral), e não meramente formal, possibilitando o tratamento de desiguais na medida de suas desigualdades. Em terceiro lugar, observa não advir a legitimidade do Direito de seu método dogmático de priorização da organização sistemática de normas em detrimento do estabelecimento de seu significado. Observa-se, em síntese, que a crítica habermasiana ao positivismo sociológico weberiano respalda-se na premissa de que uma problemática de cunho

---

<sup>45</sup> HABERMAS, *Recht und Moral*, p. 549.

prático-moral afigura-se ínsita ao próprio procedimento de constituição do Direito.<sup>46</sup> Nesse sentido, ressalta, com propriedade, Chamon Jr.:

*“Ainda que Habermas tenha se referido à legitimidade in totum do ordenamento jurídico que diz o que é, ou não, ‘legal’, ou ainda à ‘confiança’ que se tem nos fundamentos racionais que ‘globalmente’ supõem o ordenamento, como maneira de preparar o terreno para a inserção mais tarde de sua noção de Direito como instituição, ainda aqui o autor deixa de levar a sério toda a sua crítica a Weber.”<sup>47</sup>*

Impende salientar, a propósito, que, embora em suas *“Tanner Lectures”* tenha Habermas subordinado o Direito à Moral, o rompimento com tal postura em *“Facticidade e Validade”* não implicou um retorno à posição weberiana. Muito pelo contrário: Habermas estabelece que a legitimidade do Direito depende de um procedimento que se baseia em imperativos de igualdade e de liberdade, nos quais reside a própria *forma* do Direito e que coincidem com a condição de sua *legitimidade material*, internalizada no procedimento através da proteção da *soberania popular* e dos *direitos do homem*: “Nestas duas idéias, consolidam-se aqueles conteúdos que, de alguma forma, restaram, quando a substância normativa de uma tradição religiosa e metafísica ancorada em um *ethos* passou pelo filtro pós-tradicional. À medida que as problemáticas morais e éticas diferenciam-se umas das outras, a substância normativa filtrada pela discussão acha sua conformação nas duas dimensões de autodeterminação e de realização de si mesmo.”<sup>48</sup> A legitimidade do Direito em Habermas assenta-se, portanto, na idéia de que os destinatários das normas devem ser também seus criadores.

Nesse ponto, cumpre assinalar a relação entre legitimidade do Direito e poder político na obra habermasiana. O autor afirma que a problemática acerca da legitimidade do Direito está intrinsecamente relacionada com a questão da legitimidade do poder político: se o Direito deve sua positividade ao poder político, o poder político constitui-se pelo Direito. A ambivalência intrínseca à validade jurídica reflete, portanto, a necessidade de organizar, sob a forma de Direito legítimo, o poder político. A legitimidade do Direito e do poder político são, portanto, faces de uma mesma moeda, espelhando a própria noção de Estado de Direito, na medida em que esta invoca a idéia

---

<sup>46</sup> A esse respeito, observa Habermas que a legitimidade do Direito se deve “ao conteúdo moral implícito das qualidades formais do Direito”. HABERMAS, Jürgen. *Recht und Moral*. In: **Faktizität und Geltung**, p. 555.

<sup>47</sup> CHAMON JR., Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade**, p. 201.

<sup>48</sup> CHAMON JR., Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade**, p. 129.

de aplicação a si mesmo do Direito. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito absorve as referidas tensões, zelando pela legitimidade do poder político que decorre da concepção do Direito enquanto *autolegislação*.

Assim, evidencia-se residir no discurso, e não em sua simples forma, tanto a validade do Direito, quanto a legitimidade do poder político: “O que torna o exercício do poder político legítimo não é sua forma jurídica enquanto tal, mas somente o respeito ao Direito *legitimamente editado*. Ora, num nível pós-tradicional de justificação, apenas é considerado legítimo o Direito suscetível de ser racionalmente aceito por todos os membros jurídicos que formaram sua opinião e sua vontade através do discurso.”<sup>49</sup>

Nesse contexto, aflora o papel de intermediação da jurisdição constitucional entre o poder comunicativamente formado e a execução do Direito por instâncias administrativas, apontando a discussão empreendida na ADPF nº 54-8/DF tanto para uma tensão interna, quanto para uma externa entre facticidade e validade, na medida em que submete a decisão final acerca da licitude de interrupção de gravidez de feto anencéfalo no Brasil concomitantemente a um complexo normativo indisponível e a um auditório ideal de comunicação.

## 5. Teoria do Estado e da Democracia no paradigma do discurso

A noção de paradigma expressa a impossibilidade da neutralidade e objetividade da ciência, na medida em que designa um conjunto de aspectos metodológicos, convenções lingüísticas e formas de realização e interpretação de experimentos, que se prestam a estabelecer soluções modelares compartilhadas por uma dada comunidade de cientistas, a partir de certas concepções axiológicas<sup>50</sup>. No âmbito das ciências sociais, o aporte de paradigmas “fechados” pode redundar na criação de uma ideologia, implicando em um fechamento sistemático em face de visões pluralistas de mundo<sup>51</sup>. Realizando tais considerações na construção de sua teoria do Estado e procurando superar os paradoxos em que recaíram as concepções liberal e republicana de Estado, Habermas introduz um novo paradigma, a saber: o *discursivo*, trazendo à lume a noção de *Estado Democrático de Direito*.

Habermas procura superar as aporias a que chegaram os liberais e os republicanos, introduzindo, para tanto, o paradigma do discurso, que adota elementos dos paradigmas liberal e republicano, porém os integra num conceito de procedimento

---

<sup>49</sup> CHAMON JR., Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade*, p. 169.

<sup>50</sup> Cf. KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 218.

<sup>51</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, p. 271.

ideal de deliberação e decisão, que se imiscui de qualquer racionalidade prática assente na garantia de direitos subjetivos negativos contra o Estado, consoante apregoam os liberais, e de um *ethos* social concreto de uma dada comunidade, a refletir um acordo ético-político a ser respeitado, segundo defendem os republicanos. Tal paradigma corrobora regras de discussão e formas de argumentação que retiram seu conteúdo normativo da atividade orientada para o acordo: “a teoria do discurso, que associa ao processo democrático as conotações normativas mais fortes que o faz o modelo liberal, mas mais fracas que o faz o modelo republicano, recebe elementos de um e de outro modelo para recompô-los de uma maneira nova.”<sup>52</sup>

Assim, diferentemente dos liberais, para quem a integração social opera-se tão-somente na esfera econômica e nas estratégias pela luta pelo poder e distintamente dos republicanos, para quem a integração social dá-se apenas em um plano ético de determinada comunidade jurídica, a teoria do discurso afirma uma *política deliberativa*, que, reconhecendo as esferas funcional, axiológica e deontológica, como instâncias de integração social, objetiva principalmente trazer soluções racionais a questões pragmáticas, éticas e morais<sup>53</sup>. A esse respeito, cumpre observar que o sucesso de uma política deliberativa, assentada na teoria do discurso, independe da capacidade de ação coletiva dos membros de uma dada comunidade jurídica, operando-se pela instauração de procedimentos e de condições apropriadas de comunicação, bem como pela associação de membros de uma sociedade e pela constituição informal de opinião e de vontade, que se afirma em um espaço público não estatal. Concebe-se, portanto, uma *democracia deliberativa* que rompe com bases políticas fundadas numa filosofia do sujeito, na medida em que rejeita tanto a noção liberal de democracia assente na existência de uma totalidade social sob a forma de normas constitucionais de origem anônima, a serviço dos interesses do mercado, quanto a noção democrática republicana de uma totalidade social centrada no Estado e representada como um macro-sujeito que age em função de um determinado fim.

Nesse sentido é que os princípios do Estado Democrático de Direito gravitam, para Habermas, em torno de uma única idéia, qual seja: a de auto-organização de uma comunidade que, através do *medium* do Direito, constitui-se como uma associação de membros *livres e iguais*. A esse respeito, observa ser possível “desenvolver a idéia de Estado de Direito a partir de princípios segundo os quais o Direito legítimo é gerado por um poder fundado na comunicação, sendo este

---

<sup>52</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 361.

<sup>53</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 388-389.

transformado em poder administrativo no meio do Direito legitimamente criado.”<sup>54</sup> Referidos princípios, já célebres, assumem uma nova leitura à luz dos postulados da teoria do discurso habermasiana.

A esse respeito, o *princípio da soberania popular* mostra-se central para a construção do Estado Democrático de Direito, dele emanando todos os demais. Com efeito, a teoria do discurso anuncia que todo poder político provém de um poder comunicativo emanado de uma esfera pública não estatal: “O exercício do poder político obedece às leis que os cidadãos conferem-se a si mesmo no meio de uma formação da opinião e de vontade estruturada pelo discurso, e se legitima em função dessas leis.”<sup>55</sup> Esta prática de autodeterminação remete-se à idéia de procedimento democrático, que tem por função garantir um tratamento racional às questões políticas, ou seja, assegurar a aceitabilidade dos resultados obtidos a partir da institucionalização de formas de comunicação, nas quais todas as questões relevantes ao tema abordado são, idealmente, consideradas sob a base do melhor argumento. Aqui, os participantes discutem, em pé de igualdade, questões de ordem pragmática, ética e moral, compensando os interesses envolvidos.

Opera-se, a propósito, uma desmistificação das clássicas concepções acerca do sentido da soberania popular, a insistir em considerar o *povo* como uma *entidade concreta*. Assim, enquanto alguns adotam a *teoria plebiscitária*, partindo da idéia voluntarista de que existe uma vontade popular hipotética, apta a exprimir um interesse universal e convergir para uma vontade popular empírica, outros adotam a *teoria representativa*, sustentando que um interesse comum hipotético apenas pode ser descoberto por organismos representativos distintos da vontade popular empírica. A *teoria do discurso* nega, contudo, o mito da identidade indivisível do povo ou a possibilidade da descoberta de interesses homogêneos entre os cidadãos. Nesse contexto, a “vontade popular” é fruto de uma complexa rede comunicativa, que compreende a relação entre a formação institucionalizada - que se opera nos órgãos estatais - e a formação informal de opinião, que ocorre em espaços públicos culturalmente mobilizados.

Subjaz à análise da concepção de povo tal como concebida pela teoria do discurso a necessidade de uma releitura da consagrada expressão “todo poder emana do povo” que, refletindo a noção de soberania popular, consagra um forte liame interno entre parlamento e espaço público. O *princípio parlamentar*, segundo o qual se deve

---

<sup>54</sup> HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, p. 209.

<sup>55</sup> HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, pp. 209-210.

criar organismos deliberativos, não supre, portanto, a rede comunicativa formada na sociedade civil, mas, antes, é por ela informado sob os mais diversos aspectos, como, por exemplo, sobre temas de deliberação relevante, de interesses envolvidos, de diferentes concepções de mundo, dentre outros. Assim, sintetiza Habermas que “para apresentar o conteúdo do princípio da soberania popular de maneira exaustiva, é necessário considerar, simultaneamente, o princípio que garante a existência de espaços públicos autônomos, o princípio da concorrência de partidos e o princípio parlamentar.”<sup>56</sup> E, em plena consonância com sua teoria do discurso, destaca que o princípio da soberania popular requer uma estruturação discursiva de arenas públicas nas quais os ciclos de comunicação tais como organizações anônimas implicam-se, destacando-se do nível concreto de interações simples. Na medida em que a formação da vontade política descarrega-se dos entraves institucionais, aflora a assistemática desta rede comunicativa, que, apesar de não encarnar uma razão procedimentalizada, é tutelada pelo procedimento democrático em cujo cerne se situa a proteção dos *Direitos Fundamentais*.

Exsurge, aqui, a relação de interdependência, que rompe com a noção de concorrência, como pressuposta nos modelos liberal e republicano, entre *soberania popular* e *Direitos Fundamentais*: o sistema de direitos visa a assegurar o exercício público e privado da autonomia da vontade, dando suporte e proteção à formação de uma rede comunicativa constitutiva da soberania popular. Desta interrelação, infere-se, igualmente, a relação de *co-dependência entre autonomia pública e privada*. A propósito, a autonomia privada refere-se a uma esfera de reconhecimento de direitos aos indivíduos que lhes permite traçar projetos individuais de vida. A autonomia pública, por sua vez, reporta-se a um espaço público de debates a todos acessível em pé de igualdade. A co-dependência entre ambos reside, portanto, no fato de que, uma vez superada a clássica concepção de direitos naturais, o reconhecimento da autonomia privada opera-se num espaço público, enquanto que o reconhecimento do espaço privado afigura-se essencial tanto para a formação da subjetividade, quanto para a expressão do indivíduo, repercutindo, portanto, para a formação pública de opinião e de vontade.

Nesse contexto, o *princípio da separação do Estado e da sociedade* assume papel fundamental, prestando a impedir a tomada de decisões arbitrárias pelo Estado, ao conceber uma ligação entre poder administrativo e direito democraticamente editado. Com efeito, esse princípio visa proteger a autonomia social, garantindo a cada um igual

---

<sup>56</sup> HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, p. 211.

chance de participação e comunicação política. De tal preceito surge a idéia de *poder social* traduzido por Habermas como a possibilidade de um ator fazer valer em suas relações sociais seus próprios interesses. Nesse ponto, observa-se que o poder social tanto pode *permitir* quanto *limitar* a formação do *poder fundado sobre a comunicação*: na primeira hipótese, a disposição de poder social pressupõe que estejam preenchidas as condições necessárias para o exercício autônomo de liberdades de ação e de comunicação; na segunda hipótese, o poder social possibilita a ação sobre o processo político em prol de interesses próprios a esse poder.

Outrossim, o princípio da separação dos poderes assume uma nova leitura à luz da teoria do discurso. Numa concepção clássica, o princípio da separação de poderes opera-se em razão de uma mera diferenciação funcional de atividades consideradas tipicamente estatais, a partir da qual compete ao Poder Legislativo a elaboração de normas gerais; ao Poder Judiciário, a resolução de conflitos de ação sobre esta base legal; e à Administração, a implementação de leis não auto-executáveis. Todavia, no paradigma discursivo, o sentido do princípio da separação de poderes ultrapassa uma mera realização de divisão funcional de trabalho, situando-se na lógica de argumentação própria a cada uma das funções tipicamente estatais, e tendo por finalidade última o acoplamento do poder administrativo do Estado ao poder fundado sobre a comunicação.

Preliminarmente, cumpre observar a estreita ligação entre o princípio da separação dos poderes e o princípio da legalidade. O sentido da divisão funcional de poderes retira do *princípio da legalidade* sua razão fundamental de ser: “do ponto de vista da teoria do poder, a lógica da divisão dos poderes explica-se pelo fato de que a separação funcional assegura, ao mesmo tempo, o primado da legislação democrática e o reatamento retroativo do poder administrativo ao poder fundado sobre a comunicação.”<sup>57</sup> A esse respeito, observa Habermas:

*“Para além de uma diferenciação funcional que se explica a partir da divisão do trabalho prescrito pela lógica da argumentação e que reparte as tarefas entre justificação e aplicação das normas, a diferenciação institucional que se exprime na constituição de poderes estatais distintos objetiva ligar o emprego do poder administrativo ao Direito democraticamente criado, de tal maneira que o poder administrativo apenas se regenera a partir do poder que se respalda na comunicação e origina-se através dos cidadãos que agem de comum acordo (...) (na*

---

<sup>57</sup> HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, p. 230.

*medida em que) a Administração não tem acesso às premissas que são as bases de sua decisão.*”<sup>58</sup>

Neste contexto, a leitura oferecida pela teoria do discurso ao princípio da separação dos poderes contrapõe-se à concepção liberal, que, sob a lógica da subsunção, reduz-se a uma mera conformação semântica entre lei e ato judicial e administrativo, consoante a qual o princípio da separação de poderes é honrado desde que o ato administrativo ou judicial esteja abrangido pelo conteúdo geral das leis. Tal concepção formalista de referido princípio justifica-se pelo fato de que a legitimidade de uma lei, para os liberais, advém antes de sua forma gramatical, que da observância de um procedimento democrático. Todavia, a teoria do discurso vai além de uma simples redução funcional do princípio da separação dos poderes, assentando-se na lógica da argumentação específica de cada uma das atividades tipicamente estatais: na teoria do discurso, o Legislador dispõe amplamente de razões normativas e pragmáticas (inclusive às fruto de negociação); a Justiça, por sua vez, dispõe de razões normativas num contexto discursivo de *aplicação* de normas; a Administração, por fim, apenas dispõe de razões pragmáticas, direcionada a uma racionalidade voltada à adequação de meios a fins.

Assim, as atividades legislativa e judiciária diferenciam-se a partir da lógica dos discursos de *justificação* e de *aplicação* normativa: o discurso de justificação prescinde de um caso concreto e de litigantes, conhecendo apenas participantes, que enredam em um procedimento democrático de criação de leis; já o discurso de aplicação do Direito, que se refere à função jurisdicional, deve escolher uma norma considerada válida, que se mostra apropriada a uma dada situação. Quanto ao discurso de aplicação, observa Habermas que este tipo de discurso requer uma repartição de papéis nas quais as partes podem apresentar todos os aspectos litigiosos de um caso a um juiz representante de uma dada comunidade jurídica encarregado de julgar de uma forma imparcial, demandando uma repartição de competências e obrigando o tribunal a justificar seu veredicto perante um público, em princípio, ilimitado.

É no tocante à atividade administrativa que se encontra o ápice do princípio da separação dos poderes e o papel do Direito como meio de integração social e realização da democracia, que permite organizar o poder, sujeitando o poder administrativo ao poder gerado pela comunicação. A Administração, portanto, limita-se a discussões de ordem pragmática, não dispondo de razões normativas, quer de uma

---

<sup>58</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 213.

maneira construtiva, quer de modo reconstrutivo, como são respectivamente os casos do Legislador e da Justiça: “as razões normativas pertencem a um universo no interior do qual o Poder Legislativo e a Justiça compartilham o trabalho de justificação e de aplicação de normas. Neste universo, uma Administração limitada às discussões pragmáticas não tem o direito de tomar iniciativa na base de suas próprias contribuições normativas; ao mesmo tempo, ela tira dali as premissas normativas na base das quais deve tomar suas próprias decisões fundadas sobre informações empíricas e racionais em função de seus fins.”<sup>59</sup> Nesse sentido, cabe à Administração perseguir interesses e fins coletivos previamente estabelecidos em lei, permitindo-lhe utilizar, nos limites legais, estratégias de ação incidentes sobre a própria racionalidade meio-fim.

Assim, tal abordagem em linhas gerais acerca do sentido de tais princípios democráticos à luz da teoria do discurso permite enfatizar o papel de intermediação entre o poder comunicativamente formado e a atividade administrativa a ser desempenhado pela jurisdição constitucional, competindo-lhe analisar a questão da legitimidade da interrupção de gravidez por anencefalia fetal a partir de um pano de fundo significativamente indisponível.

## **6. Relação entre Direito e Moral: evolução do pensamento habermasiano**

A teoria do discurso assenta-se sobre três orientações basilares, a saber: rompimento com a razão prática, na medida em que a razão comunicativa não determina normativamente a ação; a falibilidade do Direito, expressa na constante possibilidade de revogação das normas; e a co-originariedade entre Direito e Moral. A esse respeito, o desenvolvimento do discurso habermasiano acerca do fundamento do Direito e da relação deste com a Moral, desde a publicação da “Teoria da Ação Comunicativa” (1981), passando por “Direito e Moral” (1986), até a publicação de “Direito e Democracia: entre facticidade e validade” (1992), não se mostra linear: se, num primeiro momento, afirma a distinção entre Direito como *meio* e como *instituição*, conferindo um fundamento ora funcional, ora material (moral) ao Direito; em um segundo momento, tal distinção é obscurecida em prol do conceito de instituição, em que adquire o Direito fundamento eminentemente moral; em um último momento, porém, finda por romper radicalmente com a relação entre Direito e Moral.

Em sua “Teoria da Ação Comunicativa”, Habermas distingue o Direito enquanto *meio* e o Direito enquanto *instituição*. O Direito enquanto meio configurar-se-ia um instrumento de organização dos subsistemas econômico e administrativo,

---

<sup>59</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 235.

possuindo linguagem funcional própria, na medida em que regula esferas de ações estratégicas, orientadas, portanto, pelo êxito. Nesse contexto, adquire uma autonomia frente às ações orientadas pelo entendimento, justificando-se, assim, pela mera correção procedimental de elaboração de normas. Tal seria o caso, por exemplo, do Direito Comercial. Já o Direito considerado instituição assumiria um sentido valorativo, não prescindindo de uma comunicação orientada para o entendimento, razão pela qual se justificaria materialmente. Logo, enquanto o Direito como meio desempenharia um papel constitutivo, controlando o Estado e a Economia, o Direito enquanto instituição assumiria uma função reguladora de questões morais, exigindo, portanto, uma justificação material. Tal seria o caso do Direito Penal, por exemplo.

Em “Direito e Moral”, Habermas aprofunda a questão. Obscurecendo a distinção traçada em “Teoria da Ação Comunicativa” do Direito enquanto meio e do Direito como instituição, torna, assim, explícita a necessidade, em última instância, de justificação moral das normas que regulam a economia e a máquina administrativa estatal: o Direito como meio encontra-se em permanente conexão com o Direito enquanto instituição mediante as normas constitucionais, que, ao proteger a liberdade, a vida e a propriedade, assentam-se não em imperativos econômicos funcionais, mas em princípios morais presentes no mundo da vida.

Logo, afirma uma relação interna entre Direito e Moral, da qual deriva a própria legitimidade do ordenamento jurídico, quedando por submeter o Direito à Moral. Com efeito, já em “Teoria da Ação Comunicativa”, Habermas menciona sua adesão à tese de Alexy no sentido de ser o Direito um caso especial de argumentação Moral. A idéia, entretanto, não restou explorada, em face da ênfase conferida à distinção entre Direito como meio e Direito enquanto instituição<sup>60</sup>. Assim, em “Direito e Moral”, a noção de que as argumentações jurídicas seriam argumentações especiais da Moral foi amplamente retomada. Outrossim, abandonou-se a dicotomia meio/instituição, reconhecendo-se que mesmo normas de Direito Comercial possuem não uma justificação meramente funcional, assentada em noções de generalidade e abstração normativas, mas, primordialmente, uma justificação moral, fundada na noção de liberdade e de igualdade.

A relação interna entre Direito e Moral basear-se-ia, segundo Habermas, no fato de os discursos jurídicos estarem fundamentados em dois princípios morais, a saber: o da liberdade e o da igualdade. A propósito, observa-se ser a noção de

---

<sup>60</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social**, p. 60.

*imparcialidade* fundamental para o estabelecimento da referida relação interna. Com efeito, centrando-se no *moral point of view*, a imparcialidade antecede a própria institucionalização do Direito, quer em seu aspecto legislativo, quer jurisdicional. A propósito, a imparcialidade garante a legitimidade de conclusões universais, porquanto preconiza que os participantes do discurso devem nele incluir todos aqueles que serão afetados por seus resultados, considerando, em condições de liberdade e de igualdade, seus correspondentes pontos de vista<sup>61</sup>.

Nesse ponto, cumpre observar a diferença específica entre o discurso jurídico e o estritamente moral: se, no discurso moral, há a necessidade de reconhecimento normativo por *todos* os envolvidos, no discurso jurídico, tal déficit é superado funcionalmente: aos não participantes assiste a possibilidade de impugnação, a partir de instrumentos previamente estabelecidos pelo próprio Direito, das conclusões do discurso do qual não participaram, carecendo desta possibilidade os discursos estritamente morais<sup>62</sup>. Haveria, portanto, uma relação de complementaridade entre Direito e Moral. Aqui, o Direito surgiria como uma espécie de compensação a uma moral autônoma e deficitária, possibilitando o tratamento uniforme de certas matérias relevantes, mediante o estabelecimento de prazos e decisões vinculantes.

Em “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, Habermas radicaliza o rompimento, já prenunciado em suas *Tanner Lectures*, com a dicotomia meio/instituição traçada em “Teoria da Ação Comunicativa”. Com efeito, referida distinção tornou-se insustentável, em razão da impossibilidade, concebida pelo autor, de a integração social operar-se em um nível exclusivamente estratégico, o que se dá em virtude dos limites comunicativos da própria linguagem, que condicionam a ação orientada para o sucesso. A esse respeito, assinala, oportunamente, Chamon Jr.:

*“O Direito surge em Faktizität und Geltung como meio de organização, mas também como instituição, simultaneamente e contraditoriamente na medida em que a validade, agora vislumbrada na facticidade da coerção normativamente delineada, pode ser sustentada comunicativamente perante todos na exata medida em que é justificável em*

---

<sup>61</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social**, p. 555.

<sup>62</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social**, p. 557.

*um sistema de direitos que abre a todos a possibilidade participativa (...)*”.<sup>63</sup>

Ademais, se, em suas *Tanner Lectures*, Habermas alicerça a justificação material do Direito em princípios *morais* que possibilitariam a crítica a todas as normas jurídicas a partir de uma racionalidade pós-tradicional, em “Direito e Democracia” refuta sua anterior compreensão acerca de uma relação de complementaridade entre Direito e Moral. A esse respeito, Habermas opera uma autêntica reviravolta em seu pensamento jusfilosófico, considerando o fundamento moral do Direito um resquício da filosofia da consciência, ao afirmar uma relação de co-originariedade entre Direito e Moral, a partir do princípio do discurso.

A esse respeito, o princípio do discurso enuncia-se nos seguintes termos: “*D: válidas são aquelas normas (e tão-somente aquelas normas) a que todos que por ela possam ver-se afetados possam prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais.*”<sup>64</sup> Trata-se de um princípio eticamente neutro, que afirma a igualdade e a liberdade de cada um dos membros de uma sociedade complexa, na medida em que se afigura um princípio geral que orienta a elaboração de normas de ação, sem que lhes antecipe o conteúdo. Norteia, assim, o paradigma da racionalidade comunicativa, na medida em que não estabelece limites a temas, contribuições e razões, os quais podem ser livremente invocados no discurso. O princípio do discurso afirma, portanto, a possibilidade de as normas de ação em geral serem fundadas na *imparcialidade*, conquanto pressupõe que as relações sejam pautadas por um contexto de reconhecimento recíproco, que possibilite a solução de questões práticas em geral mediante uma racionalidade comunicativa<sup>65</sup>.

Tal princípio rege tanto os discursos morais quanto os jurídicos, assumindo duas variantes: o *princípio da universalização* e o *princípio democrático*. Nas discussões afetas à moralidade, apresenta-se como uma regra de argumentação expressa no *princípio da universalização*, que enuncia, a seu turno, justificarem-se as normas morais pela consideração dos interesses de todos os envolvidos. O princípio democrático, por outro lado, *não* se afigura uma *regra de argumentação*, no que se distingue do princípio moral, limitando-se a articular as condições de formação racional de opinião e de vontade políticas, a partir de um sistema de direitos que, garantindo os pressupostos para a comunicação, assegura a cada um igual participação no processo de

---

<sup>63</sup> CHAMON JR., Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade*, p. 232.

<sup>64</sup> HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, p. 138.

<sup>65</sup> HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, p. 140.

instituição de normas jurídicas. Trata-se, portanto, de uma questão procedimental, porquanto articula a institucionalização dos pressupostos comunicativos indispensáveis para uma formação racional da opinião e da vontade.

Na base da mencionada diferença de níveis de referência entre os princípios moral e democrático, situa-se a própria distinção entre *normas jurídicas* e *normas morais*. As regras morais são frutos de uma interação social espontânea que podem ser exclusivamente avaliadas a partir do ponto de vista moral. As normas jurídicas são, por sua vez, artificiais, constituindo uma classe de normas práticas produzidas tanto intencionalmente, quanto reflexivamente: “o princípio democrático deve não apenas estabelecer um procedimento de instituição legítima do Direito, mas ainda comandar a criação do próprio meio jurídico.”<sup>66</sup>

Outrossim, as normas morais passam por um teste de universalização que examina aquilo que é igualmente bom para todos (no interesse de todos). A validade normativa das regras morais é auferida pela noção de *justiça* (validade absoluta), que não é um valor dentre outros, na medida em que estes se afiguram critérios de validade relativa, por concorrerem entre si, agrupando-se segundo uma ordem de preferência. Os juízos morais não almejam a consecução de fins, mas a busca do que é universalmente bom, encarnando valores e interesses universalizáveis. Assim, “esta pretensão de validade impede que interpretemos comandos morais em termos teleológicos, ou seja, com relação à preferência relativa que merece ser atribuído a certos valores e interesses.”<sup>67</sup>

Diversamente, as normas jurídicas são *teleológicas*, referindo-se à consecução de *fins* e a *bens coletivos*. Assim, não se ocupam exclusivamente com o que é bom para todos, mas antes regulamentam o contexto de vida dos cidadãos, enquanto membros de uma comunidade jurídica. Por tal razão, verifica-se dever as discussões relativas à justificação e à aplicação em matéria de Direito incluírem tanto o uso pragmático, quanto o uso ético-político da razão prática, porquanto uma formação racional de vontade coletiva, que visa a elaborar programas jurídicos concretos, deve ultrapassar as fronteiras impostas às discussões relativas à justiça e incluir problemas concernentes à visão ética que as pessoas têm de si mesmo, bem como a questão do equilíbrio de interesses. Dessa forma, “não basta colocar em evidência o que é

---

<sup>66</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, pp. 142-143.

<sup>67</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 190.

igualmente bom para todos, mas é preciso determinar quem são os interessados e como desejam viver.”<sup>68</sup>

A esse respeito, observa-se que o Direito não articula apenas questões morais, mas também as de ordem pragmática e ética. Cumpre, a propósito, analisar esses três tipos de questões levantadas no interior do discurso jurídico. As questões pragmáticas problematizam tanto a escolha de meios para alcançar fins dados, quanto à valoração dos fins. Os fins são considerados segundo uma orientação axiológica, assim como os meios, segundo critérios regidos por uma racionalidade instrumental. Assim, sinaliza Habermas que os argumentos aqui determinantes são aqueles que se referem a um saber empírico com relação a preferências dadas e a fins definidos e que apreciam as conseqüências das decisões alternativas (geralmente tomadas na incerteza) de acordo com máximas subjacentes. As questões pragmáticas assumem uma forma semântica de “imperativos condicionais”, pressupondo, portanto, um saber empírico, que se desenvolve a partir da indagação “Que devemos fazer?”.

As questões ético-políticas, a seu turno, referem-se à forma de vida compartilhada por uma determinada comunidade, definindo os ideais que nortearão sua vida comum. “Quem somos nós?” e “O que gostaríamos de ser?” afiguram-se, aqui, a indagação central, posto reportar-se à idéia de formação de identidades coletivas. Assim, a visão que uma comunidade histórica tem de si mesma em termos de cultura política gera importantes decisões axiológicas. Não se trata, contudo, da formação de um “Eu” em grande formato, mas sim de um complemento a este: “a maneira pela qual (...) nos apropriamos de tradições e de formas de vida nas quais viemos ao mundo, determina o tipo de indivíduo no qual nos reconhecemos no interior destas tradições culturais – cidadão que somos e que gostaríamos de ser.”<sup>69</sup>

Por fim, as questões morais referem-se à regulamentação da vida comum no interesse de todos. Prescinde-se, aqui, do ponto de vista teleológico, num sentido pragmático, enfatizando-se o ponto de vista normativo de regulação de *nossa* vida comum no interesse de *todos*. A justiça de uma norma é, portanto, auferida, na medida em que todos gostariam que cada um lhes obedecesse. Os mandamentos morais assumem a forma de imperativos categóricos, ou seja, um dever que não depende nem de finalidades ou de preferências subjetivas, nem de um fim absoluto, de um tipo de vida boa. Nesse sentido, o que devemos fazer significa, aqui, que a prática correspondente é justa. O princípio da universalização rege, portanto, os discursos

---

<sup>68</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 192.

<sup>69</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 198.

morais, na medida em que “alarga o ponto de vista etnocêntrico de uma coletividade determinada, para atingir o ponto de vista global de uma comunidade de comunicação ilimitada cujos membros colocam-se na situação e na visão que toda pessoa tem do mundo e de si.”<sup>70</sup>

Nesse ponto, retoma-se, em breves linhas, a discussão acerca da relação travada entre Direito e Moral. Nas “*Tanner Lectures*” habermasianas, afirma-se uma relação de complementaridade entre ambos, a qual é negada em “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, porquanto Habermas passa a considerar o fundamento moral do Direito um resquício da filosofia da consciência. A negativa desta noção de complementaridade merece atenuações. Com efeito, as noções de complementaridade esboçadas em 1986 e 1992 possuem distintas dimensões. Habermas não conseguiu romper, em suas “*Tanner Lectures*”, com os caminhos de uma razão prática, porquanto fundamentou o ordenamento jurídico em elementos morais. Assim, a noção de complementaridade assume aqui o sentido de uma posição geneticamente ascendente da Moral em relação ao Direito. Todavia, em “Direito e Democracia”, adquire o termo novos contornos. A esse respeito, acentua-se a complexidade da relação entre Direito e Moral, ante a afirmação da co-originariedade entre ambas a partir do princípio deontologicamente neutro do discurso. Subsiste, porém, uma relação de complementaridade funcional entre Direito e Moral, na medida em que o discurso jurídico abrange questões de ordem moral, ética e pragmática, o que permite aos juízos morais uma irradiação para além de suas fronteiras, bem como ao Direito uma abertura ao universo moral. A propósito, observa Luiz Moreira:

*“Esse duplo aspecto da relação entre normas morais e normas jurídicas, a saber, o de simultaneidade na origem e o da complementaridade procedimental, garante uma neutralidade normativa imediata para o Direito, mas possibilita a abertura do mundo jurídico, através do procedimento legislativo, ao universo moral”.*<sup>71</sup>

O Direito deixa, portanto, de ser considerado um caso especial de argumentação moral, na medida em que, enquanto sistema de saber e de ação, não se reporta a conflitos apenas interpessoais, mas igualmente ao estabelecimento de programas coletivos, articulando-se, em seu bojo, tanto questões morais, quanto éticas e

---

<sup>70</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 200.

<sup>71</sup> MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 2ª ed., Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002, p. 150.

religiosas. A esse respeito, defende Habermas, no Epílogo à quarta edição alemã de *Faktizität und Geltung*, explicitamente, a não neutralidade moral do Direito. No bojo desta mesma obra, assevera que as normas jurídicas, apesar de seu domínio de validade limitada, pretendem estar em consonância com as normas morais, e, portanto, não as transgredir. Entretanto, as razões morais não possuem aqui uma suficiente seletividade, razões pela qual as normas jurídicas não podem ser justificadas exclusivamente por razões morais, requerendo igualmente razões pragmáticas e ético-políticas, sendo, em caso de fracasso, o resultado de um compromisso equitativo. Nesse ponto, o princípio da universalização pode ser introduzido no contexto do princípio democrático enquanto regra de argumentação que permite solucionar questões de ordem prático-moral.

Ante todo o exposto, a consideração da diferenciação entre Direito e Moral é condição para o desenvolvimento legítimo do discurso judicial na ADPF nº 54-8/DF, porquanto se aparta a discussão acerca da licitude de interrupção da gravidez de feto anencéfalo de um contexto de afirmação de uma moralidade grupal ou majoritária, inserindo-a antes na esfera específica do discurso dos Direitos Fundamentais.

## **7. Discursividade e Jurisdição: teoria da argumentação judicial em Jürgen Habermas**

Em sua teoria do discurso, Habermas identifica uma tensão entre os ideais de segurança jurídica e de justiça no exercício da atividade jurisdicional, traduzida nos seguintes termos: “o problema da racionalidade da Justiça em exercício consiste (...) na maneira pela qual a aplicação de um Direito criado de forma contingente pode ser realizada de maneira interna e fundada na razão de maneira externa, para que sejam, ao mesmo tempo, garantidos a segurança jurídica e o caráter justo do Direito.”<sup>72</sup> Na análise do tema, Habermas confronta-se com as respostas hermenêutica, realista e positivista, aproximando-se da teoria dos direitos formulada por Dworkin, ao expressar o problema em termos de *coerência* e de *aceitabilidade racional* das decisões jurisdicionais.

A Hermenêutica Jurídica, ao partir do pressuposto de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação, ultrapassou o clássico modelo de decisão jurídica fundada na subsunção não problemática de uma norma predeterminada a um caso concreto, propondo um modelo processual de interpretação, segundo o qual norma e estado de coisas se constituem mutuamente: “a interpretação começa por uma pré-compreensão (...) (que) produz entre norma e estado de coisa uma relação prévia”.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, p. 244.

<sup>73</sup> HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, pp. 244-245.

Dessa forma, a racionalidade da Justiça é auferida, em última instância, por critérios costumeiros que não se encontram corporificados em normas. A racionalidade das decisões judiciais assentaria-se, portanto, numa tradição histórica: “A hermenêutica ocupa no seio da tradição do Direito uma posição própria no sentido de que ela resolve o problema da racionalidade que coloca a Justiça em exercício pela inscrição contextualista da razão no conjunto de uma tradição histórica. Nesta ótica, a pré-compreensão do juiz é, então, impregnada pelo contexto moral tradicional”<sup>74</sup>: a pré-compreensão regula as relações entre norma e estado de coisas à luz de princípios construídos no curso da História. Habermas critica a postura hermenêutica por possibilitar a perpetuação de um *ethos* dominante no contexto de uma tradição histórica, não se prestando a fundamentar a validade de decisões jurídicas no âmbito de uma sociedade pluralista, em que concorrem interesses e visões de mundo os mais diversos.

Outrossim, a resposta realista à problemática da racionalidade da Justiça não satisfaz: ao refutar a distinção entre Direito e política e, por conseguinte, entre processos jurídicos e políticos de decisão, nega à Justiça qualquer possibilidade de racionalidade própria. As decisões jurídicas seriam, assim, determinadas por fatores extrajurídicos de bases históricas, sociológicas e psicológicas: a prática da decisão não seria determinada do interior do ordenamento jurídico a partir da seletividade do procedimento, do caso e de fundamentos jurídicos. Ao invés, seria explicada a partir de tradições ideológicas, de constelações de poder, de domínios de interesses, do processo de socialização, de pertinência a um grupo social, da posição política ou da estrutura do próprio magistrado, de fatores econômicos ou outros aspectos estranhos ao sistema jurídico. A esse respeito, sinaliza Habermas que a lógica própria do Direito, já amolecida pela ótica da hermenêutica jurídica, ou seja, pela introdução da tradição, desaparece completamente com a descrição ‘realista’ do processo de aplicação do Direito. Quanto ao referido modelo, enfatiza sua crítica: “acaso se descreva de maneira análoga os processos jurídicos de decisão e os processos políticos de poder, o postulado segundo o qual se trata de decisões coerentes tomadas na base de um sistema de normas suficientemente definidas para garantir a segurança jurídica é que perde sentido.”<sup>75</sup>

A resposta positivista tampouco satisfaz. Para Habermas, os positivistas negligenciam quanto ao problema hermenêutico fundamental, a saber: a justificação da seleção de decisões igualmente apropriadas para um determinado caso concreto. Nesse sentido, “o positivismo minimiza o problema e analisa as conseqüências como um

---

<sup>74</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 245.

<sup>75</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 246.

sintoma da indeterminação irremediável proveniente das formulações em linguagem usual.”<sup>76</sup> Permite-se, portanto, o afloramento do decisionismo na atividade judicial, que se realiza no âmbito da apreciação pessoal do juiz, o qual, utilizando-se de um poder discricionário, julga a partir de preferências estranhas ao Direito: a validade das normas jurídicas em seu sentido lato, incluindo-se as decisões judiciais, seria auferida a partir do respeito a um determinado procedimento juridicamente prescrito de formação do Direito, no que se diferencia do realismo, na medida em que este nega uma estrutura interna própria ao Direito, sujeitando-o às instâncias políticas dominantes.

Nesse contexto, Habermas traduz o problema da legitimidade das decisões judiciais nos seguintes termos: “a exigência da legitimidade da ordem jurídica requer decisões que não apenas estejam de acordo com o tratamento de casos análogos no passado e concordem com o sistema de regras em vigor, mas ainda devem fundar-se concretamente na razão, de sorte que podem ser aceitas pelos membros jurídicos como decisões racionais.”<sup>77</sup> Duas são, portanto, as condições de legitimidade das decisões judiciais: *coerência* e *aceitabilidade racional*. A coerência reporta-se ao princípio da *segurança jurídica*, cujo significado, na aplicação judicial, é o de que o Direito em vigor é um produto de uma relação indissociável entre decisões passadas do Legislador e da Justiça, bem como práticas do Direito costumeiro, ao passo que a aceitabilidade racional refere-se à *justiça* da decisão.

A partir da teoria do Direito de Dworkin, Habermas desenvolve um caminho de conciliação entre a segurança jurídica e a justiça. O paradigma dworkiano assenta-se sobre as noções de igualdade e de liberdade, como princípios afirmados ao longo da História moderna de origem moral, que exige de todos um igual respeito e atenção por cada um. Trata-se de princípios que originariamente tiveram conotação jusnaturalista - “um direito natural de todos os homens e de todas as mulheres (...), direitos que possuem (...) por sua simples condição humana tendo a capacidade de elaborar projetos e praticar justiça”<sup>78</sup> -, mas que podem ser compreendidos no contexto de uma explicação deontológica dos Direitos Fundamentais. Tal sentido de validade comunica-se com direitos institucionalmente obrigatórios ou políticos e confere às pretensões jurídicas individuais um momento de incondicionalidade. Assenta-se a teoria dos direitos de Dworkin, portanto, na idéia de que a Moral, ao assumir a forma de Direito através dos princípios, desempenha um importante papel no exercício da Justiça.

---

<sup>76</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 248.

<sup>77</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 243.

<sup>78</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977, p. 79.

Neste ponto, não entra em conflito com a teoria do discurso, porquanto também esta admite a absorção pelo Direito de razões morais pela via do procedimento democrático: “A moral detém, naturalmente, ao prestar-se como critério para o Direito justo, uma posição primeira na formação política da vontade do legislador e na comunicação política daquilo que pertence ao espaço público.”<sup>79</sup> A esse respeito, a diferença entre Direito e Moral permanece intacta, na medida em que se nega uma moralização imediata do Direito pela migração de conteúdos morais. Assim, uma vez positivados, os princípios morais sofrem uma modificação em seu significado, submetendo-se à lógica jurídica própria:

*“Para uma teoria do discurso que se aplica ao Direito, partindo da idéia de que nele são introduzidos razões morais pela via do procedimento legislativo democrático (...), essa premissa (a de que os pontos de vista morais exercem um papel importante no exercício da justiça, na medida em que são positivados) não tem nada de surpreendente. Merece, assim, ser esclarecida pelo fato de que os conteúdos morais sofrem, ao serem traduzidos para o código jurídico, uma transformação de seus significados que obedece à especificidade da forma jurídica.”*<sup>80</sup>

Ao oferecer uma compreensão deontológica das pretensões jurídicas à validade, Dworkin rompe com a circularidade da hermenêutica jurídica que recorre a um *ethos* tradicional constituído ao longo da história, mediante a afirmação da noção de *integridade*. Esta afigura-se um ideal político consistente no reconhecimento mútuo da *liberdade* e da *igualdade* de todos os membros de uma determinada comunidade, vinculando tanto os cidadãos quanto os órgãos legislativo e judiciário. Em Dworkin, operacionaliza-se a integridade do Direito no exercício da jurisdição por um método de *interpretação construtivista*, consistente numa prática exegética que ultrapassa as tradições jurídicas historicamente construídas e afirmadas pelo uso, que pretende conciliar justiça e segurança jurídica. No referido método, assenta-se, portanto, a indisponibilidade do Direito, na medida em que se empreende uma busca racional pela *decisão correta* no contexto de uma comunidade de princípios<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 252.

<sup>80</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 253.

<sup>81</sup> Nesse sentido, as teorias realistas, positivistas e hermenêuticas mostrar-se-iam deficientes: Dworkin, contra os realistas, defende a possibilidade de decisões coerentes ligadas a uma regra, viabilizando a segurança jurídica; contra os positivistas, afirma a existência de uma só decisão justa para determinado caso concreto, transferindo a noção de legitimidade do procedimento para a idéia de correção da decisão;

Aqui, mostra-se relevante a distinção entre *regra* e *princípio*: as regras são preceitos normativos condicionados, ou seja, normas que determinam, em termos abstratos e hipotéticos, as situações a que se aplicam, enquanto os princípios representam axiomas jurídicos gerais, que não especificam sua condição de incidência. No exercício da atividade jurisdicional, não possuem princípios e normas o mesmo *status*: enquanto um conflito de regras só pode ser resolvido pelo binômio sim/não, mediante a introdução de uma cláusula de exceção (*lex specialis derogat generalis*) ou pelo reconhecimento da invalidade ou da revogação de uma das normas, os conflitos de princípio não são solucionados pela supremacia ou superação de um sobre os demais, mas sim por um juízo de adequação<sup>82</sup>.

Neste contexto, a interpretação construtiva objetiva a reconstrução racional da ordem jurídica diante de cada caso concreto. Tal atividade é realizada, em Dworkin, pela figura mitológica do juiz Hércules cujo papel fundamental é o de extrair princípios a partir dos quais uma ordem jurídica concreta pode ser tão bem justificada em seus elementos essenciais que todas as decisões referentes a casos individuais a ela se integram como componentes coerentes. O juiz Hércules é, portanto, uma figura ideal, a quem compete, simultaneamente, conhecer todos os princípios válidos, necessários à justificação, e ter uma visão que abarque o emaranhado de normas vigentes, organizando-as em um todo coerente em face do caso concreto: ante um “caso difícil” (*hard case*) em que se verifica, preliminarmente, a possibilidade de incidência de mais de um princípio, a ensejar decisões conflitantes, Hércules deve encontrar a única decisão correta, descobrindo o único princípio, de fato, aplicável ao caso. Nesse contexto, Hércules recorrerá à noção de integridade como um terceiro ideal do Direito, juntamente com a justiça e com a equidade (*righteousness*). Assim, a integridade assume um papel fundamental, na medida em que possibilita a tomada de decisões dentro de um sistema de justiça não fundado em concessões: a esse respeito, Dworkin salienta que “nosso modelo exige que a solução desse conflito fundamente-se em

---

por fim, contra o paradigma hermenêutico, defende caber a apropriação crítica pelo juiz de uma história institucional do Direito fortemente influenciada pela razão prática.

<sup>82</sup> Neste ponto, Habermas, juntamente com Dworkin, critica os positivistas pelo fato de conceberem o Direito apenas como sistema de regras, desconsiderando os princípios, o que conduz a uma indeterminação na solução jurídica de conflitos, que é abandonada à apreciação decisionista do magistrado. Assim, observa que “desde o instante em que os princípios – e em que uma justificação mais profunda das aplicações normativas à luz dos princípios – são admitidas e reconhecidas como componentes normais do discurso jurídico, os aspectos do fechamento do sistema de regras e a insolubilidade dos conflitos entre regras desaparecem.” Outrossim, opõe-se a uma nova versão do realismo americano, o Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos (a *Critical Legal Studies*), que afirma a inexorável contradição existente entre os princípios jurídicos. Nesse ponto, contra-argumenta-se com a distinção entre *princípios conflitantes* e *princípios contraditórios*.

princípios”<sup>83</sup>, arrematando que “um princípio de justiça não é deixado de lado nem limitado por outro de alguma maneira que expresse uma hierarquização dos dois”<sup>84</sup>.

A fim de explicitar o sentido de “integridade do Direito”, Dworkin recorre à figura metafórica de um romance desenvolvido em cadeia: o juiz seria comparável a um romancista que escreve um capítulo de um livro a partir de capítulos pré-existentes; a figura do livro reporta-se ao ordenamento jurídico; já os capítulos pré-existentes constituem-se normas integrantes do ordenamento (leis, precedentes judiciais etc.). Assim, o objetivo do juiz seria o mesmo do romancista a quem compete, dando continuidade à obra literária, elaborar uma interpretação fluida e coerente com o texto considerado como um todo, de tal sorte que sua decisão possua “um poder explicativo geral”<sup>85</sup>, sendo “mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto, uma trama secundária tratada como se tivesse grande importância dramática, ou uma metáfora dominante ou recorrente”<sup>86</sup>. À semelhança do romancista, cabe a Hércules descobrir, numa multidão de princípios, uma justificação histórico-institucional de certo sistema jurídico, ao mesmo tempo em que deve considerar a possibilidade de cometimento de erros por esta história institucional, de tal sorte que a tarefa de garantir a integridade do Direito abre a possibilidade de reconciliação de decisões passadas reconstruídas racionalmente com a pretensão à aceitabilidade racional de hoje, reconciliando, portanto, história e justiça<sup>87</sup>. A introdução da idéia de *integridade do Direito* contribui, portanto, para uma solução do problema de satisfazer-se simultaneamente a segurança jurídica e a justiça. Para Habermas, trata-se de uma teoria ambiciosa que permite, notadamente nos casos difíceis, fundar a decisão individual a partir do conjunto coerente que representa o Direito em vigor desde que seja racionalmente reconstruído<sup>88</sup>.

Para garantir a imparcialidade e a integridade do sistema jurídico, no exercício de uma interpretação construtiva, Hércules deve esquivar-se dos paradigmas fixos, tais como os paradigmas liberal e comunitarista, na medida em que se afiguram verdadeiras ideologias jurídicas, que procuram aliviar o magistrado da tarefa de reconstruir o sistema jurídico, ao relacionar uma multidão de princípios a uma situação particular: “Os paradigmas consolidam-se, com efeito, em ideologia, na medida em que

---

<sup>83</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 217.

<sup>84</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 217.

<sup>85</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 277.

<sup>86</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 277.

<sup>87</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 261.

<sup>88</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 258.

se fecham sistematicamente a novas avaliações de situação e a outras interpretações de direitos e de princípios, que amadurecem à luz de novas experiências históricas.”<sup>89</sup> Tais paradigmas fixos obstaculizam, portanto, uma postura reflexiva na argumentação judicial, uma vez que não permite que diversos paradigmas abram-se uns aos outros, podendo ser reciprocamente comparados em face de uma multiplicidade de interpretações possíveis acerca de determinada situação.

A esse respeito, cumpre observar que a problemática do paradigma a ser seguido no desempenho da atividade jurisdicional, na esfera de uma comunidade jurídica fundada em princípios, levanta a questão da garantia da legitimidade democrática das decisões judiciais à luz da empreitada solipsística do juiz Hércules. Nesse ponto, oscila-se “entre a perspectiva do cidadão, a partir da qual as obrigações judiciárias são consideradas legítimas, e aquela do juiz que se arvora de uma pretensão de conhecimento e deve, ao final, reportar-se apenas a ele mesmo, na hipótese em que sua própria interpretação exclua todas as outras”.<sup>90</sup>

A propósito, Dworkin não negligencia o problema da legitimidade democrática das decisões judiciais, na medida em que expressa a exigência de que devam as autoridades considerar que a integração dos cidadãos opera-se por intermédio de uma comunidade de princípio, que independe das próprias convicções que os aplicadores do Direito tenham a respeito dessa comunidade: “As razões que são as nossas persistem em caso de desacordo dos juízes, ao menos quanto ao detalhe, acerca da melhor interpretação a ser dada a uma ordem jurídica de uma coletividade, porquanto cada juiz continua a confirmar e a reforçar a natureza principiológica de nossa associação, esforçando-se, apesar do desacordo, a atingir sua própria opinião.”<sup>91</sup> Nesse contexto, o magistrado seria um *representante* dos cidadãos, a quem cabe, no exercício de sua função judicante, garantir a integridade de uma comunidade de princípios. Assim, Dworkin não libera Hércules de uma atividade interpretativa de base solipsística, porquanto ainda se fundamenta na figura ideal de um juiz virtuoso, que tem um acesso monológico a uma comunidade de princípios: “Suas construções narrativas são monológicas. Ele não conversa com ninguém a não ser através de livros. Ele não se encontra com ninguém. Ele não se coloca em face de qualquer alteridade.”<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 271.

<sup>90</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 272.

<sup>91</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 264.

<sup>92</sup> MICHELMANN, Frank I. Justification and the Justifiability of Law in a contradictory World. V. XVIII. In: **Nomos**, 1986, p. 76.

A esse respeito, observa Habermas ser necessário que Hércules conceba-se como *um* membro de uma comunidade de interpretação composta por juristas especialistas e que ele aceite como guia de suas interpretações um modelo exegético intersubjetivamente construído. Assim, é necessário tirar “a carga pesada de exigências ideais (...) dos ombros de Hércules”<sup>93</sup> e transferi-la para uma *teoria da argumentação jurídica* fundada em princípios procedimentais que possibilitem a legitimidade democrática da jurisdição mediante o reconhecimento de uma *comunidade jurídica aberta de interpretação*. Neste ponto, Habermas retoma o pensamento de Peter Häberle, defendendo que, na construção de uma teoria do direito, deve-se partir do ideal político de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”. Observa-se, assim, que a sugestão habermasiana coaduna-se com a premissa de que, nas sociedades modernas pós-tradicionais, o Direito constitui-se como um meio de integração social, através do qual as relações concretas de reconhecimento recíproco são traduzidas em uma forma jurídica abstrata.

Nesse sentido, em sua teoria da argumentação judicial, Habermas procura articular as condições de legitimidade dos juízos de aplicação do Direito numa perspectiva discursiva e participativa, na medida em que aufere a legitimidade das normas jurídicas a partir da racionalidade de um procedimento discursivo democrático. Para tanto, substitui a figura mitológica do juiz Hércules pelas *condições ideais do discurso*, analisando as peculiaridades estruturais da argumentação jurídica<sup>94</sup>.

A teoria habermasiana da argumentação judicial assenta-se numa racionalidade procedimental que permite a manifestação de todas as informações e razões pertinentes a uma determinada questão litigiosa dentro de certas condições ideais de comunicação, quais sejam: prevenção contra uma ruptura racionalmente não motivada da argumentação, acesso universal e paritário à argumentação (igualdade e liberdade no discurso), liberdade na escolha do tema, das melhores informações e dos melhores argumentos, e exclusão de toda forma de coerção além da força do melhor argumento. Nesse contexto, a racionalidade procedimental das discussões jurídicas assemelha-se à figura de um combate de argumentos, em que são vencedoras as boas razões, ou seja, as que positivamente contribuem para a decisão acerca da aceitabilidade ou não de uma determinada pretensão.

A esse respeito, observa-se que a racionalidade procedimental pressupõe uma condição performativa, a saber: a intencionalidade de obter-se a adesão de um

---

<sup>93</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 276.

<sup>94</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 277.

*auditório universal* mediante o oferecimento das melhores informações e dos melhores argumentos. A partir daí, rompe-se com a construção de uma teoria de base lógico-semântica, fundamentada pelas noções de verdade e de correspondência: através do discurso idealmente realizado perante um auditório universal aufere-se a correção da decisão, ou seja, sua aceitabilidade racional. A *abertura do discurso* resta, outrossim, assegurada, na medida em que se possibilita uma constante inclusão de novas informações e de novas razões, rechaçando-se, num contexto pós-metafísico de justificação, o ideal absoluto de uma teoria fechada: “as razões substanciais não poderão jamais ser ‘constrangedoras’ como o são numa relação lógica de inferência (que não é suficiente, já que não faz nada além de explicitar o conteúdo das premissas) ou numa evidência confirmada”<sup>95</sup>. Assim é que Habermas dá ênfase à idéia de que a teoria do Direito atribuída a Hércules deveria permanecer uma construção transitória, num código de razões coerentes provisórias, que são expostas à crítica permanente.

A estruturação discursiva da argumentação jurídica que conduz à prolação de uma decisão jurídica legítima fundamenta-se, portanto, no princípio do discurso, que pressupõe a adesão racional de todas as pessoas hipoteticamente envolvidas, reunidas em um auditório ideal, perante o qual argumentam as partes: “Quem quer que pretenda participar seriamente de uma prática argumentativa deve aceitar as pressuposições pragmáticas que o conduzem necessariamente a entrar numa adoção ideal de papéis, conduzindo-o, assim, a interpretar e a avaliar todas as contribuições a partir da perspectiva de todo participante em potencial.”<sup>96</sup> Nesse ponto, manifesta-se a *extensão intersubjetiva* da teoria habermasiana, em que se abraça a compreensão do mundo e de si de todos os participantes.

Com efeito, dentre as características próprias do discurso jurídico, enfatiza-se sua dimensão intersubjetiva: embora se reconheça que os litigantes não estabelecem entre si uma relação de cooperação, mas de uma competição, em que se objetiva alcançar interesses próprios, utilizando-se argumentos estratégicos, tal postura não prescinde de uma platéia ideal que assiste ao desenvolvimento discursivo. Assim, mesmo os argumentos estrategicamente utilizados devem ser aptos a conduzir, contrafactualmente, a um consenso (*konsensfähig*), sendo racionalmente aceitáveis num contexto de mundo da vida plural e aberto.

Habermas observa, a propósito, que, semelhantemente ao processo legislativo, que demanda a instauração de um procedimento democrático que satisfaça

---

<sup>95</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 277.

<sup>95</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 277.

<sup>96</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 282.

os pressupostos ideais de comunicação, faz-se mister que, relativamente à aplicação do Direito, os códigos de procedimento judiciário compensem a falibilidade e a incerteza das decisões. A esse respeito, verifica-se que a *tensão entre legitimidade e positividade* na jurisdição traduz-se, materialmente, como a expectativa de que a decisão seja, ao mesmo tempo, *justa e coerente*. Paralelamente, há uma tensão de ordem pragmática entre as exigências ideais de comunicação e as restrições impostas pela necessidade fática de regulamentação do procedimento. Os procedimentos jurídicos e os procedimentos argumentativos interpenetram-se: “os códigos do procedimento jurídico institucionalizam a prática de decisão judiciária, de sorte que possamos compreender o julgamento e a fundação do julgamento como resultante de um jogo de argumentação especificamente programado.”<sup>97</sup> Compete, portanto, ao Direito Processual garantir as condições institucionais do desenvolvimento do discurso, sem, contudo, descaracterizar a argumentação jurídica, que obedece à lógica própria do discurso de aplicação: normas procedimentais fixam, com efeito, limites materiais ao desenvolvimento do processo (por exemplo, sistema de provas, preclusão), delimitando um espaço interno em que razões das mais diversas ordens poderão ser apresentadas.

A regulamentação institucional do procedimento jurídico de aplicação não se aparta, por completo, daqueles pressupostos materiais inerentes à legitimidade do discurso, quais sejam: a justiça e a coerência da decisão. Nesse sentido, observa Habermas que a auto-reflexão institucional do Direito serve à proteção jurídica individual tanto do ponto de vista da justiça considerando os casos individuais, quanto da homogeneidade da aplicação do Direito e de sua constante atualização. Assim, o tribunal deve decidir cada caso individual, salvaguardando a coerência da ordem jurídica em seu conjunto.

Nesse contexto, entrelaçam-se dois componentes da decisão judicial: o procedimento jurídico e o processo de argumentação, de maneira que os códigos do procedimento judiciário conduzem a prática da decisão judiciária para a compreensão e o fundamento do julgamento como resultante de um jogo argumentativo especificamente programado. O procedimento jurídico tem feição institucional e refere-se às normas que regulam o processo judicial, repartindo o papel dos envolvidos na formação da decisão, enquanto o processo de argumentação escapa à institucionalização jurídica, possuindo uma estrutura interna própria. Assim, “esta imbricação dos procedimentos mostra que o universo do Direito pode abrir-se, por assim dizer, do interior, a argumentos pelos quais razões práticas, éticas e morais penetram na

---

<sup>97</sup> HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, p. 288.

linguagem do direito, sem, de uma parte, suspender o jogo da argumentação, ou, de outra, estourar o código jurídico.”<sup>98</sup>

Dessa forma, retoma-se, mais uma vez, a questão de que a problemática da legitimidade das decisões judiciais não reside nas garantias processuais, mas sim na própria estrutura da argumentação judicial: “O Direito Processual não regulamenta a argumentação normativa e jurídica enquanto tal, mas garante (...) o quadro institucional em que têm livre curso o desenvolvimentos comunicativos que obedecem à lógica do discurso relativo à aplicação.”<sup>99</sup> Assim, as normas processuais prestam-se a internalizar, no centro da atividade jurisdicional, as relações concretas de reconhecimento recíproco, que possuem uma lógica própria, a saber: a lógica da argumentação, que exige de todos os participantes a adoção das perspectivas de todos os outros potenciais participantes.

O procedimento jurídico subordina, portanto, o discurso a certas limitações de ordem temporal e material, sem, contudo, comprometer sua lógica interna: “Os procedimentos jurídicos e os procedimentos argumentativos interpenetram-se, mas tal não significa que a instituição jurídica dos discursos judiciários devam intervir no interior mesmo da lógica argumentativa.”<sup>100</sup> Assim, partes e magistrados atuam conjuntamente no desenvolvimento do processo assumindo papéis distintos: enquanto as primeiras podem, dentro de um certo limite, utilizar estrategicamente o Direito, aos tribunais compete, em face da administração das provas e do desenvolvimento dos debates, decidir construtivamente, utilizando-se de um discurso jurídico não previamente regulamentado pelo Direito processual.

Essa impossibilidade de o Direito regular sua própria aplicação não obstaculiza a perquirição acerca das condições de legitimidade das decisões judiciais. Com efeito, tanto os magistrados, quanto as partes não escapam, consoante salienta Habermas, da estrutura universal das perspectivas subjacentes ao discurso. A esse respeito, verifica-se que, embora as questões relativas à aplicação das normas refiram-se à compreensão que os participantes têm do mundo e de si mesmos, tais discursos devem reportar-se, obrigatoriamente, a normas consideradas válidas, que se referem aos interesses de todas as pessoas hipoteticamente afetadas.

A esse respeito, Habermas observa que a tensão existente entre Justiça e Legislação acentua-se na jurisdição constitucional: “Se quisermos estudar a relação problemática que empreendem a Justiça e a Legislação continuando a situar-nos na perspectiva da teoria do Direito, a justiça constitucional oferece-se, desde já, como um

---

<sup>98</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 219.

<sup>99</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 288.

<sup>100</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 288.

ponto de referência metodológico institucionalmente tangível.”<sup>101</sup> A questão remonta à compreensão do princípio da separação dos poderes e suas implicações na leitura que se deve ter acerca do papel a ser desempenhado pelo órgão responsável pela jurisdição constitucional. O tema, segundo Habermas, merece ser analisado sob três aspectos, a saber: considerando-se a dissolução do paradigma liberal e republicano; em face de uma autocompreensão metodológica falsa do controle de constitucionalidade que não distingue princípios de valores; e, por fim, quanto à compreensão do papel da jurisdição constitucional na visão política liberal, republicana e procedimental. Expor-se-á a tensão entre justiça constitucional e legislação, abordando, difusamente, tais aspectos.

As Cortes Constitucionais desempenham, de ordinário, três círculos de competências: a resolução de disputas entre diferentes órgãos estatais, o controle de constitucionalidade de normas jurídicas, e o julgamento de recursos constitucionais. Os níveis de problematidade de tais funções, em face do princípio da separação dos poderes, afigura-se assimétrico. Com efeito, a competência recursal seria a “menos problemática”, na medida em que constituiria um mecanismo de homogeneização do Direito, mediante o controle de constitucionalidade ante o caso concreto. A competência para dirimir controvérsias entre órgãos estatais, a seu turno, justificar-se-ia por uma necessidade prática de solucionar, em termos gerais, tais conflitos, aliada ao fato de não possuir a Corte Constitucional meios para impor suas decisões em caso de o Executivo ou de o Legislativo negar-lhe obediência. Neste contexto, o controle abstrato de constitucionalidade normativa apresenta-se a função mais controversa, na medida em que “a crítica da justiça constitucional é (...) constantemente empreendida com relação à distribuição de competências entre o Legislador democrático e a Justiça”<sup>102</sup>.

Habermas observa que o chamado controle abstrato de normas afigura-se, essencialmente, uma atividade legislativa, razão pela qual salienta “não (ser) absurda reservar esta função (...) ao autocontrole do Legislador, ao qual se poderia dar a forma de um procedimento do tipo judicial”<sup>103</sup>, organizando-se o Parlamento à maneira de um tribunal, composto em parte por juristas. Nesse sentido, procura o autor, reportando-se a Alexy, justificar a transferência dessa função eminentemente legislativa a Cortes Constitucionais a partir do *discurso dos Direitos Fundamentais*, na medida em que este mostra-se presente em todos os âmbitos da justiça constitucional, posto ser *anterior mesmo à própria atividade legislativa*: tal discurso não incluiria “o que constitui o elemento de obrigação mais importante para a argumentação jurídica geral, a saber a lei

---

<sup>101</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 292-293.

<sup>102</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 293.

<sup>103</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 296.

simples”<sup>104</sup>, a qual seria, no âmbito da jurisdição constitucional, “substituída pela definição de Direitos Fundamentais, muito abstrata, aberta e impregnada de ideologia”<sup>105</sup>.

A esse respeito, ressalta Habermas, em concordância com Alexy, que quase todas as decisões das Cortes Constitucionais são decisões de princípio, razão pela qual se acentua o problema da indeterminação do Direito e do equilíbrio entre Justiça e Parlamento na jurisdição constitucional. Nesse ponto, confrontam-se, na esteira dos apontamentos acima realizados, dois modelos, a saber: o liberal e o republicano, com suas diferentes leituras acerca da separação dos poderes e da função democrática da jurisdição constitucional. Com efeito, no paradigma liberal, a jurisdição deve orientar-se para o passado, conquanto se submete às decisões do legislador, pressupondo-se, assim, uma relação linear entre justiça e legislação.

Para os republicanos, todavia, o ordenamento jurídico abrange um conjunto de objetivos políticos fluidos, fundados em princípios, que operam “uma ‘remoralização’ do Direito, à medida que a argumentação jurídica abre-se aos argumentos dos princípios morais e de objetivos políticos”<sup>106</sup>. Aqui, verifica-se um desequilíbrio entre Justiça e Legislação política, porquanto se mostra fluida a margem de decisão do magistrado no exercício de sua atividade judicante, em desfavor da autonomia dos cidadãos. A esse respeito, a jurisdição remete-se ao presente e ao futuro, negligenciando a história institucional da ordem jurídica. Parte-se, portanto, da premissa de que o sistema de direitos não pode assentar-se sobre o fundamento de uma sociedade econômica, que se reproduz espontaneamente através de decisões tomadas pelos indivíduos em sua esfera privada, competindo-lhe disponibilizar mecanismos de compensação dos desequilíbrios sociais através de um Estado provedor. Assim, os Direitos Fundamentais não se resumiriam a uma proteção contra o poder administrativo do Estado, mas, de uma forma geral, a uma proteção contra o poder social de organizações dominantes. Os Direitos Fundamentais são, portanto, considerados como princípios de coordenação de uma ordem jurídica global, identificando-se, numa leitura republicana, com uma preocupação com questões acerca, por exemplo, da intangibilidade do “conteúdo essencial” dos Direitos Fundamentais, de seus “limites imanentes”, de sua “irradiação” sobre todos os domínios do Direito, assim como a respeito do “efeito sobre terceiros”.

---

<sup>104</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1985, p. 501.

<sup>105</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1985, p. 501.

<sup>106</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 301.

Acerca da diferença entre a leitura dos Direitos Fundamentais nos paradigmas liberal e republicano, acentua Habermas ter-se passado “de direitos defensivos, que outorgam liberdades e garantem a legalidade da Administração intervencionista, aos princípios fundamentais de uma ordem jurídica que integra o conteúdo dos direitos garantindo as liberdades subjetivas ao direito objetivo de normas principiológicas estruturantes e decisivas, mas se procedendo de uma maneira pouco clara no que se refere ao conceito dos Direitos Fundamentais.”<sup>107</sup> Dessa imprecisão e vacuidade do conceito de Direitos Fundamentais no modelo comunitarista resulta a criação de aparatos metodológicos centrados em conceitos-chaves, tais como as noções de proporcionalidade, de reserva do possível, dentre outros, nascidas da prática jurisprudencial, destinadas à suposta construção de princípios, objetivando uma interpretação racional do ordenamento jurídico.

A teoria do discurso realiza uma leitura crítica do sentido dos Direitos Fundamentais tal como concebido nos paradigmas liberal e republicano. Com efeito, rechaça-se a concepção liberal, defendendo-se a idéia do caráter derivado dos assim considerados “direitos defensivos contra o Estado”, posto se afigurarem fruto de um prévio reconhecimento voluntário e recíproco entre indivíduos, mediante o qual adquirem a condição de sujeitos livres e iguais. Relativamente à postura republicana, assevera Habermas que a utilização de normas de fundo de origem pretoriana comprometem uma concepção reflexiva, aberta e democrática dos Direitos Fundamentais, porquanto se rompe com o princípio da separação dos poderes: “Na verdade, esta reflexão não responde à questão de saber se o recurso inevitável a tais normas de fundo não abre, apesar de tudo, à Corte Constitucional a porta de uma ‘criação de Direito’ de inspiração política, que, seguindo a lógica da separação dos poderes, deve ser reservada ao Legislador político.”<sup>108</sup> A esse respeito, adota a crítica de Böckenförde para quem ocorre, na prática jurisprudencial alemã, uma aproximação das funções parlamentares e judiciais: “A diferença anteriormente qualitativa entre legislação e exercício do Direito é então deste ponto de vista nivelado. Uma e outra praticam a criação do Direito pela via da concretização e concorrem entre si. Nesta relação concorrente, o Legislador tem a prioridade, mas a Corte Constitucional tem primazia (...). A questão que daí resulta é a da legitimidade democrática da Corte Constitucional.”<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 303.

<sup>108</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 303.

<sup>109</sup> BÖCKENFÖRDE, E. W. Grundrechte als Grundsatznormen In: BÖCKENFÖRDE, E. W. **Recht, Freiheit und Staat**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1991, p. 189.

A crítica ao modelo comunitarista associa-se, para Habermas, a um problema de ordem metodológica. A esse respeito, aponta para a hipótese da jurisprudência da Corte Constitucional alemã, que invoca, em sua prática judiciária, uma “teoria da hierarquia de valores”, incorreta, do ponto de vista metodológico, para a realização de uma interpretação construtiva, porquanto considera a Constituição uma ordem concreta de valores. Tal concepção expressa uma falsa compreensão da Justiça acerca de sua própria função, na medida em que despreza o caráter deontológico dos princípios, equiparando-os a valores. Erige-se, portanto, uma concepção metodológica anti-democrática que se assenta na idéia de que os magistrados devem exercer seu ofício judicante em função de valores determinados e não de normas: “a Justiça usurpa as competências legislativas para as quais não possui qualquer legitimação democrática.”<sup>110</sup>

A crítica metodológica reside, portanto, na indistinção entre princípios e valores. A esse respeito, relembre-se, à luz dos apontamentos realizados em tópico anterior, que princípios são proposições deontológicas, normas de ação. O sentido de adequação na aplicação dos Direitos Fundamentais muda radicalmente caso se considere, na linha do pensamento de Dworkin, os princípios como normas (juízos deontológicos), ou como, na esteira do pensamento de Alexy, bens jurídicos suscetíveis de otimização: “Quando desejamos reduzir a Constituição a uma ordem concreta de valores, despreza-se seu caráter especificamente jurídico; com efeito, enquanto normas jurídicas, os Direitos Fundamentais, assim como as regras morais, constituem-se como normas de ação de caráter obrigatório, e não como bens atrativos.”<sup>111</sup> Arvorando-se, portanto, do papel de concretizadora de valores supostamente hierarquizados na Constituição, utilizando-se, para tanto, de normas de fundo que se pretendem racionais, a Corte Constitucional perde tanto o foco democrático, quanto o próprio núcleo central dos Direitos Fundamentais, qual seja: a instituição da liberdade e da igualdade, na medida em que, ao orientar-se metodologicamente pela noção de vida boa supostamente constituída no seio de uma hipotética identidade coletiva estática e retrospectiva, transforma-se em uma instância autoritária.

Dessa forma, o discurso jurídico perde sua forma específica, que se assenta na concepção dos Direitos Fundamentais, enquanto preceitos deontológicos de afirmação da liberdade e da igualdade. Discursos político e jurídico são, portanto, tomados indistintamente, na medida em que todas as razões principiológicas assumem o

---

<sup>110</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 303.

<sup>111</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 312.

caráter de argumento teleológico, verificando-se, assim, o desmoronamento do código jurídico, que se funda numa compreensão deontológica das normas e dos princípios.<sup>112</sup>

A esse respeito, observa Habermas que “o valor jurídico da decisão tem um sentido deontológico de um comando e não o sentido teleológico daquilo que é realizável em condições dadas e considerando-se nossos desejos”<sup>113</sup>, arrematando que “o que é cada vez melhor para nós, nem sempre equivale àquilo que é igualmente bom para todos.”<sup>114</sup>

Nesse sentido, a racionalidade pretendida por uma jurisprudência de valores transmuda-se em irracionalidade, porquanto admite a análise dos Direitos Fundamentais em termos de prejuízo e utilidade. Nesse sentido, quando um tribunal constitucional adota a teoria da hierarquia de valores, fundamentando sobre ela sua prática decisória, vê-se aumentar o risco de julgamentos irracionais, porquanto os argumentos funcionalistas passam a sobrepujar-se aos argumentos normativos.

Nesse contexto, para não se perder de vista o caráter deontológico dos Direitos Fundamentais, faz-se necessário que a Corte descreva, detalhadamente, o significado da norma em questão, a fim de que aponte, num universo de normas *a priori* concorrentes, aquela aplicável à situação considerada. Nesse ponto, Habermas depara-se com um inevitável vácuo de racionalidade tanto no que se refere à aplicação de normas, quanto à aplicação de princípios. Tal vacuidade não pode ser preenchida pelo Direito Processual, mas pode submeter-se ao controle de uma racionalidade procedimental que preside uma discussão juridicamente institucionalizada relativa aos problemas de aplicação. Nesse sentido, cabe à Corte constitucional invocar razões presentes na Constituição do ponto de vista da *aplicação do Direito*, e não do ponto de vista do Legislador, a quem compete, na persecução de seus projetos políticos, interpretar e desenvolver o sistema de direitos. Assim, a Corte mobiliza o conjunto de razões que inspiraram o Legislador e os analisa à luz dos princípios de Direito, de tal sorte que, tendo sempre presente seu caráter deontológico, não desenvolva ela mesma, em prol de fins metajurídicos, o sistema de direitos, fazendo as vezes do Legislador, violente o princípio da separação dos poderes, tornando-se uma segunda instância política.

Nesse ponto, exsurge a problemática do controle abstrato de constitucionalidade. Habermas observa, a propósito, que tal controle afigura-se, *prima facie*, uma delegação da prerrogativa de autocontrole do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. A assertiva, porém, recebe atenuações. Com efeito, afirma Habermas que se pode conferir às competências da Corte Constitucional, inclusive a referente ao controle

---

<sup>112</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 315.

<sup>113</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 317.

<sup>114</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 317.

abstrato de normas, um sentido conforme a intenção subjacente à separação de poderes própria ao Estado Democrático de Direito, desde que se considere que o papel da Corte Constitucional é o de velar pelo processo democrático da legislação, possibilitando a articulação do exercício pelos cidadãos de sua autonomia privada e pública.

Nesse sentido, a compreensão da Constituição deve afastar-se do paradigma republicano adotado pela Corte Constitucional alemã e pelo nosso Supremo Tribunal Federal, que impõe à sociedade uma forma de *vida boa*, devendo assumir a função de tutela dos processos políticos por meio dos quais os cidadãos podem exercer seu poder de autodeterminação e criar suas próprias condições de vida *justa*<sup>115</sup>.

No que se refere, especificamente, ao controle abstrato de constitucionalidade, o papel da Corte consiste em preservar a forma indisponível do Direito que reside na idéia fundamental de *liberdade* e de *igualdade*. Assim, à Corte compete efetuar uma leitura da norma impugnada à luz de tais princípios basilares. Nesse sentido, assevera John H. Ely: “A preocupação fundamental de nossa Constituição sempre foi a de preservar a liberdade (...). As respostas principiológicas a esta exigência são dadas por um conjunto extensivo de proteções procedimentais e por um esquema ainda mais elaborado encarregado de assegurar que na tomada de decisões substanciais, o processo decisório estará aberto a todos em condições de igualdade, com o dever por parte daqueles a quem compete decidir de considerar os interesses de todos aqueles afetados por suas decisões.”<sup>116</sup>

Em sua leitura ao pensamento de Ely, Habermas conclui que:

*“O controle abstrato de constitucionalidade deve (...) reportar-se, primeiramente, às condições da gênese democrática das leis, condições que vão das estruturas comunicativas de um espaço público submetido ao poder da mídia em massa até a representação em pé de igualdade, no âmbito dos corpos legislativos, de todos os grupos, interesses e orientações axiológicas concernentes, bem como na esfera da amplitude de temas, razões e problemas, dos valores e interesses que são considerados no curso das deliberações parlamentares e no quadro da justificação das normas adotadas, passando pelas chances efetivas de fazer escutar as vozes*

---

<sup>115</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 320.

<sup>116</sup> ELY, John. H. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Mass, 1980, p. 100.

*divergentes e de exercer efetivamente os direitos de participação formalmente iguais.”*<sup>117</sup>

Assim, à Corte Constitucional competiria zelar pela formação da uma vontade democrática inclusiva, considerando os não participantes do processo deliberativo. Nesse ponto, os direitos à comunicação e à participação adquirem especial importância. Outrossim, tanto as desigualdades de tratamento e de oportunidades quanto as fases normalmente prolongadas de apatia política, em que o próprio “povo soberano” refugia-se em sua esfera privada são considerados disfunções do processo democrático a serem corrigidas pela jurisdição constitucional. A Corte Constitucional assumiria, portanto, a função quase pedagógica de mediadora entre o ideal e o real, ocupando-se em assegurar um bom funcionamento dos canais de um processo inclusivo de formação da opinião e de vontade por meio do qual uma comunidade de Direito democrática organiza-se a si mesma.

A esse respeito, Habermas observa que, embora o republicanismo tenha por mérito a introdução do componente *deliberativo* no processo democrático, desvencilhando-se daquela concepção liberal segundo a qual os Direitos Fundamentais são *dados* que subordinam a máquina administrativa estatal aos interesses econômicos da sociedade, incorre na falha de interpretar os Direitos Fundamentais em um contexto de vida ética que afirma uma identidade coletiva específica. Nesse contexto, a tradição republicana recai, para Habermas, em uma redução ética das discussões políticas e jurídicas.

Destoando desta concepção política republicana, Habermas defende a necessidade de esclarecer o sentido de uma *política deliberativa*. Baseia-se, para tanto, na idéia de uma justiça procedimental, que rejeita uma concepção paternalista da Corte Constitucional: “Quanto a uma Corte Constitucional que obedece a uma concepção procedimental da Constituição, desde que o processo democrático que ela está encarregada de proteger não é descrito como um estado de exceção, ela não necessita, em absoluto, abusar da legitimidade que lhe foi creditada e pode permanecer nos limites de competências de aplicação do Direito, claramente definidas em termos da lógica da argumentação.”<sup>118</sup> A crítica formulada pelo autor reside essencialmente na afirmação de que a formação da vontade democrática não tira sua força legitimadora de um pano-de-

---

<sup>117</sup> ELY, John. H. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Mass, 1980, p. 322.

<sup>118</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 339.

fundo ético compartilhado por certa comunidade, mas de pressupostos de comunicação e de procedimentos que possibilitem a vitória do *melhor argumento*.

Procura, dessa forma, o autor tanto escapar da concepção romântica de política defendida pelos comunitaristas, segundo a qual o consenso entre os cidadãos pressupõe uma forma de vida intersubjetivamente partilhada por um *ethos* comum, quanto negar à Corte o papel de tutelar tal *ethos*, na medida em que “a moral social substancial de um consenso de fundo supostamente pouco problemática é dificilmente compatível com as condições de um pluralismo cultural e social, características das sociedades modernas”.<sup>119</sup> Com efeito, tal pressuposição de existência de um plano ético não problematizado não é compatível com sociedades complexas, nem sua tutela conciliável com a realização dos ideais democráticos de liberdade e de igualdade.

Dessarte, a crença comunitarista na existência de uma necessária relação entre o princípio do discurso e a referência a uma integração social eticamente fundada é colocada em cheque, restando, aqui, inabalado uma concepção intersubjetiva de um Direito indisponível, conquanto aplicado a partir de uma lógica argumentativa que lhe é própria. Nesse sentido, a coerência e a aceitabilidade racional do discurso empreendido na ADPF n. 54-8/DF depende do respeito a uma tal lógica argumentativa, que, abandonando os vícios de uma jurisdição constitucional comunitarista, reafirma o caráter deontológico e sistematicamente coerente dos Direitos Fundamentais.

---

<sup>119</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 337.

### **CAPÍTULO III - O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DO DISCURSO JUDICIAL E A QUESTÃO DA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO NO BRASIL**

#### **1. A cisão moderna entre *justiça e bondade* e a complexidade do mundo da vida**

Os pensamentos políticos arendtiano e habermasiano inspiram importantes reflexões acerca da construção de uma identidade constitucional plural e aberta. A oposição habermasiana à obra arendtiana, supostamente inserida na tradição comunitarista, oculta a diferença primordialmente metodológica entre ambos os autores, que, ao desenvolverem simultaneamente as noções de *ação, discurso, esfera pública e democracia*, abordam-nos sob enfoques diferenciados, quais sejam: um retrospectivo e outro prospectivo. Oferecem, portanto, uma tensão salutar, que contribui para a tematização democrática do problema da reconstrução da identidade constitucional e do desenvolvimento legítimo do discurso dos Direitos Humanos numa sociedade complexa, temas de essencial importância para a específica perquirição das condições de desenvolvimento legítimo do discurso judicial empreendido na ADPF nº 54-8/DF.

A esse respeito, em sua leitura da obra de Hannah Arendt, Habermas inclui a autora na tradição comunitarista, que vincula a prática política a uma instância ético-axiológica, de base aristotélica, compartilhada irrefletidamente pelos cidadãos. Apesar do paradigma retrospectivo nem sempre compatível com o contexto histórico moderno, e do viés contratualista em que, por vezes, recai a autora, não se deve, em contraposição a Habermas, negligenciar a dimensão expressiva da compreensão democrática de Hannah Arendt, a partir da qual se evidencia a ruptura que empreende com o pensamento aristotélico.

Para Habermas, a postura comunitarista relaciona a prática política dos cidadãos a um *ethos* de uma comunidade naturalmente integrada, reduzindo as discussões políticas e jurídicas a um conflito ético nos padrões aristotélicos. Nesse contexto, o consenso entre os cidadãos pressuporia uma forma de vida intersubjetivamente partilhada por um *ethos* comum não problematizado: “Seguindo esta concepção, apenas no debate público com outras pessoas que devem sua identidade às mesmas tradições e a processos de formação análogos aos seus, é que o indivíduo pode ter consciência dos pontos que o unem aos outros e das diferenças que o separam, e pode, então, saber quem ele é e o que deseja ser.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 341-342.

A propósito, a compatibilidade de uma tal concepção com o pluralismo inerente às sociedades modernas, permeadas que são pela diversidade de visões de mundo e de projetos de vida individuais, é, com propriedade, veementemente refutada pelo autor, para quem subordinar identidades individuais à tutela de identidades éticas configuraria uma ameaça ao contexto social moderno pós-metafísico e pós-tradicional. Nesse sentido, denuncia o autor:

*“Um tal acordo sobre a identidade coletiva coloca igualmente em valor um mote que estimula a superação do egocentrismo e do interesse egoísta, a saber: a experiência segundo a qual a exclusão e a opressão de alguns gera a alienação de todos; aqui, reside a experiência de uma ‘causalidade do destino’ que permite a cada um provar o isolamento com relação a um contexto de comunicação inelutavelmente compartilhado como um sofrimento. É por isso que, do ponto de vista comunitarista, apenas são considerados como políticos os discursos que são travados com a finalidade de alcançar um acordo sobre a identidade coletiva.”<sup>2</sup>*

A orientação retrospectiva arendtiana na análise dos dramas e patologias modernas conduziu Habermas a incluir a autora da tradição comunitarista. A postura habermasiana justifica-se pela importância por ela conferida às experiências passadas ao deparar-se com a questão central do “quem somos ‘nós’?” inerente à análise de identidades coletivas. A esse respeito, afirma Arendt: “Se nós esquecermos nosso passado ou estivermos no processo de esquecê-lo, tal significa nada menos que nós esquecemos o que somos. E, se essa é nossa situação, então lembrar o passado não envolve o exercício de um idealismo utópico ou de uma abstração filosófica. Ao contrário, apenas fazendo isto, podemos restaurar o sentido de nós mesmos e através disto ganhar alguns frutos práticos através do qual orientaremos nosso passado em direção ao futuro.”<sup>3</sup> A compreensão habermasiana é, ademais, reforçada pela base contratualista de sua concepção de *poder* fundada na capacidade humana de *perdoar* e de *prometer*.

---

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 341-342.

<sup>3</sup> ARENDT, Hannah. Thinking Without a Ground: Hannah Arendt and the Contemporary Situation of Understanding. In: ARENDT, Hannah. **Hannah Arendt: The Recovery of the Public World**, pp. 214-215.

Embora fundamentada, tal leitura não condiz, todavia, com o espírito da obra arendtiana, a zelar pela pluralidade e pela possibilidade de nascimento do *novo*, inerente à condição humana da natalidade. Com efeito, a perspectiva habermasiana negligencia uma significativa ruptura empreendida por Arendt com o pensamento político aristotélico. A esse respeito, embora recorrente a distinção aristotélica entre teoria e *praxis*, a autora liberta-se das amarras metafísicas da ação política tais como sugeridas por Aristóteles, que subordina teleologicamente a *praxis* à teoria. A premissa aristotélica de condicionamento da atividade política a um fim último, relacionado à noção de vida boa, é fortemente rejeitada pelo conjunto da obra arendtiana, ao refutar a legitimidade de aporte de absolutos à política vinculada teleologicamente a um *ethos* não problematizado. A esse respeito, a autora não considera a esfera pública como o espaço da afirmação da bondade, ou seja, de um padrão de *vida boa* expresso na idéia de um *melhor* intersubjetivamente compartilhado.

Outrossim, a dimensão expressiva do modelo arendtiano de democracia participativa afigura-se um obstáculo intransponível à compreensão comunitarista habermasiana. Com efeito, a obra arendtiana encontra-se imersa na idéia de constituição de um espaço público de revelação da personalidade singular e irrepetível de cada indivíduo. Nesse contexto, uma esfera pública plural e emancipada não deve ocupar-se de imperativos monolíticos relacionados às noções de bondade, de beleza e de verdade, que orientam a noção de *vida boa*. À política compete articular as condições de possibilidade de convivência harmônica de uma pluralidade de homens que compartilham um mundo.

Observa-se, a propósito, que a noção arendtiana de “mundo” ultrapassa em muito o sentido ético pretendido por Habermas. Contrariamente, tal perspectiva assume, antes, uma perspectiva performativa de respeito à pluralidade e de interação social pautada por uma ética da solidariedade que possibilita a articulação pública das diferenças individuais. Assim, a dimensão intersubjetiva da noção de “mundo” presente no pensamento político de Arendt não assume uma conotação ética de base aristotélica, mas, antes, *semântica*: trata-se de uma fonte de perquirição de sentido sem a qual os indivíduos revelar-se-iam loucos, ou seja, apartados de qualquer instância significativa prévia.

A esse respeito, verifica-se que a abordagem proposta por Habermas quanto ao “ato de fala”, que se reporta a um paradigma pragmático-lingüístico, não prescinde de um contexto semântico comum, expresso na noção habermasiana de “mundo da

vida”. Trata-se, consoante anteriormente observado, de um pano de fundo semântico compartilhado pressuposto pela própria comunicação. Nesse contexto, a noção habermasiana de “mundo da vida” tangencia o conceito de “mundo” tal como formulado por Hannah Arendt, na medida em que ambos compõem-se de experiências comuns aos interlocutores, assim como da língua, das tradições e da cultura por eles compartilhados.

Deve-se, por oportuno, verificar que, em ambos os casos, não se mostra a compreensão de “mundo” uma instância significativa hermeneuticamente fechada. Se, em Arendt, deve possibilitar a revelação do novo, na pragmática da linguagem habermasiana, trata-se de um pano de fundo comunicativo capaz de problematizar suas próprias instâncias significativas, na medida em que apresenta o aspecto da continuidade e das “certezas” intuitivas, bem como o da mudança e do questionamento dessas mesmas certezas: “Os agentes comunicativos movem-se sempre dentro do horizonte que é seu mundo de vida; dele não podem sair-se.”<sup>4</sup>

Assim, observa-se que, apesar das diferenças paradigmáticas, os pensamentos arendtiano e habermasiano aproximam-se quanto ao desenvolvimento do sentido de “mundo” (*Lebenswelt*), razão pela qual resta obscurecida a compreensão comunitarista habermasiana do pensamento político de Hannah Arendt. Nesse contexto, infere-se que a jurisdição constitucional ao deve tolher, mas sim refletir a pluralidade e a abertura de um mundo da vida complexo, não se prendendo à reificação de um *ethos* monolítico, hipoteticamente assentado em uma suposta compreensão comum de *vida boa*.

Nesse ponto, deve-se distinguir a função da *justiça* em contraposição à *bondade* na análise de assuntos afetos à esfera pública. A esse respeito, observa-se que uma das maiores contribuições de Maquiavel para a construção do pensamento político moderno reside precisamente em sua proposta de excluir a *bondade* da esfera pública. A partir dele, a primazia da *justiça* sobre a *bondade* nos assuntos afetos ao público pode ser articulada no rastro do pensamento de vários autores modernos, dentre os quais se situam Jürgen Habermas e Hannah Arendt, que, embora partam de enfoques filosóficos distintos, enfatizam o caráter intersubjetivo da justiça, contribuindo para o estabelecimento dos pressupostos de legitimidade do discurso judicial.

---

<sup>4</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa: Crítica de la razón funcionalista**. v. II, p. 179.

As noções de justiça e de bondade podem ser analisadas a partir da distinção habermasiana entre questões de ordem *ética* e de ordem *moral*. Para o autor, as questões éticas referem-se à forma de vida compartilhada por uma determinada comunidade, mediante a qual são definidos os ideais de orientação de uma vida em comum. Nesse ponto, “Quem somos nós?” e “O que gostaríamos de ser?” afiguram-se as indagações éticas centrais: “a maneira pela qual (...) nos apropriamos de tradições e de formas de vida nas quais viemos ao mundo, determina o tipo de indivíduo no qual nos reconhecemos no interior destas tradições culturais – cidadão que somos e que gostaríamos de ser.”<sup>5</sup>

Outrossim, as questões morais referem-se à regulamentação da vida comum no interesse de *todos*: a justiça de uma norma é, portanto, auferida, na medida em que todos gostariam que cada um lhe obedecesse. Nesse contexto, os mandamentos morais assumem a forma de imperativos categóricos: “pode-se compreender o sentido imperativo desses comandos como um dever que não depende nem de finalidades ou de preferências subjetivas, nem de um fim, para nós absoluto, de um tipo de vida boa ou de vida, que não é, ao menos, defeituosa. O que devemos fazer significa aqui que a prática correspondente é justa.”<sup>6</sup>

As questões éticas reportam-se, assim, a conflitos de valores, resultantes “das inafastáveis integrações entre as formas de vida coexistentes que são ‘estrangeiras’ umas em relação às outras de um modo existencialmente dissonante.”<sup>7</sup> O problema da justiça é, por sua vez, uma questão moral, afeta à indagação acerca daquilo que é “*correto para nós*”, ou do que é “*igualmente bom para todos*”. Com frequência, uma mesma situação colaciona questões de ordem ética e moral, o que ocorre, por exemplo, com a *eutanásia* e o *aborto*.

A esse respeito, observa-se que os discursos morais são, na teoria habermasiana, regidos pelo princípio da universalização, na medida em que “alarga o ponto de vista etnocêntrico de uma coletividade determinada, para atingir o ponto de vista global de uma comunidade de comunicação ilimitada cujos membros colocam-se na situação e na visão que toda pessoa tem do mundo e de si.”<sup>8</sup> Logo, a solução democrática de questões eticamente controversas, sob o parâmetro de justiça, demanda

---

<sup>5</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 198.

<sup>6</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 200.

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law. In: **Cardozo Law Review**. v. 17, março/1996.

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law. In: **Cardozo Law Review**. v. 17, março/1996.

uma postura metodológica dirigida a uma neutralização de conflitos de valor que se pauta pelo reconhecimento da *garantia a um igual direito à coexistência*<sup>9</sup>. Aqui, exige-se um alto grau de *abstração*, a fim de que se abarquem as mais diversas concepções de mundo e projetos de vida.

Dessa forma, reafirma-se, no contexto de uma sociedade complexa, a subordinação das razões éticas às morais como forma de afirmação das diferenças e da diversidade fragmentada dos projetos de vida individuais. Assim, a justiça, que, por definição, transcende a autocompreensão ética de formas de vida concorrentes, não se afigura mais um valor dentre tantos outros. Mostra-se, antes, a expressão mais clara da solidariedade, princípio público por excelência, com base na qual todas as decisões, notadamente as jurídicas, deve pautar-se. A esse respeito, Habermas não deixa de reconhecer que “Mesmo neste nível de discussão moral, o consenso (*Einverständnis*) é, de fato, raramente alcançado. (...) mesmo questões de justiça limitada e estritamente definidas continuam controversas em uma sociedade heterogênea.”<sup>10</sup> Mas a busca pela decisão suficientemente geral, ou seja, a única decisão correta, por considerar os potenciais participantes do discurso, afigura-se uma meta inerente à legitimidade do Estado Democrático de Direito, orientado que é pelos princípios da igualdade e da liberdade dos cidadãos.

Nesse sentido, a primazia do *justo* sobre o *bom* foi especificamente acentuado pelo autor no discurso jurídico, para quem “a edição de normas efetua-se, em primeiro lugar, sob o ponto de vista da justiça e em função de princípios que enunciam o que é igualmente bom para todos. Diferentemente das questões éticas, as questões de justiça não remetem, por sua natureza, a uma coletividade determinada e à sua forma de vida. Para ser legítimo, o direito politicamente editado por uma comunidade jurídica concreta deve, ao menos, concordar com os princípios morais que, ultrapassando uma comunidade jurídica particular, assumem a pretensão de validade universal.”<sup>11</sup>

Nesse ponto, enfrenta-se a crítica habermasiana à postura comunitarista, que defende pressupor o consenso entre os cidadãos uma forma de vida intersubjetivamente partilhada por um *ethos* comum não problematizado. Habermas refuta, com propriedade, a compatibilidade de uma tal concepção com o pluralismo inerente às

---

<sup>9</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law. In: **Cardozo Law Review**. v. 17, março/1996.

<sup>10</sup> HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law. In: **Cardozo Law Review**. v. 17, março/1996.

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 344.

sociedades modernas, permeadas que são pela diversidade de visões de mundo e de projetos de vida individuais.

A propósito, consoante anteriormente observado, Habermas classifica o pensamento político arendtiano de comunitarista. A leitura do autor mostra-se, todavia, equivocada. Com efeito, Arendt liberta-se da noção política aristotélica vinculada teleologicamente a um *ethos* não problematizado, na medida em que não considera a esfera pública um espaço de afirmação da bondade, ou seja, de um padrão de *vida boa* expresso na idéia de um *melhor* intersubjetivamente compartilhado. De fato, a dimensão expressiva do modelo arendtiano de democracia participativa obstaculiza tal leitura comunitarista, porquanto se encontra a obra arendtiana mergulhada na idéia de constituição de um espaço público aberto ao *novo*, esfera de revelação singular e irrepetível de cada indivíduo, e garantidora da possibilidade da diferença.

Nesse sentido, deve-se lembrar que a defesa arendtiana de um mundo comum não se confunde com a perpetuação de uma forma específica de *vida boa*. assumindo, antes, uma perspectiva performativa de respeito à pluralidade e de interação social pautada por uma ética da solidariedade que possibilita a articulação pública das diferenças individuais. Assim, a dimensão intersubjetiva do pensamento político de Arendt não é ética (em um sentido aristotélico), mas quase estética, o que implicitamente se conclui a partir das conseqüências nocivas denunciadas pela autora do fenômeno moderno da “alienação do mundo”, responsável que foi pela perda do sentido, fruto “daquilo que nos une e nos separa”.

Nesse ponto, ressalta-se que, diferentemente de Habermas, Arendt não discorre, explicitamente, acerca dos pressupostos de legitimidade do discurso judicial. Nada obstante, sua análise retrospectiva do fenômeno político fornece princípios gerais norteadores de qualquer argumentação pública, razão pela qual suas conclusões mostram-se úteis para a análise dos requisitos legitimadores do discurso público em geral, do qual a argumentação judicial é uma espécie.

Com efeito, a perquirição da autora acerca das barreiras que teriam sido eficazes para impedir o florescimento de experiências totalitárias repercute no exercício de todos os poderes estatais, inclusive no Poder Judiciário. Nesse sentido, a proibição de articulação de absolutos na esfera pública deve nortear a elaboração reconstrutiva de uma teoria da argumentação judicial à luz do pensamento político arendtiano: aos órgãos jurisdicionais compete afirmar uma moralidade pública norteadas por princípios jurídicos próprios, distintos tanto de uma moral pessoal, fruto de uma consciência

socrática ou de uma moralidade cristã, quanto de uma moralidade comum, baseada em simples usos e costumes.

O afastamento da eticidade aristotélica verificado no pensamento de Hannah Arendt mostra-se, neste ponto, crucial: a associação de princípios publicamente articulados, tal como é o caso dos princípios jurídicos, à consecução de fins últimos, expressos por ensinamentos éticos não reflexivos, atentaria contra a inspiração democrática da autora, que se reflete na dupla dimensão expressiva e comunicativa do discurso. Nesse contexto, cumpre à jurisdição, envolta nas questões de justiça, escapar da proposta grega de afirmação pública de virtudes individuais, auferidas a partir de uma ética universalizante a serviço da busca pelo *melhor*.

Assim, a distinção entre justiça e bondade manifesta-se na concepção arendtiana de que a justiça não advém quer da soma das personalidades individuais, quer daquilo que se pode aferir de comum entre elas, referindo-se, antes, a um *mundo* que se situa para *além* do “eu”, porquanto de existência *prévia* e, igualmente *posteriora* a ele. O interesse público pela imparcialidade inerente à justiça possibilita, portanto, a articulação da diferença entre indivíduos singulares num *medium* orientado pela solidariedade e pelo reconhecimento recíproco<sup>12</sup>.

A esse respeito, Arendt reporta-se à separação entre o *bom cidadão* e o *bom homem*, realizada por Kant, sob a inspiração aristotélica<sup>13</sup>, segundo a qual:

*“O problema de organizar um Estado, embora pareça árduo, pode ser solucionado até mesmo por uma raça de demônios, se estes forem inteligentes. O problema é: dada uma multiplicidade de seres racionais que requerem leis universais para sua própria preservação, mas cada um deles está secretamente inclinado para isentar-se dessas leis, para estabelecer uma constituição de uma forma tal, que, apesar de suas intenções privadas conflitarem, controlam uns aos outros, com o resultado de que sua conduta pública é a mesma como se não tivessem tal intenção.”*<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Cf. D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**, p. 151.

<sup>13</sup> A máxima aristotélica no sentido de que “um bom homem pode ser um bom cidadão apenas em um bom Estado” é traduzida por Kant nos seguintes termos: “uma boa constituição não deve ser esperada da moralidade, mas, inversamente, uma boa condição moral de um povo deve ser esperada sob uma boa constituição.” (Cf. KANT, Immanuel. **Perpetual Peace**, pp. 112-113).

<sup>14</sup> KANT, Immanuel. **Perpetual Peace**, p. 112.

Enfatiza, assim, o aspecto da intersubjetividade, que se afigura inerente à noção de justiça. Com efeito, diferentemente do bom homem (ético), o bom cidadão (moral) depende dos “olhos” do público, em frente aos quais abandona sua tendência natural de agir por impulsos ou em prol de seus próprios interesses para agir consoante princípios publicamente reconhecidos. A esse respeito, a contribuição kantiana, segundo Arendt, reside precisamente no fato de explicitar a desnecessidade de uma revolução mental para o desenvolvimento da política em termos de consideração do interesse comum, ressaltando, neste contexto, a importância da publicidade<sup>15</sup>, ou seja, dos “olhos” dos *outros* enquanto elemento de legitimidade das decisões públicas.

Assim, por todo o exposto, evidencia-se que, para ambos os autores, o problema ético do “bom para nós” perde espaço, se não mesmo sentido, para a questão do “igualmente bom para *todos*”, que, à luz do pensamento político de Hannah Arendt e de Jürgen Habermas, presta-se a nortear o discurso público, do qual o discurso judicial é – destacamos – uma espécie. Nesse contexto, o debate acerca da legitimidade do aborto de feto anencéfalo no Brasil empreendido na ADPF nº 54-8/DF deve pautar-se pela noção de *justiça*, afirmando um sentido de “*vida juridicamente tutelável*”<sup>16</sup> expresso em categorias jurídicas que integram e espelham um mundo complexo, o qual transcende, por a todas abarcar, concepções peculiares de *bondade*.

## **2. A reconstrução da identidade constitucional à luz da racionalidade discursiva habermasiana e da ética da solidariedade arendtiana**

A inspiração plural e democrática, característica do constitucionalismo moderno, depara-se com a questão crucial de como enfrentar a tensão entre o “eu” e o “outro” em sociedades supercomplexas, em que o aparecimento *dos homens*, em detrimento *do Homem*, revelou a pluralidade das identidades individuais, manifesta na diversidade de compreensão do mundo e na multiplicidade de projetos de vida. O desafio de promover o mútuo reconhecimento do “eu” e do “outro”, mantendo-os em um mesmo patamar de igualdade, levou o constitucionalismo tanto a elaborar limites normativos às próprias Constituições, de tal sorte a possibilitar a identificação de

---

<sup>15</sup> Cf. ARENDT, *Lectures on Kant's political philosophy*, p. 18.

<sup>16</sup> Expressão análoga foi utilizada por Henrique Smidt Simon para descaracterizar a interrupção da gravidez por anencefalia fetal como aborto por não considerar o anencéfalo como “vida merecedora de proteção jurídica”. Cf. SIMON, Henrique Smidt. Antecipação terapêutica do parto e os Direitos Fundamentais. *Constituição & Democracia*. n. 1. Brasília, 5 fev. 2006. Observatório do Judiciário, p. 20.

normas constitucionais inconstitucionais sem recorrer a concepções jusnaturalistas,<sup>17</sup> quanto a articular as condições de legitimidade de uma reconstrução da identidade constitucional no âmbito do discurso jurisdicional.

Uma das questões cruciais no discurso político refere-se à criação de identidades coletivas (de um “nós”) ao qual se pode remeter ao se deparar com o problema de decidir entre cursos alternativos de ação. O tema é traduzido com precisão por Hanna Pitkin nos seguintes termos:

*“No problema de ‘o que nós devemos fazer?’ dos discursos políticos, o ‘nós’ é sempre trazido à questão. Se perseguirmos tal ou qual curso de ação que nos é aberto, parte da questão transforma-se em quem poderia afirmá-la, quem poderia considerá-la como realizada em seu nome? Quem ainda estaria conosco se ‘nós’ tomássemos esse curso de ação?”*<sup>18</sup>

O processo de construção de identidades coletivas é sempre problemático, na medida em que envolve uma diversidade de concepções do mundo passadas, presentes e vindouras: trata-se de “um processo de constante renegociação e esforço, um processo no qual os atores articulam e defendem concepções concorrentes de identidade cultural e política, e concepções concorrentes de legitimidade política.”<sup>19</sup>

O problema da reconstrução da identidade constitucional possui uma dupla dimensão, a saber: *espacial*, referente à coexistência, em um mesmo território, de identidades coletivas as mais variadas, e *temporal*, que reflete a tensão entre as compreensões hermenêuticas passadas, presentes e futuras. A partir daí, afloram os inúmeros desafios metodológicos para a reconstrução de uma identidade constitucional *plural* e *aberta*: exige-se, nas palavras de Rosenfeld, “um exercício imaginário que envolve uma extrema compreensão de todas as épocas e uma simultânea apreensão de todas as variáveis interpretativas possíveis, combinadas com a habilidade de destilar, condensar tudo isso em uma narrativa coerente e confiável.”<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Cf. NETTO, Menelick de Carvalho. Apresentação. In: ROSENFELD, Michel. **Identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 9.

<sup>18</sup> PITKIN, Hanna. **Wittgenstein and Justice**. Berkley: University of California Press, 1972, p. 208.

<sup>19</sup> D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**, p. 156

<sup>20</sup> D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**, p. 41.

A esse respeito, Nancy Fraser introduz o conceito de o “outro coletivo concreto” (“*collective concrete other*”), a partir do qual considera as pessoas antes membros de grupos ou de coletividades com identidades culturais específicas, solidariedades e formas de vida, que indivíduos únicos, abstraindo simultaneamente a individualidade única e a humanidade universal para focalizar uma zona intermediária de identidades grupal<sup>21</sup>. Nesse contexto, reduz a complexidade das relações entre identidades individuais em termos de interação entre identidades coletivas específicas (por exemplo, grupos de negros, de mulheres, de homossexuais), que devem, segundo Fraser, ser pautadas pela noção de solidariedade coletiva, em contraposição a normas de intimidade como o amor e o cuidado, inadequadas à hipótese<sup>22</sup>. Nesse ponto, mostra-se patente a inspiração arendtiana, que assenta a liberdade, a igualdade e a solidariedade como critérios norteadores do discurso público.

Com efeito, a partir do pensamento político de Hannah Arendt, pode-se articular as condições de constituição de identidades coletivas, e, mais especificamente, de identidades constitucionais, sob um ponto de vista democrático, legítimas. A esse respeito, observa-se que, na avaliação arendtiana sobre a relação entre moralidade e política, reside sua principal contribuição para a compreensão dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, o desenvolvimento de uma identidade constitucional.

A construção do pensamento político de Hannah Arendt foi, a propósito, historicamente justificada por uma análise minuciosa das experiências revolucionárias francesa e americana, culminando tanto com a afirmação de uma moralidade política específica, quanto com a defesa dos Direitos Fundamentais, a fim de estimular-se o resgate moderno de um autêntico sentido discursivo da democracia. A esse respeito, a democracia, para Arendt, pressupõe a possibilidade de articulação pública do novo, expresso na condição humana da natalidade. Tal encontraria sérios obstáculos caso princípios inábeis para garantir o distanciamento de cada personalidade e assegurar a manifestação da diferença nortegassem a vida pública. Ao rejeitar, portanto, o amor, a bondade, a consciência, a compaixão e a piedade como princípios públicos não pretendeu a autora estimular a barbárie política, mas sim evitá-la. Assim, inspirada pelo desejo de preservação da pluralidade, sem a qual os homens quedariam por se destruir,

---

<sup>21</sup> Cf. FRASER, Nancy. Toward a Discourse Ethic of Solidarity. In: **Praxis International**, v. 5, n. 4, jan. 1986, p. 428.

<sup>22</sup> Cf. FRASER, Nancy. Toward a Discourse Ethic of Solidarity. In: **Praxis International**, v. 5, n. 4, jan. 1986, p. 428.

Arendt afirma o discurso dos Direitos Fundamentais, em contraposição às experiências totalitárias do século XX.

A esse respeito, evidencia-se, à luz do pensamento arendtiano, merecer a dignidade da pessoa humana, expressa em sua individualidade e singularidade, tutela institucional. Nesse sentido, o discurso dos Direitos Fundamentais não devem pautar-se em premissas de ordem metafísica, religiosa, ou sentimental, inspiradas pelas noções vagas de amor, bondade, consciência, compaixão e piedade, na medida em que “política envolve generalizações e tentar baseá-la em sentimentos generalizados é muito perigoso.”<sup>23</sup> Ao contrário, as noções fundamentais de igualdade e de liberdade assentam-se não na esfera do bem e do mal absolutos, mas sim no âmbito da virtude e do vício ordinários. Assim, a cada princípio moral absoluto corresponde um princípio autenticamente *político* a justificar as garantias fundamentais: no lugar do amor, respeito; ao invés de compaixão e piedade, solidariedade; no lugar da consciência, cidadania ativa. Nesse contexto, conjugam-se as dimensões expressiva e comunicativa da ação, enfatizando-se, simultaneamente, o discurso enquanto instância de revelação de identidades individuais e como esfera de integração social, em que os indivíduos estabelecem relações de reciprocidade e solidariedade.

Em resumo, ao conceber uma moralidade pública, diferenciada tanto dos usos e costumes, quanto de uma moral pessoal, ou absoluta (de bases religiosa e metafísica), Arendt assume a defesa da condição humana da pluralidade, contra a qual se insurgiram as recentes formas de governos totalitários. Na construção do conceito de democracia participativa, sua proposta de criação de instituições políticas assentadas em princípios estritamente públicos, quais sejam: a solidariedade, a liberdade, a igualdade e a justiça, assegura a não articulação pública das noções de *bem*, de *bom*, e do *melhor*, zelando por uma performance discursiva inclusiva que assegura a articulação pública da virtude e do vício ordinários. A esse respeito, verifica-se que, na *tensão* das dimensões expressiva e comunicativa, reside a riqueza do modelo de democracia participativa arendtiana, que articula a uma só vez a possibilidade de aparição do *novo* presente na revelação de identidades singulares e imprevisíveis, com um contexto ético solidário, fundados por princípios públicos específicos, a zelar pela *pluralidade*, sem a qual identidades individuais poderiam constituir-se uma ameaça umas às outras.

---

<sup>23</sup> ARENDT, Hannah. Political Experiences (1955) MSS Box 40 024160. *Apud* CANOVAN, Margaret. **Hannah Arendt – A reinterpretation of her political thought**, p. 172.

Outrossim, ressalta-se que a ênfase conferida por Hannah Arendt à necessidade do *distanciamento* e da *imparcialidade* como critérios decisivos do julgamento público vem ao encontro da reconstrução de uma identidade constitucional inclusiva e plural, que se mostra *espacialmente* aberta a recepcionar identidades sociais das mais diversas ordens (étnicas, nacionais, religiosas e culturais), distinguindo-se, porém, de todas elas.

A dimensão *temporal* da reconstrução da identidade constitucional exige, por sua vez, um “entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras”<sup>24</sup>, de tal sorte que o sujeito constitucional não se identifica nem com os constituintes, nem com os intérpretes da Constituição, nem ao menos com os que se encontram sujeitos às prescrições constitucionais: “Todos eles formam parte do sujeito constitucional e pertencem a ele, mas o sujeito constitucional enquanto tal só pode ser apreendido mediante expressões de sua auto-identidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais.”<sup>25</sup>

A esse respeito, Arendt oferece, igualmente, importantes *insights* para a articulação das dificuldades que emergem da dimensão temporal da reconstrução da identidade constitucional. Assim, enfatizando a importância da busca da identidade a partir de experiências e de fatos comuns, sem os quais as vidas individuais careceriam de sentido, propõe uma re-apropriação *crítica* e *seletiva* do passado mediante a lembrança de ações e eventos que valem a pena ser preservados.

Nesse sentido, a reapropriação crítica do passado permitiria conservar momentos valiosos, que, para Arendt, seriam os momentos de afirmação da liberdade, por ela chamados de “tesouros perdidos”, a fim de redimir e iluminar o presente<sup>26</sup>: assim, “Re-estabelecer uma ligação com o passado não é um exercício antiquado; ao contrário, sem a apropriação crítica do passado, nosso horizonte temporal torna-se perturbado, nossa experiência precária, e nossa identidade mais frágil.”<sup>27</sup>

Nesse ponto, exsurge a questão levantada por Habermas acerca da eiva contratualista do pensamento arendtiano, notadamente quanto ao fundamento do poder. A esse respeito, pergunta-se se o retorno ao passado proposto pela autora equivaleria, numa dimensão jurídica, a uma perquirição originalista do sentido da Constituição. A

---

<sup>24</sup> ROSENFELD, Michel. **Identidade do Sujeito Constitucional**, p. 17.

<sup>25</sup> ROSENFELD, Michel. **Identidade do Sujeito Constitucional**, pp. 40-41.

<sup>26</sup> Cf. D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**, p. 28.

<sup>27</sup> D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**, p. 4.

resposta há de ser negativa, porquanto, em sua proposta de resgate do passado enquanto instância significativa de orientação do presente, enfatiza Arendt a exigência de livrar-se dos olhos turvos da *tradição*, e, conseqüentemente, de sua visão não problemática e unilateral de mundo, a fim de perquirir-se as formas de perpetuação da liberdade. A análise retrospectiva arendtiana volta-se, portanto, antes para um resgate de uma intersubjetividade comum produtora de sentido do que uma vinculação necessária e inexorável a uma tal ou qual forma de vida.

A esse respeito, observa-se que o próprio Habermas não pode refutar a função do passado para a criação de um projeto de identidade, mesmo na hipótese em que este projeto empenhe-se, justamente, em refutá-lo. Nesse sentido, é que assevera:

*“Nossa identidade não é somente algo que recebemos por herança; ela é também ao mesmo tempo o nosso próprio projeto. Certamente, não podemos escolher quais tradições temos: uma tradição tem atrás de si os Pais Fundadores, ‘the Founding Fathers’, e uma vivência constitucional de duzentos anos; outra tem a Revolução Francesa; e os Alemães têm a denominada ‘Guerra de Liberação’ contra Napoleão, a fútil Revolução de 1848, o Império Guilhermino, o insucesso da República de Weimar, o Nacional Socialismo e os seus crimes contra a humanidade, os momentosos eventos de 1989, e assim por diante. **Cabe a nós, no entanto, determinar quais tradições queremos perpetuar e quais queremos descartar. Isso corresponde a um processo-conceito de identidade coletiva. A identidade de uma nação de cidadãos titulados não é algo fixo. Essa identidade reflete-se hoje nos parâmetros que demarcam as fronteiras do espectro de debates públicos correntes sobre a melhor interpretação da Constituição e sobre uma autêntica autocompreensão das tradições constitutivas da comunidade política.**”*<sup>28</sup> (Negritamos)

Nesse ponto, observa-se que, se Arendt tivesse completado sua trilogia de “A Vida do Espírito”, poder-se-ia inferir uma contribuição muito mais ampla de seu pensamento político para a reconstrução de identidades constitucionais. Com efeito, a avaliação sistemática da retrospectiva faculdade humana do julgar ofereceria elementos

---

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law, p. 15.

importantes para uma análise significativa do relacionamento dos *homens* com o seu *passado*. Outrossim, a questão da imparcialidade, que teria provavelmente desenvolvida a partir, mas igualmente para além da filosofia kantiana, assumiria grande importância para o tema, na medida em que articularia o julgamento com a condição humana da *pluralidade*, analisando os caminhos para a perquirição *intersubjetiva* do sentido a partir de um mundo construído *antes e para além* de nós mesmos.

Nesse contexto, percebe-se que a simples afirmação de princípios públicos diferenciados não assegura por si só um caminho consistente para a reconstrução de uma identidade constitucional específica. Com efeito, “(se) a identidade constitucional contemporânea é conformada hoje (...) pelo respeito aos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade de expressão (...) desvinculados de todos os laços e identidades nacionais ou culturais relevantes, esses direitos constitucionais fundamentais permaneceriam por demais amorfos para permitir aplicações cogentes.”<sup>29</sup>

Arendt avança, porém, na questão, ao introduzir, a partir de sua preocupação com a pluralidade, concepções *metodologicamente* expressivas para a reconstrução de uma identidade constitucional. A esse respeito, percebe-se que, por não ter sido jurista, Arendt ocupou-se apenas difusa e pontualmente de questões afetas ao Direito, não abordando os problemas específicos da argumentação judicial. A atribuição ao Direito do papel de demarcação do espaço público tal como realizada pela autora mostra-se, porém, importante para traçar as condições de legitimidade de uma argumentação judicial que envolva a reconstrução de uma identidade constitucional.

Nesse ponto, Arendt adota predominantemente a conotação grega de lei (*law*), identificando-a como a fronteira de delimitação das esferas pública e privada, de constituição do próprio espaço público, um produto pré-político do *homo faber*. Referida dimensão *espacial* da lei, de inspiração greco-clássica, contribuiu para que a autora realizasse uma separação entre Direito e Política, outorgando a esta uma função *criativa e inovadora*, enquanto àquele, uma função *estabilizadora* das relações humanas. Nesse sentido, expressa que “As leis positivas (...) destinam-se fundamentalmente a funcionar como fatores estabilizadores para os movimentos sempre em mudança dos homens.”<sup>30</sup>, salientando que “Os mais importantes dentre os fatores

---

<sup>29</sup> ROSENFELD, Michel. **Identidade do Sujeito Constitucional**, p. 22.

<sup>30</sup> ARENDT, Hannah. **On Totalitarianism**, p. 463.

estabilizadores, mais duradouros que costumes, usos sociais e tradições, são os sistemas legais que regulam nossa vida no mundo e nossas relações diárias uns com os outros.”<sup>31</sup>

Nesse contexto, o Direito tem como função principal chamar à igualdade (reconhecimento recíproco) os desiguais, constituindo, *artificialmente*, um espaço de *liberdade*, em que se possibilita a revelação simultânea e plural de projetos de vida individuais. Nesse sentido, a argumentação judicial *não* deve desenvolver-se a partir de visões *monolíticas* de mundo, manifestas na articulação pública de valores *absolutos* ou na hierarquização de valores, sob pena de imporem-se projetos individuais de vida, tolhendo a dimensão espacial do Direito de garantir expressiva e comunicativamente a pluralidade. O operador do Direito deve, assim, respeitar a dimensão *plural e aberta* dos discursos públicos, assumindo o compromisso ético-performativo de considerar *imparcialmente* as mais distintas visões de mundo.

Diferentemente de Hannah Arendt, Habermas problematiza a separação entre o público e o privado, não a concebendo, na contramão do pensamento clássico, como uma distinção auto-evidente. Para o autor, o público e o privado são interdependentes e reciprocamente constitutivos: a co-dependência entre ambos reside no fato de que, uma vez superada a clássica concepção de direitos naturais, o espaço público deve reconhecer uma esfera privada, ao passo que o reconhecimento do espaço privado repercute na formação pública da opinião e da vontade, posto afigurar-se essencial para a formação de uma rede comunicativa pára-estatal.

Nessa perspectiva, deve-se abandonar a idéia de existência de *uma* consciência normativa de *toda* uma população assentada numa imagem *una* do mundo, de cunho religioso ou tradicional. Nesse sentido, Habermas rejeita a utilização de uma “ego-identidade” como modelo de avaliação de identidades coletivas<sup>32</sup>: uma sociedade complexa não assume uma identidade no sentido comum, isto é, “não no sentido, por exemplo, em que um objeto é identificado como o mesmo objeto por diferentes observadores, ainda que esses o percebam e o descrevam de modo diferente.”<sup>33</sup> Por tal

---

<sup>31</sup> ARENDT, Hannah. Civil Disobedience. In: Responsabilidade e Julgamento, p. 79

<sup>32</sup> HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law, p. 15.

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. As sociedades complexas podem formar uma identidade racional de si mesmas? In: **Para a Reconstrução do Materialismo Histórico**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1983, p. 77.

razão, deve-se sempre ter em mente a inexistência de um “nós” unificado, ou seja, de macro-sujeito que surge da integração ética de uma comunidade política<sup>34</sup>.

As identidades coletivas são formadas através de um processo contínuo e aberto, desatados de quaisquer amarras metafísicas ou tradicionais. A esse respeito, observa, com precisão, Habermas:

*“A identidade coletiva não se apresenta mais aos indivíduos como conteúdo de uma tradição, sobre a qual desenvolver a própria identidade, como podia ser feito com base em um elemento solidamente objetivo. A verdade, em troca, é que os próprios indivíduos tomam parte no processo formativo e decisional de uma identidade que deve ser ainda projetada coletivamente. Então, a racionalidade dos conteúdos de identidade é mensurada apenas à luz desse processo generativo, ou seja, à luz das condições formais nas quais se gera e se verifica um identidade flexível, na qual todos os membros da sociedade podem se reencontrar e se reconhecer reciprocamente, ou seja, se respeitar.”*<sup>35</sup>

Nesse sentido, Habermas acentua o caráter aberto e plural das sociedades complexas de tal sorte que sua identidade deve ser definida de forma *reflexiva*, fundando-se “na consciência de ter oportunidades iguais e gerais para tomar parte nos processos de comunicação, nos quais a formação da identidade tem lugar como processo contínuo de aprendizagem.”<sup>36</sup> A identidade coletiva é vista, portanto, como um processo aberto de reconhecimento mútuo que, de tempos em tempos, assume um conteúdo<sup>37</sup>.

Assim, a dimensão normativa da identidade coletiva deve operar-se inclusivamente, na medida em que as normas devem ser *universalmente* justificadas, não sendo possível privilegiar determinados grupos (família, cidade, Estado ou nação)

---

<sup>34</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law, p. 15.

<sup>35</sup> HABERMAS, Jürgen. As sociedades complexas podem formar uma identidade racional de si mesmas?, p. 91.

<sup>36</sup> HABERMAS, Jürgen. As sociedades complexas podem formar uma identidade racional de si mesmas?, p. 98.

<sup>37</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. As sociedades complexas podem formar uma identidade racional de si mesmas?, p. 100.

como formadores de identidades<sup>38</sup>. De um espaço para a realização de projetos de vida pessoais depende, portanto, a legitimidade da reconstrução de uma identidade constitucional, porquanto “(...) não é possível conservar um sistema social se não forem satisfeitas as condições de conservação dos seus membros.”<sup>39</sup>

Diferentemente de Hannah Arendt, Jürgen Habermas atribui, em sua teoria da ação, uma posição central ao Direito, que adquire o *status* de *medium* de integração social. Nesse contexto, o autor procura demonstrar como a coordenação da ação de diferentes atores sob a égide de uma racionalidade comunicativa opera-se a partir de uma organização política assentada sob garantias jurídicas fundamentais.

A esse respeito, Habermas introduz a idéia de que o poder político deve justificar-se por um Direito *legitimamente* criado, ou seja, a partir de uma organização jurídica fruto de um poder fundado na *comunicação*: o Direito ultrapassaria a mera função de constituir o código do poder administrativo, para tornar-se um *meio* de transformação de um poder paraestatal fundado na comunicação em poder administrativo.

O desafio habermasiano é, portanto, lançado perante sociedades complexas, que se caracterizam pela diversidade de visões de mundo, observável pela tensão instaurada entre facticidade e validade. Nas sociedades primitivas e tradicionais observa-se, a propósito, uma indistinção entre expectativas cognitivas e normativas, na qual se fundem as noções de facticidade e validade: “o mundo vivido, do qual as instituições são uma componente, apresenta-se como um conjunto coerente de convicções culturais, de ordens legítimas e de identidades pessoais, amalgamados uns com os outros”.<sup>40</sup> Em outro passo, o aumento de convicções diferenciadas acerca do

---

<sup>38</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *As sociedades complexas podem formar uma identidade racional de si mesmas?*, p. 81.

<sup>39</sup> HABERMAS, Jürgen. *As sociedades complexas podem formar uma identidade racional de si mesmas?*, p. 97. Especificamente neste ponto reside a crítica habermasiana à teoria sistêmica luhmanniana, para quem as sociedades complexas não mais seriam capazes de produzir identidade, na medida em que a integração só poderia operar-se numa esfera exclusivamente sistêmica. Nesse sentido, explica que a identidade de sociedades complexas, segundo a teoria sistêmica, “só pode ter lugar no plano da integração do sistema, ou seja, no sentido de que os sistemas parciais altamente diferenciados representem ambientes reciprocamente adequados, e não mais no plano da *integração social*. A realidade sistêmica da sociedade foi, por assim dizer, posta além da intersubjetividade de um mundo de vida povoado por indivíduos socializados. *Os indivíduos pertencem agora ao ambiente que circunda seu sistema social*. A sociedade adquire em face deles uma objetividade que, não mais se referindo à subjetividade, já não se deixa recuperar por uma conexão intersubjetiva de vida.” (Idem, p. 95) Nesse sentido, “A reflexão torna-se propriedade dos sistemas. A unidade de um sistema pode se tornar acessível aos sistemas parciais graças à autotematização, sem que haja necessidade de um sujeito.” (Idem, p. 96)

<sup>40</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, pp. 39-40.

mundo da vida originou pretensões de validade criticáveis, fazendo aflorar o dissenso, bem como o pluralismo das formas de vida:

Neste contexto, o dissenso não é considerado uma ameaça à integração social, afirmando, antes, as visões pluralistas de mundo, razão pela qual não deve, para Habermas, ser sufocado, mas antes institucionalmente articulado a partir de uma racionalidade comunicativa. A esse respeito, o próprio Direito absorve, internamente, referida possibilidade de dissenso, na medida em que as proposições jurídicas são passíveis tanto de revogação, quanto de interpretações diversas<sup>41</sup>. A estabilidade moderna só pode, portanto, ser alcançada pelas vias da instabilidade presente na permanente tensão entre facticidade e validade, da qual depende a construção de uma organização jurídica legítima<sup>42</sup>.

A fluidez hermenêutica do Direito e o liame interno entre Direito e Política não implicam, todavia, a afirmação do voluntarismo, tampouco uma indiferenciação entre as esferas jurídica e política. Nessa linha, Habermas não adota, diferentemente de Arendt, a concepção greco-clássica de pré-constituição do Direito em relação à política, para justificar a diferenciação funcional entre um e outro. Para o autor, Direito e Política são co-originários, constituindo-se, portanto, reciprocamente: “(os) direitos subjetivos apenas podem entrar em vigor e serem impostos pelo fato de organizações que tomam decisões tendo força de obrigação coletiva. Inversamente, é à forma jurídica de que se revestem que essas decisões devem sua força de obrigação coletiva.”<sup>43</sup>

A questão da diferenciação entre as esferas política e jurídica é, a propósito, analisada por Habermas no desenvolvimento do princípio da separação de poderes a partir da teoria do discurso, segundo a qual a distinção das atividades legislativa, executiva e jurisdicional opera-se à luz de uma lógica argumentativa peculiar a cada uma dessas funções, ultrapassando, portanto, a perspectiva clássica assentada na lógica semântica da subsunção. No paradigma do discurso, o Legislador dispõe amplamente de razões *normativas* e *pragmáticas*; a Justiça, por sua vez, de razões *normativas* num contexto discursivo de *aplicação*; a Administração, por fim, dispõe apenas de razões *pragmáticas*, direcionada a uma racionalidade voltada à adequação de meios a fins.

Nesse contexto, as atividades tipicamente legislativa e judiciária diferenciam-se a partir da lógica dos discursos de *justificação* e de *aplicação* normativa:

---

<sup>41</sup> Cf. MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**, p. 143.

<sup>42</sup> Cf. MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**, p. 88.

<sup>43</sup> HABERMAS, **Faktizität und Geltung**, p. 167.

o discurso de justificação prescinde de um caso concreto e de litigantes, conhecendo apenas participantes, que enredam em um procedimento democrático de criação de leis; já o discurso de aplicação do Direito, que se refere à função jurisdicional, deve escolher uma norma considerada válida, que se mostra apropriada a uma dada situação. Especificamente no que se refere ao discurso de aplicação, observa Habermas que “este tipo de discurso requer uma repartição de papéis na qual as partes (...) podem apresentar todos os aspectos litigiosos de um caso a um juiz representante de uma dada comunidade jurídica encarregado de julgar de uma forma imparcial (...)”<sup>44</sup>

O grande desafio do operador do Direito é atribuir um significado ao caso concreto, mediante uma atividade reconstrutiva do ordenamento jurídico. Nessa operação, não deve introduzir elementos pragmáticos que não foram principiológica ou normativamente considerados pelo sistema jurídico. É justamente nesse sentido que se afirma não dispor o magistrado de razões pragmáticas, mas apenas deontológicas para a tomada de sua decisão, que há de ser justificada pela reconstrução normativa do ordenamento jurídico perante o caso *sub judice*.

A esse respeito, o julgador, mesmo quando no desempenho de atividade não tipicamente jurisdicional, como é o caso de controle abstrato de constitucionalidade de normas, não prescinde da figura de um auditório ideal, para a aferição da legitimidade da decisão: “este tipo de discurso (o da aplicação) (...) demanda, além do mais, uma repartição de competências obrigando o tribunal a justificar seu veredicto perante um público, em princípio, ilimitado.”<sup>45</sup> Nesse sentido, a articulação judicial de valores tutelados pelo Direito, quando não embasada em uma postura reconstrutiva do ordenamento jurídico, mas sim em uma hierarquização de valores desprovida de uma justificação deontológica, padece de legitimidade democrática, na medida em que vilipendia o sentido normativo da situação *sub judice* tal como atribuído num processo discursivo legiferante, que se propõe a normativamente articular concepções éticas de mundo as mais diversas.

Apesar do aspecto universalizante do discurso judicial, que se submete a uma justificação racional não apenas das partes envolvidas, mas igualmente em face de um auditório ilimitado, a busca pela única decisão correta mostra-se ainda

---

<sup>44</sup> HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, p. 212.

<sup>45</sup> HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, p. 212.

problemática<sup>46</sup>. Seu alcance exige, portanto, não apenas uma reconstrução universalizante do sujeito constitucional, mas, igualmente, a consideração das diversas leituras possíveis acerca deste sujeito. Neste ponto, reside a crítica habermasiana ao solipsismo do juiz Hércules, que, em sua empreitada decisória, estabelece uma relação direta e solitária entre a decisão correta e o ordenamento jurídico, prescindindo das diferenciadas reconstruções normativas possivelmente formuladas pelos *outros*.

De tais considerações aflui a extensão ético-performativa do discurso judicial em geral, e da reconstrução da identidade do sujeito constitucional, em particular: “A política deliberativa perderia o seu sentido e a democracia constitucional perderia a sua base de legitimidade se os participantes do discurso político não estivessem dispostos, a um só tempo, a aprender com os outros e a ensiná-los.”<sup>47</sup>

Ante todo o exposto, observa-se que tanto Habermas, quanto Hannah Arendt oferecem significativas contribuições para a reconstrução legítima de uma identidade constitucional. Nesse sentido, a autora enfatiza o caráter necessariamente plural do discurso dos Direitos Humanos e a imparcialidade ínsita à tarefa de julgar, enquanto o autor ressalta a racionalidade específica da jurisdição, a partir da qual se inferem as condições ético-performativas de construção de um discurso judicial legítimo, sendo ambas as contribuições importantes para a análise das condições de desenvolvimento legítimo do discurso judicial acerca da licitude da interrupção de gravidez por anencefalia fetal no Brasil.

### **3. Hannah Arendt e a jurisprudência comunitarista do Supremo Tribunal Federal: por um discurso judicial solidário na ADPF nº 54-8/DF**

#### ***3.1. Das condições éticas para o desenvolvimento de um discurso legítimo na ADPF 54-8/DF a partir do pensamento político arendtiano***

No desenvolvimento de uma ética discursiva calcada nas noções de *solidariedade* e de *pluralidade*, Hannah Arendt defendeu, incisivamente, a impossibilidade de articulação de absolutos em um discurso público. Trazendo tal conclusão para os discursos jurídicos até agora articulados na ADPF nº 54-8/DF, a primazia ora do bem jurídico vida, ora da dignidade da pessoa humana, ali, implícita ou

---

<sup>46</sup> A esse respeito, observa Habermas que “Mesmo neste nível de discussão moral, o consenso (*Einverständnis*) é, de fato, raramente alcançado.” (HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law, p. 10.)

<sup>47</sup> HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law, p. 12.

explicitamente, apregoada, notadamente na petição inicial da ADPF nº 54-8/DF, na manifestação do Ministério Público e nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, leva-nos a questionar em que medida tal discurso desenvolve-se legitimamente.

Nesse sentido, infere-se que ao Supremo Tribunal Federal, às entidades e aos órgãos diretamente envolvidos na referida ação compete empreender um discurso baseado numa *moralidade pública*, que se expressa, ante a natureza jurisdicional do discurso em questão, em princípios jurídicos próprios integrantes dos Direitos Fundamentais, distintos tanto de uma moral pessoal, fruto de uma consciência socrática ou de uma moral cristã, quanto de uma moralidade comum, baseada em simples usos e costumes.

Dessa forma, a articulação ora da *vida*, ora da *dignidade da pessoa humana* como bens maiores a serem tutelados situa-se na contramão do espírito da obra arendtiana, na medida em que, ao invés de empreender uma reconstrução normativa pautada numa ética democrática da solidariedade, *absolutiza valores*, aproximando-se de uma eticidade aristotélica irreflexiva, voltada para a contemplação de um suposto *melhor* tutelado pelo ordenamento jurídico.

Nesse contexto, ao associar-se princípios publicamente articulados, tal como é o caso de princípios jurídicos, à consecução de fins últimos (proteção de um bem maior), obscurecem-se as características específicas de um discurso público, não se conferindo uma leitura expressiva e participativamente democrática ao ordenamento jurídico, enquanto articulador de um espaço de afirmação da *pluralidade*.

Relativamente à dimensão democrática participativa, deve-se ressaltar o caráter intersubjetivamente cogente de normas e princípios que expressam o mundo comum dos jurisdicionados, que lhes é posterior e anterior, vinculando o magistrado no exercício de sua função pública. Assim, um discurso judicial democraticamente legítimo deve colher os elementos constantes no próprio ordenamento, que, ao manifestar aquele mundo comum - instância significativa intersubjetivamente compartilhada - demonstra uma moralidade pública específica, apartada de moralidades individuais, fornecendo definições e valorações próprias que devem ser consideradas pelos aplicadores do Direito na elaboração de seu discurso público.

Dessa forma, considerando-se tais ilações para o contexto específico da legitimidade do aborto por anencefalia, no Brasil, as prescrições legais ou constitucionais acerca da liberdade de crença, do conceito jurídico de pessoa e de morte, da noção de estado de necessidade e das excludentes de ilicitude do aborto devem ser

necessariamente consideradas no discurso judicial empreendido na ADPF nº 54-8/DF, sob pena de, afastando-se de um discurso fundado no caráter deontológico dos Direitos Fundamentais, colacionar-se disfarçadamente princípios integrantes de uma moralidade pessoal, escapando-se da feição própria de um discurso público.

A esse respeito, atente-se para o fato de que a grande dificuldade do tema em comento reside no fato de que traz em seu cerne uma questão frequentemente articulada em termos *metafísicos* e que carrega, ademais, um forte peso *ético e moral*, a saber: a perquirição acerca do início e do sentido da *vida*. Aqui, diferencia-se, mais uma vez, a postura de um operador do Direito da de um indivíduo particular, dotado de uma moralidade própria: a argumentação judicial não deve desenvolver-se a partir de visões *monolíticas* de mundo, manifestas na articulação pública de valores *absolutos* ou numa hierarquização de valores, sob pena de subverter-se a função principal do Direito, que, consoante Arendt, é de chamar à igualdade (reconhecimento recíproco) os desiguais, constituindo, *artificialmente*, um espaço de *liberdade*, que possibilite a revelação simultânea e plural da novidade inaugurada por cada indivíduo. Nesse sentido, ao operador do Direito compete respeitar a dimensão *plural e aberta* dos discursos públicos, assumindo a postura performativa de considerar *imparcialmente* as mais distintas visões de mundo, a fim de alcançar uma solução *justa*, não necessariamente coincidente com aquilo que é *bom* para ele. Dessa forma, o operador do Direito pode condenar eticamente o aborto por anencefalia sem refutar a existência de um direito subjetivo a tal conduta, razão pela qual observa Diaulas Costa Ribeiro que “Defender a antecipação terapêutica do parto de fetos inviáveis não implica ser a favor do aborto. Assegurar o direito da mulher e autorizar o aborto nos casos previstos em lei não implica ser a favor do aborto. Implica tão-somente conhecer o Direito Penal e suas bases ontológicas, cumprir a lei e a Constituição Federal.”<sup>48</sup>

Em suma, na discussão acerca da legitimidade do aborto por anencefalia no Brasil, compete aos Ministros do Supremo Tribunal Federal efetuar uma leitura do ordenamento jurídico a partir de princípios públicos democraticamente constituídos e cogentes, que, ao contrário de erigir certa conduta como a *melhor*, possibilita a coexistência de moralidades individuais específicas com uma moralidade pública diferenciada – a expressa no discurso dos Direitos Fundamentais - a rejeitar a reificação monolítica de uma concepção de mundo *bom* supostamente sufragada pelo ordenamento

---

<sup>48</sup> FAÚNDES, Aníbal. Prefácio. In: DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**, p. 141.

jurídico. Nesse sentido, pode-se ser contra o aborto por anencefalia sem, contudo, pregar-se a existência de um direito subjetivo à sua realização.

Assim, os Ministros do Supremo Tribunal Federal devem zelar pela solidariedade e pela imparcialidade no discurso da ADPF 54-8/DF, negando-se a decidir sobre a bondade do aborto por anencefalia fetal, articulando-se, antes, a *justiça* de uma tal prática a partir de princípios públicos que constituem um mundo comum construído *antes e para além* de suas próprias concepções de vida boa.

Nesse contexto, ante a complexidade da questão do início da vida, simultaneamente debatida pela ética, pela moral, pelo Direito e pela religião, não compete a uma jurisdição constitucional que se pretende democrática empreender uma análise solipsística e metafísica do sentido da vida e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, cabe-lhe, antes, realizar a construção de um discurso plural e juridicamente coerente acerca das condições intersubjetivamente afirmadas de proteção institucional da vida.

No transcurso de sua obra, Hannah Arendt enfatizou, a propósito, a impossibilidade de o homem investigar sua própria natureza humana. Nessa linha, contrapôs a idéia de *condição humana* à de *natureza humana*: a primeira referir-se-ia a um conjunto das atividades, capacidades e atributos desenvolvidos pelos seres humanos, reportando-se à questão do *que* somos<sup>49</sup>, enquanto a segunda reportar-se-ia às características essenciais da existência humana “no sentido de que, sem elas, essa existência deixaria de ser humana”<sup>50</sup>, indagando-se “*quem* somos nós?”. Assim, a diferença entre as questões acerca do *que* somos (condição humana) e de *quem* somos (natureza humana) reside na inexorabilidade da segunda e na contingência da primeira. Relativamente à natureza humana, Arendt assinalou a impossibilidade de os próprios homens definirem *quem* são, ao afirmar que:

*“O problema da natureza humana, a quaestio mihi factus sum  
 (“a questão que me tornei para mim mesmo”) de Agostinho, parece  
 insolúvel, tanto em seu sentido psicológico como em seu sentido filosófico*

---

<sup>49</sup> Nesse sentido, para a autora, a condição humana é auferida pelas coisas que cercam os homens e que passam a condicionar a sua existência: “O que quer que toque a vida humana ou entre em duradoura relação com ela, assume imediatamente o caráter de condição da existência humana.”<sup>49</sup> (ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 18). Os homens freqüentemente *criam* suas condições de existência. Assim, considerando a esdrúxula situação de mudança do homem para outro planeta, assevera Arendt que “a única afirmativa que poderíamos fazer quanto à sua ‘natureza’ é que são ainda seres condicionados, embora sua condição seja agora, em grande parte, produzida por eles mesmos.” (idem, *ibidem*)

<sup>50</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 17.

geral. É altamente improvável que nós, que podemos conhecer, determinar e definir a essência natural de todas as coisas que nos rodeiam e que não somos, venhamos a ser capazes de fazer o mesmo a nosso próprio respeito: seria como pular sobre nossa sombra. (...) Em outras palavras, se temos uma natureza ou essência, então certamente só um deus pode conhecê-la e defini-la; e a condição prévia é que ele possa falar de um 'quem' como se fosse um 'quê'.”<sup>51</sup>

A observação de Hannah Arendt no sentido de que apenas um deus poderia conhecer a natureza do homem revela a faceta metafísica da questão da humanidade do feto anencéfalo. Nesse ponto, tal discussão, em sede de uma jurisdição constitucional que se pretenda democrática, deve considerar a complexidade da esfera pública moderna, em que coexistem crenças, projetos de vida e concepções de mundo os mais variados. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal deve *espelhar* uma *vita activa* multifacetada que, muitas vezes resultando e expressando-se na legislação em vigor, precede-lhe e vincula. Não compete, portanto, aos ilustres Ministros de nossa Corte Constitucional adotar uma postura de *contemplação solipsística* acerca do sentido da vida despartada de um contexto de discussão plural expresso na disciplina jurídica de temas correlatos à questão do aborto. Em suma, uma jurisdição constitucional democrática deve, antes, expressar uma *vita activa* que se desenvolve em relações intersubjetivas e na produção de um sentido comum, não se afigurando um espaço apropriado para o exercício de uma *vita contemplativa*, metafísica e privatística, tal como concebida pelos clássicos.

Nesse ponto, mostra-se instigante empreender-se uma análise comparativa entre os princípios próprios que regem o discurso público, conforme enfatizado por Hannah Arendt, e o pluralismo ínsito à noção formulada por Peter Häberle de uma “*sociedade aberta aos intérpretes da Constituição*”. A esse respeito, observa-se que Häberle propõe uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional de compreensão da Constituição, que, vinculando-se ao modelo de uma sociedade fechada, desconsidera o fato de que “o destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se

---

<sup>51</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 17.

pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico.”<sup>52</sup> Traça, portanto, contornos doutrinários importantes para a criação de uma teoria hermenêutica e procedimental constitucional de bases *democráticas*, em que a sociedade seria fonte legitimadora do poder na interpretação constitucional.

Nesse sentido, assevera o jurista alemão que os sujeitos constitucionais são, fática e legitimamente, intérpretes da Constituição, porquanto “Quem vive a norma, interpreta-a” (“*wer die Norm ‘lebt’, interpretiert sie auch mit*”)<sup>53</sup>. Assim, embora seja importante a exegese constitucional realizada pelos juízes, outros atores sociais e estatais, tais como o Parlamento, a opinião pública, os grupos sociais e os próprios cidadãos, realizam uma interpretação *construtiva* do significado da constituição. A esse respeito, atenta o autor que as clássicas teorias de Hermenêutica Constitucional apenas se ocupam com as questões dos objetivos da interpretação constitucional e com os seus métodos, negligenciando o problema dos participantes da interpretação. Propõe, assim, a seguinte tese: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos não sendo possível estabelecer-se um elenco *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”<sup>54</sup>

Ao conferir um sentido amplo ao conceito de interpretação, quer-se enfatizar o papel *construtivo* da exegese fornecida (consciente ou inconscientemente) por aqueles que *vivem* a constituição. Assim, tanto o processo de formação, quanto o processo de desenvolvimento da norma devem revelar-se pluralistas. A hipótese pode ser exemplificada na seara das garantias dos Direitos Fundamentais, na medida em que, neste âmbito, o significado das referidas normas deve ser preenchido através da forma com a qual seus destinatários compreendem e exercem os direitos que elas instituem.

A esse respeito, observa-se que o problema da interpretação deve ser necessariamente considerado pelos juízes no seu mister de fornecer a última palavra sobre exegese constitucional. Assim, a *realidade constitucional* desenvolvida na esfera pública pluralista fornece material para uma interpretação constitucional, constituindo

---

<sup>52</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 15.

<sup>53</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**, p. 13.

<sup>54</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**, p. 13.

fator de essencial importância para a exegese estatal. Dessa forma, “a conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade”<sup>55</sup>. A *vinculação social da jurisdição constitucional* é, assim, acentuada, na medida em que a prática constitucional, na condição de elemento hermenêutico objetivo, obstaculiza o livre arbítrio da interpretação judicial, ao constituir verdadeira *decisão sociológica*<sup>56</sup>.

Nesse sentido, na interpretação dos princípios de proteção à vida e da dignidade da pessoa humana, a jurisdição constitucional deve considerar a compreensão conferida pelos próprios destinatários da Constituição a estes princípios, que se expressa tanto em fóruns civis de discussão, quanto, e principalmente, na própria atividade legislativa estatal, que, na hipótese, revela-se nos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal, bem como no art. 3º da Lei nº 9.437/97, todos de indubitável constitucionalidade.

Nesse contexto, o papel da *vita contemplativa*, no sentido peculiar que lhe confere Hannah Arendt, ao abranger nela as faculdades do pensar, do querer e do julgar, subsume-se, no desenvolvimento da jurisdição constitucional, à apreensão, mediante a atividade de *juízo*, de uma instância significativa intersubjetiva expressa por princípios e regras de Direito, a revelar um sentido comum (*sensus communis*) que não pode ser disponibilizado pelos magistrados em prol de suas concepções particulares.

Assim, o pensamento da autora vai de encontro à noção pluralista de uma jurisdição constitucional aberta aos intérpretes da Constituição preconizada por Häberle, na medida em que corrobora uma reconstrução inclusiva e plural de uma identidade constitucional, a qual se abre discursivamente à recepção de identidades sociais das mais diversas ordens (étnicas, nacionais, religiosas e culturais).

Nessa linha de raciocínio, evidencia-se que analogias descontextualizadas de uma análise publicística da matéria, tal como formulada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, ao equiparar o feto anencéfalo a “uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta”<sup>57</sup>, ou ainda, como a elaborada pelo Ministro Carlos Britto, ao comparar o feto anencéfalo a “um ser que de alguma forma parou a meio ciclo do humano”<sup>58</sup>, não se mostram, de todo, apropriadas. Com efeito, a questão do início da vida humana, ou, antes, do momento e das circunstâncias pelas quais uma *vida merece*

---

<sup>55</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**, p. 24.

<sup>56</sup> LAUTMANN. **Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie**. v. I, 1970, p. 383 ss.

<sup>57</sup> Voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Questão de Ordem em sede da ADPF nº 54-8/DF.

<sup>58</sup> Voto do Ministro Carlos Britto na Questão de Ordem em sede da ADPF nº 54-8/DF.

*tutela jurídica* deve ser analisada por uma jurisdição constitucional que se pretende democrática, a partir de uma ampla discussão pública em que reclamam devida consideração projetos de vida e concepções de mundo os mais diversos.

Reforce-se, portanto, que tais leituras publicísticas acerca da questão da legitimidade do aborto por anencefalia são muitas vezes expressas a partir da regulamentação infraconstitucional em vigor, que, freqüentemente, delinea intersubjetivamente o sentido de uma vida juridicamente tutelável. Desconsiderar tais preceitos dogmáticos de inquestionável constitucionalidade no discurso jurídico acerca da legitimidade do aborto de feto anencéfalo no Brasil implica introduzir elementos estranhos ao próprio Direito, dispondo-se de seu papel de atribuir sentido normativo a condutas a partir de princípios públicos independentes de moralidades individuais, impondo-se uma visão monolítica de mundo.

Assim, evidencia-se não caber a uma jurisdição constitucional que se pretende democrática empreender uma análise solipsística e metafísica do sentido da vida e da dignidade da pessoa humana, devendo, antes, reconstruir pluralística e coerentemente o discurso dos Direitos Humanos, considerando-se, dentre outros aspectos, o discurso até agora construído acerca da questão, que se manifesta em decisões judiciais, bem como na legislação infraconstitucional, notadamente nos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal, bem como no art. 3º da Lei nº 9.437/97.

### ***3.2. O sentido dogmático da conduta abortiva: por uma reconstrução aberta e solidária da identidade do sujeito constitucional***

O discurso acerca da legitimidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, empreendida na ADPF nº 54-8/DF, guarda íntima relação com a questão metodológica da reconstrução de uma identidade constitucional de dimensões *espacial* e *temporal* problemáticas: *espacialmente*, deve-se construir, segundo outrora observado, uma identidade constitucional aberta e plural, apta a recepcionar identidades sociais das mais diversas ordens (étnicas, nacionais, religiosas e culturais), afigurando-se, porém, distintas de todas elas; *temporalmente*, deve-se reconstruir uma identidade de um sujeito constitucional que não se identifica nem com os constituintes, nem com os intérpretes da Constituição, nem, ao menos, com os que se encontram sujeitos às prescrições constitucionais<sup>59</sup>. Nesse sentido, a construção da identidade do sujeito constitucional

---

<sup>59</sup> Cf. ROSENFELD, Michel. **Identidade do sujeito constitucional**, pp. 40-41.

deve operar-se mediante uma re-apropriação *crítica e coerente* de normas e princípios que conferem sentido jurídico à conduta de abortamento por anencefalia. Faz-se mister, portanto, recorrer-se às prescrições dogmáticas que se mostram relevantes para a atribuição de sentido jurídico a tal conduta.

Preliminarmente, observa-se que a simples objeção dogmática de que a hipótese de aborto por anencefalia fetal não estaria, ante o princípio da reserva legal, autorizada pelo Direito Brasileiro, não se coaduna com uma leitura sistemática e coerente do ordenamento jurídico pátrio. A esse respeito, em questão de ordem levantada em sede da ADPF 54-8/DF, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese de que se pretendia, com a ação, incluir uma nova hipótese de exclusão de antijuridicidade, decidindo, por maioria de 7 a 4, por sua admissibilidade.

Com efeito, não se pretende vilipendiar o princípio da reserva legal, mas tão-somente conferir-se interpretação conforme a Constituição a disposições legais previamente existentes, a saber: os arts. 124, 126 e 128 do Código Penal, tendo em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, bem como do direito à saúde. Especificamente quanto ao princípio da legalidade, nega-se-lhe uma compreensão estritamente positivista. Nesse sentido, pontua a entidade autora, recorrendo ao pensamento de Hannah Arendt:

*“A banalização do mal ao longo da primeira metade do século XX e a constatação, sobretudo após as experiências do fascismo e do nazismo, de que a legalidade formal poderia encobrir a barbárie levaram à superação do positivismo estrito e ao desenvolvimento de uma dogmática principialista, também identificada como pós-positivismo. Nesse novo paradigma, dá-se a reaproximação entre o Direito e a Ética, resgatam-se os valores civilizatórios, reconhece-se normatividade aos princípios e cultivam-se os direitos fundamentais.”*<sup>60</sup>

Ultrapassada referida preliminar, verifica-se, quanto ao mérito, que a perquirição acerca da legitimidade de aborto de feto anencéfalo no Brasil envolve a análise de prescrições legais e constitucionais acerca do sentido jurídico da vida, da

---

<sup>60</sup> Petição inicial da ADPF nº 54-8/DF da lavra do advogado e constitucionalista Luís Roberto Barroso.

liberdade de crença, do conceito jurídico de pessoa e de morte, da noção de estado de necessidade e das excludentes de ilicitude do aborto.

Nesse sentido, mostra-se, mais uma vez, oportuna a transcrição dos arts. 124 e 128 do Código Penal, que condenam a prática abortiva nos seguintes termos:

***“Aborto provocado pela gestante ou sem seu consentimento***

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

*Pena- detenção, de 1 (um) a 3 (três) 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.”*

Ante tais preceitos, três são as prováveis posturas em face da prática de aborto por anencefalia no Brasil, a saber:

- a) enquadramento da interrupção de gravidez de feto anencéfalo no art. 124 do Código Penal, tipificando a conduta sob o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro confere tutela a um ser anencéfalo;
- b) exclusão da *tipicidade* da conduta por considerar-se que o tipo penal tutela a expectativa de vida humana, que não se encontra presente na hipótese em comento, na medida em que a grande maioria dos fetos anencéfalos morrem no período intra-uterino, sendo que os nascidos vivos morrem logo após o parto, não havendo relatos de sobrevivência de recém-nascidos com este tipo de má-formação por mais do que poucas horas;

- c) exclusão da *antijuridicidade* da conduta com fulcro no art. 128, inc. II, ou na previsão mais genérica do art. 24 do Código Penal, que define o estado de necessidade.

Acerca das referidas posturas, observa-se que o entendimento sufragado no item *a* retromencionado confronta-se com uma interpretação principiológica e sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, encontrando óbices no discurso dos Direitos Humanos amplamente expresso em vários textos legais. Com efeito, afirmar que o feto anencéfalo é vida, ou expectativa de vida, sob o aspecto *jurídico*, implica desconsiderar importantes elementos dogmáticos constantes no sistema jurídico pátrio a sinalizarem o contrário.

A esse respeito, não se deve interpretar a proteção à vida instituída no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal não isolada e solipsisticamente, amparando-se em um conceito ontológico de vida, mas em consideração à leitura conferida a este princípio pela comunidade política, que, expressa na legislação antecedente e subsequente à própria Constituição, estabelece o que é *vida* para o Direito, ou, mais apropriadamente, o sentido de *vida juridicamente tutelável*. Nesse sentido, salienta Diaulas Costa Ribeiro que “o conceito jurídico-penal de vida deve ser isento de conveniência moral, religiosa e emocional. Vida, para o Direito Penal, não é dom, não é alma, não é intocável e nem é fruto santificado. Vida é um bem jurídico integrante da personalidade, sujeito à tutela penal. E essa tutela é prestada com base nos mesmos padrões estabelecidos para a proteção de todos os demais bens jurídico-penais. (...) Trata-se, portanto, de um sistema de codificação totalmente laico, com plena indiferença a conceitos que associam vida e religião ou, pelo menos, vida e dogmas de fé.”<sup>61</sup>

Assim, o entendimento constante no item *b supra*, segundo o qual o feto anencéfalo não constitui *vida*, ou mais especificamente, *forma de vida juridicamente tutelável* pretende fundamentar-se no disposto no art. 3º da Lei nº 9.437/97, que prevê a *morte encefálica* como o divisor jurídico entre a *vida* e a *morte*. Dessa forma, estabelece:

“Art. 3º. A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de

---

<sup>61</sup> RIBEIRO, Diaulas Costa. Antecipação Terapêutica de Parto: Uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal. In: DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**, p. 96.

*diagnóstico de morte encefálica, constatada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”*

Para o Conselho Federal de Medicina, a morte encefálica opera-se com a *morte cerebral completa*. A anencefalia configura-se com a ausência de estruturas cerebrais (hemisférios e córtex), existindo apenas resíduos do tronco cerebral. Inexistem as funções superiores do sistema nervoso central, responsáveis pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade, restando apenas funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as funções dependentes da medula espinhal.

Analisando especificamente a hipótese de anencefalia fetal, o Conselho Federal de Medicina, pela Resolução nº 1.752/04, publicada no Diário Oficial da União de 13 de setembro de 2004, concluiu que feto desprovido dos “hemisférios cerebrais”, que são “a parte vital do cérebro”, não tem como escapar de uma fatal “parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas do pós-parto”, afigurando-se um “natimorto cerebral”, um ser padecente de “inviabilidade vital”. Assim, concluiu-se que “para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica”. Nesse mesmo espírito, o Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, em consulta respondida pelo Conselheiro Pedro Pablo de Magalhães Chacel, equiparou a situação do feto anencéfalo a uma situação de não-vida: “A morte é perda da função. Neste caso, não houve porque esta função nunca existiu. Se não podemos falar em morte cerebral, podemos falar em ‘não-vida-cerebral’.”<sup>62</sup>

Ante tais argumentos a tipificação penal como aborto da conduta de interrupção da gravidez de feto anencéfalo resta prejudicada, por se tratar de uma não-vida para o Direito, ou, em outras palavras, de uma vida juridicamente não tutelável. Nesse sentido, muitos preferem a terminologia “antecipação terapêutica do parto”, na medida em que a morte do feto anencéfalo não decorre da interrupção da gravidez, mas da própria impossibilidade de vida extra-uterina do feto proveniente de sua má-formação congênita.

---

<sup>62</sup> BRASIL, Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, Consulta nº 0055/97, relator Conselheiro Pedro Pablo de Magalhães Chacel, Brasília, 28 de julho de 1997.

A par do argumento da atipicidade da conduta, evidenciam-se os sérios riscos à saúde *física* e *mental* da mãe acarretados por uma tal gravidez. Acerca das repercussões à saúde física da mulher, o Conselho Federal de Medicina já se pronunciou no sentido de que “Toda gestação normal pode cursar com repercussões para a saúde materna, embora a frequência e a gravidade destas repercussões seja pequena. Em gestação com feto anencéfalo, pode nada ocorrer em termos de complicações, mas sempre haverá os riscos de sua ocorrência. (...) Assim, a continuidade da gestação torna-se um risco desnecessário e haverá indicação de interrupção, mesmo que o risco não seja iminente.”<sup>63</sup>

A esse respeito, o Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, naquela consulta respondida pelo Conselheiro Pedro Pablo de Magalhães Chacel, foi mais detalhado e enfático, ao afirmar que:

*“Esta situação (a de gravidez de feto anencéfalo) leva comumente à toxemia gravídica, principal causa de mortalidade materna, síndrome que permite tratamento, mas para a qual não há preservação. O risco de ‘deslocamento prematuro de placenta normalmente inserida’ é alto e acarreta, por vezes, a gravíssima condição de síndrome de coagulação intravascular disseminada, de alta mortalidade. A presença de polidrâmnio é causa também de atonia uterina, com graves hemorragias pós-parto, que também levam ao aumento de risco de mortalidade materna. Entendemos que, por estes motivos, caracteriza-se o risco materno, aceito pela legislação brasileira como motivo para a interrupção de gestação.”*<sup>64</sup>

No que se refere especificamente à saúde mental da mulher, inquestionáveis são os riscos de transtornos psíquicos que o prolongamento da gravidez de um feto anencéfalo pode causar. A esse respeito, Jorge de Figueiredo, em comentário ao art. 142 do Código Penal lusitano, lembra que o perigo de lesão grave e duradoura pode voltar-se à saúde psíquica da mulher e, assim, a “estados neuróticas, de depressão, de

---

<sup>63</sup> Repostas do Conselho Federal de Medicina a quesitos formulados pelo Ministério Público. Cf. RIBEIRO, Diaulas Costa. Antecipação Terapêutica de Parto: Uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal. In: DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**, p. 114.

<sup>64</sup> BRASIL, Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, Consulta nº 0055/97, relator Conselheiro Pedro Pablo de Magalhães Chacel, Brasília, 28 de julho de 1997.

neurastenia, de perturbação de consciência (v.g. em função de álcool ou droga) etc.”<sup>65</sup> Nesse sentido, caberia, em analogia *in bonam partem*, considerar que a autorização do aborto sentimental de que trata o art. 128, inc. II, do Código Penal, abarca igualmente a hipótese de aborto por anencefalia fetal. A esse respeito, “O paralelo empregado é bastante razoável: se o legislador permitiu a interrupção da gravidez de um feto viável para preservar a saúde da gestante, independentemente da instalação de distúrbios mentais à época da interrupção, mais razão haveria para se interromper a gravidez de um feto inviável e que pode, potencialmente, também produzir distúrbios mentais.”<sup>66</sup>

Nesse mesmo sentido, recorrente afigura-se a excludente genérica de ilicitude prevista no art. 24 do Código Penal pátrio, a partir da qual se justifica a conduta abortiva da mulher como um ato praticado para salvaguardar do perigo atual não provocado por sua vontade, gerado pela gravidez de feto anencéfalo, seu direito à saúde física e à integridade mental, cujo sacrifício não é, nas circunstâncias, razoável exigir. Aflora, portanto, o compromisso da ordem jurídica brasileira em preservar, em situações extremas de gravidez problemática a saúde física e mental da mulher.

A esse respeito, salienta-se a impossibilidade de o legislador de 1940 ter previsto uma tal excludente de ilicitude, porquanto, naquela época, não havia a ultrasonografia hoje utilizada para o diagnóstico fetal. A esse respeito, já afirmava Nelson Hungria que, para caracterizar-se o crime de aborto, “O feto expulso deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.”<sup>67</sup>

Registre-se, a esse respeito, a existência de inúmeros projetos de reformulação da parte especial do Código Penal que autorizam a interrupção da gravidez por má formação fetal (eugenia). Dentre eles, ressalte-se projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República em 1999, que inclui como excludente de ilicitude a “fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos (além daquele que praticará o aborto), de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.”

---

<sup>65</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. Comentários ao artigo 142º do Código Penal Português. In: **Comentário conimbricense do Código Penal**. Coimbra Editora. Coimbra, 1998, p. 166-201.

<sup>66</sup> RIBEIRO, Diaulas Costa. Antecipação Terapêutica de Parto: Uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal. In: DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**, p. 118-119.

<sup>67</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 207.

Ante todo o exposto, evidencia-se a licitude da conduta de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, que decorre claramente de uma compreensão de Direitos Fundamentais a partir de uma moralidade pública diferenciada tal como defendida por Hannah Arendt em seu apelo à pluralidade e que se expressa difusamente num arcabouço normativo infraconstitucional de validade não questionada.

Na contramão da linha argumentativa até aqui exposta, impede destacar, pela oposição irreflexiva e pela ausência de diferenciação entre discursos jurídicos, éticos e morais, o parecer apresentado em sede da ADPF nº 54-8/DF pelo Ministério Público Federal, subscrito por seu então Procurador-Geral da República Cláudio Fontelles, no qual se alega, basicamente, no mérito, a primazia do direito à vida do feto anencéfalo e a necessidade de observância do princípio da solidariedade, pretendendo-se obstaculizar o pleito da entidade autora, com suposto respaldo nos seguintes dispositivos:

- a) art. 5º, *caput*, da Constituição Federal )“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”);
- b) art. 2º do Código Civil (“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”);
- c) art. 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, no geral, a partir do momento da concepção”);
- d) art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança (“A criança, por falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, aí incluída a proteção legal, tanto antes, como depois, do nascimento.”);
- e) arts. 3º, inc. I, da Constituição Federal (“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- constituir uma sociedade livre, justa e solidária.”).

Transcreva-se, por emblemático, trecho do mencionado parecer a revelar a linha discursiva da oposição:

“29. *Passo a outra linha de argumentação (abandona a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido por ofensa ao princípio da legalidade), e sustento que a vingar a tese do autor, sacrificado está o direito à vida.*

30. *Com efeito, está no caput, do artigo 5º, da Constituição Federal, que abre o Título alusivo aos ‘Direitos e Garantias Fundamentais, verbis:*

*‘Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida...**’ (grifei)*

31. *Portanto o direito à vida é posto como marco primeiro, no espaço dos direitos fundamentais.*

32. *O autor desta ação tem por tema central do pleito o fato de que nos casos de anencefalia não há possibilidade de vida extra-uterina, então razão não há a que permaneça a gestação.*

33. *Mas se há normal processo de gestação **vida intra-uterina existe.***  
(...)

53. *É de se reconhecer, outrossim, e mantido o raciocínio na ponderação de bens, que por certo o sofrer uma dor, mesmo que intensa, não ultrapassa o por cobro a uma vida, que existe, intra-uterina, e que, seja sempre reiterado, goza de toda a proteção normativa, tanto sob a ótica do direito interno, quanto internacional.*

54. ***O feto no estado intra-uterino é ser humano, não é coisa!***

55. *Noutro giro de argumentação, é de se ter presente que o **artigo 3º, inciso I** da Constituição da República expressa como objetivo seu, perene, **verbis:***

*‘I- constituir uma sociedade livre, justa e **solidária.**’*

56. *Ora, o pleito da autora, titulado por órgão que representa profissionais da área da saúde, **impede possa acontecer a doação de órgãos do bebê anencéfalo a tantos outros bebês que, se têm normal formação do cérebro, todavia têm grave deficiência nos olhos, nos pulmões, nos rins, no coração, órgãos estes plenamente saudáveis no bebê anencéfalo, cuja morte prematura frustrará a vida de outros bebês, assim também condenados a morrer, ou a não ver.***

57. *O pleito da autora, por certo, vai na contra-mão da construção da sociedade solidária a que tantos de nós, brasileiros e brasileiras, aspiramos, e o ser solidário é modo eficaz de instituir a cultura da vida.*

58. *Quer por ser injurídico, no caso apresentado, o recurso à interpretação conforme a Constituição, quer pela primazia jurídica do direito à vida, como aqui desenvolvida, o pleito é de ser indeferido.”*

A esse respeito, evidencia-se que a superioridade irreflexiva e metafísica da vida, tal como defendida no referido parecer, subverte o discurso judicial, ao articular, sem qualquer respaldo sistêmico, o valor absoluto *vida* sobre todos os bens igualmente tuteláveis pelo Direito. A conhecida formação católica do parecerista talvez o tenha levado a olvidar que, na condição de Procurador-Geral da República, cumpre-lhe velar pela observância de uma ordem jurídica democrática e plural no interesse de uma sociedade supercomplexa. A leitura descontextualizada do direito à vida enunciado no art. 5º, *caput*, da Carta Magna conduziu-o a uma linha argumentativa fundamentalista, de base religiosa, que, ao atribuir a condição de *pessoa* ao feto anencéfalo, não considerou o sentido específico da tutela *jurídica* da *vida*.

A propósito, observa-se que a postura assumida pelo parecerista inviabilizaria diversos institutos jurídicos já amplamente consagrados no Direito brasileiro, como o estado de necessidade, a partir do qual a vida humana pode ser sacrificada em salvaguarda a bem jurídico alheio. Outrossim, caso se considere a superioridade incondicional da vida sobre os demais bens jurídicos, afigurar-se-iam inconstitucionais as excludentes de antijuridicidade previstas no art. 128 do Código Penal, notadamente a hipótese de aborto sentimental, autorizada pelo inciso II do mencionado dispositivo, que se presta exclusivamente a evitar a dor *psíquica* da mãe violentada em detrimento do produto da concepção.

Dessa forma, o discurso desenvolvido pelo então Procurador-Geral da República mostra-se absolutamente incoerente com o ordenamento jurídico pátrio, ao desconsiderar que a vida é um bem jurídico dentre *outros*, possuindo, para o Direito, um significado particular, que não deve ser obscurecido por concepções éticas, morais e religiosas particulares.

Observa-se, ademais, que a remissão efetuada pelo parecerista ao art. 2º do Código Civil Brasileiro mostra-se ambígua. Com efeito, a disposição no sentido de que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a

salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, ao invés de afirmar a condição de pessoa do feto no Direito Civil, obscurece-a, porquanto estabelece uma relação nebulosa entre a negação de personalidade jurídica ao feto e a salvaguarda de “seus” direitos civis. Observa-se, igualmente, que tal prescrição não vincula o Direito Penal, motivo pelo qual se mostra inapropriada a menção em tela.

O invocado art. 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual prescreve que “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, *no geral*, a partir do momento da concepção”, tampouco corrobora a tese defendida pelo ilustre parecerista. A esse respeito, a utilização da expressão “no geral” denota que a proteção por ele estabelecida não se afigura absoluta. Outrossim, a remissão ao art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, segundo a qual “A criança, por falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidado especiais, aí incluída a proteção legal, tanto antes, como depois, do nascimento”, em nada acrescenta à discussão, porquanto procura atribuir a qualidade de criança ao feto anencéfalo em desconsideração a um sem número de prescrições normativas *específicas*, que conduzem a um enquadramento jurídico oposto.

Ressalta-se, ademais, que a remissão à solidariedade prevista no art. 3º, inciso I, da Constituição da República mostra-se inapropriada. Com efeito, não encontra qualquer consistência jurídica, nem plausibilidade argumentativa a alegação de que a constituição de uma sociedade solidária abarcaria, na espécie, a compulsoriedade jurídica da perpetuação da gravidez em prol de uma possível doação de órgãos do bebê anencéfalo para outros bebês. A esse respeito, observa-se que, de acordo com a legislação federal em vigor, a doação de órgãos sujeita-se à *voluntas* do doador, não se reconhecendo, na hipótese, a incidência compulsória do princípio da solidariedade.

Outrossim, contrariamente à afirmação do ilustre parecerista no sentido de que “não são todas as gestantes que, por sua dor, almejam livrar-se do ser humano, que existe em seus ventres maternos. Há outras também gestantes que, se experimentam a dor, superam-na e, acolhendo a vida presente em seu ser, deixam-na viver, pelo tempo possível”, deve-se reconhecer que a *solidariedade*, em um sentido jurídico, reside no exato respeito à dor da gestante que não vê qualquer sentido na perpetuação de uma gravidez infrutífera. Semelhante dor, por sua intensidade, encontra-se tutelada pela expressa autorização jurídica de aborto sentimental, sendo injustificado o não reconhecimento da mesma tutela, quer na esfera da atipicidade, quer da antijuridicidade, na hipótese ora examinada. Dessa forma, a exigência de construção crítica e coerente de

um discurso judicial em sede da ADPF nº 54-8/DF a partir de princípios jurídicos compreendidos à luz das noções arendtianas de pluralidade e solidariedade conduz ao reconhecimento da legitimidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Observa-se, portanto, a valorosa contribuição imprimida pelo pensamento de Hannah Arendt sobre as condições de desenvolvimento legítimo do discurso judicial empreendido na ADPF nº 54-8/DF, oferecendo importantes considerações para a construção de um discurso jurídico solidário. Nesse contexto, um discurso judicial não deve pautar-se quer pela afirmação da bondade na Terra, quer pela reificação de concepções metafísicas irreflexivas, cabendo-lhe antes zelar pela pluralidade democrática, expressa na noção do justo enquanto aquilo que é “*correto para nós*”. Dessa forma, em face do instigante e reflexivo pensamento político de Hannah Arendt, não há como negar a necessária procedência da ADPF nº 54-8/DF, reconhecendo-se a *justiça* (correção) e da decisão que expressa a possibilidade de realização do aborto de feto anencéfalo no Brasil.

#### **4. Aborto por anencefalia e teoria do discurso a partir da racionalidade comunicativa de Jürgen Habermas**

##### ***4.1. Aborto por anencefalia: entre a razão prática e a racionalidade comunicativa***

Para Habermas, o inacabado projeto da modernidade, enquanto projeto de afirmação da *razão*, deixou, para Habermas, profundas seqüelas que se fazem sentir tanto na esfera política, em sua dimensão estatal, quanto civil (esfera pública). As patologias da colonização do mundo da vida e da dissociação obstaculizaram o desenvolvimento de uma racionalidade comunicativa, esfera primeira de produção de sentido, bem como a superação da razão prática, rompendo-se com o processo de diferenciação das esferas da subjetividade, da objetividade e da intersubjetividade. Nesse contexto, restou obscurecida a função da jurisdição de estabilizar solidariamente, a partir de um conjunto de regras e princípios intersubjetivamente compartilhados, expectativas de comportamento e de legitimar a diversidade de concepções de mundo e de projetos individuais de vida. A esse respeito, a discussão acerca da legitimidade da interrupção da gravidez de feto anencefalo no Brasil, empreendido na ADPF nº 54-8/DF, revela uma importante oportunidade de resgate dessa função pela jurisdição constitucional pátria.

Fundada em premissas comunicativas de ordem performativa e respaldada na idéia de que toda produção de sentido opera-se na esfera da intersubjetividade, a racionalidade comunicativa refuta, consoante observado, o solipsismo de uma razão prática irreflexiva, que, assentada na noção kantiana do *fato da razão humana*, defende a viabilidade da apreensão imediata de sentido por faculdades espirituais humanas, independentemente de uma instância previamente compartilhada de significado. A superação de uma racionalidade prática em prol de uma razão comunicativa implica observar-se que a racionalidade de um discurso não é produto de um ator isolado, mas de uma esfera intersubjetiva produtora de sentido. Nesse contexto, a primazia da intersubjetividade na esfera discursiva de produção de sentido revela-se, no Direito, na indisponibilidade dos princípios e regras jurídicas, que formam um pano de fundo a vincular os julgadores.

Trazendo as ponderações habermasianas para o contexto da discussão acerca da legitimidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo no Brasil, observa-se que perquirições sobre o sentido da vida não devem operar-se solipsisticamente, mediante a utilização de uma racionalidade prática que se pretenda descobridora de verdades evidentes. A esse respeito, a introdução, em um discurso judicial, de uma investigação acerca do sentido da vida, ou, ao menos, do sentido da vida juridicamente tutelável, que não seja intermediada por princípios e normas jurídicas, mostra-se absolutamente inapropriada, violentando as bases de construção de um discurso judicial democraticamente legítimo.

A esse respeito, assinala-se que igualmente a jurisdição constitucional submete-se ao princípio democrático do discurso, segundo o qual “*D: válidas são aquelas normas (e tão-somente aquelas normas) a que todos que por ela possam ver-se afetados possam prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais.*”<sup>68</sup> Nesse sentido, pode-se adaptar tal princípio para a hipótese específica dos discursos judiciais, afirmando-se que “*válidas são aquelas decisões judiciais (e tão-somente aquelas decisões judiciais) a que todos que por ela possam ver-se afetados possam prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais.*” Dessa forma, a versão jurisdicional do princípio do discurso corrobora a exigência de que as decisões judiciais sejam fundadas na *imparcialidade*, pressupondo a solução de

---

<sup>68</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, p. 138.

questões litigiosas a partir de um reconhecimento de princípios e regras jurídicas democraticamente construídas.

Nesse ponto, ressalta-se a oposição colacionada pelos Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso, no sentido de que a ADPF nº 54-8/DF vilipendiaria o princípio da legalidade, a peculiar leitura conferida por Habermas a este princípio. Com efeito, o princípio da legalidade, na teoria do discurso, transcende à formulação positivista, tal como pretendida por aqueles Ministros do STF, a reportar-se à legitimidade das proposições normativas a uma legalidade procedimentalista nos moldes weberianos. Relembre-se, a propósito, a crítica formulada por Habermas contra Max Weber, que, ao assentar a idéia de segurança jurídica numa racionalidade eminentemente formal (procedimento legislativo), fechou-a ao mundo da vida, em que as questões de legalidade são solucionadas a partir de uma perspectiva universalizante.

Nesse sentido, a racionalidade funcional não se mostra, segundo Habermas, suficiente para garantir legitimidade às leis, porquanto esta se auferi a partir da observância dos princípios da igualdade e da liberdade. Nesse sentido, a legitimidade do Direito não advém apenas do respeito ao procedimento legiferante, mas também da observância à dimensão prático-discursiva dos princípios da liberdade e da igualdade. Referida dimensão possui fortes implicações para o exercício da jurisdição, porquanto exige desta que confira aos preceitos legais uma interpretação imparcial e universalizante, consentânea com aqueles princípios democráticos.

A esse respeito, evidencia-se a proximidade entre o princípio da legalidade e o da separação de poderes: o sentido da divisão funcional de poderes retira do *princípio da legalidade* sua razão fundamental de ser, na medida em que a lógica da divisão dos poderes explica-se pelo fato de que a separação funcional assegura, ao mesmo tempo, o primado das normas democraticamente instituídas. Uma tal leitura do princípio da separação dos poderes espelha, portanto, o grande desafio da jurisdição, qual seja: o de assegurar o reatamento retroativo do poder comunicativo expresso na legislação democrática à força executória do poder administrativo. Assim, uma interpretação aos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal que conclua pela permissão da interrupção de gravidez de feto anencéfalo no Brasil não vilipendia o princípio da separação dos poderes, mas antes contribui para a afirmação da dimensão prático-discursiva do princípio da legalidade e do papel da jurisdição constitucional de conferir imparcial proteção aos princípios da liberdade e da igualdade constitutivos do próprio Direito.

A superação de uma concepção positivista do princípio da legalidade e da separação de poderes implica, em Habermas, uma aproximação do Direito a uma *ética discursiva*. Nesse contexto, a legitimidade das decisões judiciais não reside no respeito a um legalismo funcional e positivista, mas sim na observância da estrutura argumentativa que, zelando pela justiça e coerência das decisões, exige dos magistrados a adoção das perspectivas de todos os potenciais participantes do discurso jurídico, salvaguardando os princípios de liberdade e de igualdade ínsitos ao procedimento jurídico democrático.

Compete, portanto, aos magistrados imprimir aos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal uma compreensão que ultrapasse os liames de uma literalidade dogmática e positivista, a afirmar o autêntico papel de sua função, a saber: o de zelar pela estrutura procedimental democrática do próprio Direito, enquanto instância de afirmação da liberdade e da igualdade dos jurisdicionados.

Assim, apenas com o abandono de uma racionalidade prática solipsística e com o reconhecimento de um pano de fundo deontológico, que vincula e confere coerência e sentido à argumentação judicial, ultrapassando-se uma concepção legalista positivista, é que se pode considerar a questão da legitimidade do aborto de feto anencéfalo no Brasil à luz dos princípios que concorrem para a solução da questão, quais sejam: o da proteção à vida, da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e da autonomia da vontade, do direito à saúde e da liberdade de crença.

#### **4.2. O capítulo seguinte**

A questão da legitimidade do discurso judicial empreendido na ADPF nº 54-8/DF mostra-se de singular complexidade por envolver questões de ordem moral, ética, religiosa e jurídica. Nesse sentido, ressalta-se, à luz da teoria do discurso, a postura performativa que deve ser assumida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no discurso acerca da licitude da prática de interrupção da gravidez de feto anencéfalo no Brasil.

A esse respeito, verifica-se que o manuseio pelo Direito de questões éticas e morais não compromete sua operacionalidade particular, na medida em que é regido por princípio específico, a saber: o princípio democrático. Nesse sentido, deve assegurar, no processo de criação de normas, uma participação igualitária de porta-vozes dos mais diversos interesses e concepções de mundo. No exercício da atividade jurisdicional, deve-se, a seu turno, observar o pano de fundo institucionalmente estabelecido pela

positivação de princípios que espelham o zelo pelo caráter plural das sociedades modernas complexas.

Nesse contexto, insere-se a crítica habermasiana à solução comunitarista ao problema da indeterminação do Direito em sede da jurisdição constitucional. A dimensão axiológica conferida pelos comunitaristas aos princípios jurídicos, em detrimento de seu caráter deontológico, compromete o pluralismo democrático, na medida em que pressupõe um *ethos* hipoteticamente compartilhado pela comunidade política e supostamente tutelado pelo Direito.

Trazendo tais ilações para a discussão acerca da legitimidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo no Brasil, um discurso judicial que se volte para a superioridade do direito à vida do feto sobre a dignidade e a autonomia da vontade da mãe, ou vice-versa, subverte a legitimidade da atividade jurisdicional, porquanto dispõe de razões éticas, de que apenas o legislador democrático ou o poder constituinte poderia dispor, vilipendiando-se o caráter deontológico dos princípios jurídicos, posto equiparados a valores agrupáveis em um plexo axiológico fundado em um *ethos* fechado e irreflexivo.

A esse respeito, salienta Habermas a necessidade de se estabelecer uma postura performativa calcada na *tolerância*, mediante a qual temas ética e moralmente controvertidos, como aborto e eutanásia, são discutidos a partir de um respeito mútuo a diferenças éticas: “A tolerância é o preço que pagamos por vivermos em uma comunidade jurídica igualitária, na qual grupos com diferentes *backgrounds* culturais e éticos devem conviver uns com os outros.”<sup>69</sup> Nesse contexto, cumpre ao Direito viabilizar a convivência de concepções de mundo e projetos de vida os mais diversos: “Um tal direito eticamente ‘abstrato’ fornece o padrão para regulamentações que, em virtude de poderem ser aceitas por todos pelas mesmas razões em vista da finalidade da coexistência, poupam os cidadãos de compromissos essencialmente mais dolorosos e arriscados para a integridade em irreconciliáveis conflitos de valor.”<sup>70</sup>

Sob o prisma da teoria do discurso, a perspectiva performativa a ser adotada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal deve pautar-se na perquirição acerca do significado e dos limites dos princípios envolvidos na questão, a saber: aos princípios de proteção à vida, da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e da

---

<sup>69</sup> HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law, p. 17.

<sup>70</sup> HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law, p. 17.

autonomia da vontade, do direito à saúde e da liberdade de crença. Nesse sentido, enquanto participantes de um discurso público, “deve(m) abandonar a questão ética acerca de qual regulamentação é respectivamente a ‘melhor para nós’ do ‘nosso’ ponto de vista. Eles devem, ao contrário, assumir o ponto de vista moral e examinar cada regulação proposta buscando qual é a ‘igualmente boa para todos’ à vista da pretensão precedente a um igual direito de coexistência.”<sup>71</sup>

Nesse contexto, o pano de fundo normativo formado pela inquestionada constitucionalidade dos arts. 24, 124, 126 e 128 do Código Penal, bem como do art. 3º da Lei nº 9.437/97 mostra-se importante fonte de perquirição acerca da dimensão de proteção de tais princípios no ordenamento pátrio, delineando a linha discursiva dos Direitos Humanos no Brasil. Exsurge, assim, a idéia da *responsabilidade política dos juízes*, na medida em que devem ser, em geral, coerentes com decisões tomadas no passado. Tal noção é definida nos seguintes termos:

*“As decisões judiciais são decisões políticas, ao menos no sentido amplo que interessa à doutrina da responsabilidade política. Se a tese dos direitos é válida, a distinção que acabamos de estabelecer explicaria, de maneira muito geral pelo menos, a preocupação especial que mostram os juízes tanto nos precedentes, quanto nos exemplos hipotéticos. Um argumento de princípio pode servir de justificação para uma decisão determinada, amparada na doutrina da responsabilidade, apenas se se pode demonstrar que o princípio citado é coerente com decisões anteriores que não hajam sido modificadas e com decisões que a instituição está disposta a tomar nas circunstâncias hipotéticas. Não é muito surpreendente que assim seja, mas o argumento não seria válido se os juízes baseassem suas decisões em argumentos políticos. Então teriam a liberdade de dizer que uma política poderia estar bem servida em apenas servi-la no caso que julga (...), de modo que não teria de entender que as decisões anteriores nem as hipotéticas decisões futuras estejam a serviço da mesma política.”*<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law, p. 17.

<sup>72</sup> DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1995, p. 153.

A distinção realizada por Ronald Dworkin entre *argumentos políticos* e *argumentos de princípios* mostra-se, nesse ponto, bastante relevante. Nesse sentido, os argumentos de princípio propõem-se a estabelecer direitos individuais, ao passo que os argumentos políticos traçam objetivos coletivos. Subjaz a tal distinção a justificação de transferir-se a função de controle abstrato de constitucionalidade a Cortes Constitucionais, retirando-a do Parlamento, na medida em que envolve, em geral, um discurso acerca de Direitos Fundamentais, não se confundindo com o estabelecimento de bens e metas coletivas estritamente políticas. O discurso público empreendido a partir de tais princípios estabelecem o que Dworkin chamou de uma *moralidade política*, a vincular os magistrados, distinta tanto de uma moralidade pessoal, quanto de uma moral grupal, ou mesmo de uma moralidade compartilhada por uma maioria.

Nesse contexto, embora Habermas afirme constituir o chamado controle abstrato de normas uma atividade essencialmente legislativa, reconhece a anterioridade do discurso dos Direitos Fundamentais à própria legislação, razão pela qual não pode submeter-se a objetivos políticos, mesmo que traçados por uma maioria, ressaltando-se, portanto, a função contramajoritária da jurisdição constitucional. Aqui, aflora, portanto, a distinção entre a noção de integridade na atividade legislativa e na jurisdição constitucional: “Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido.”<sup>73</sup>

Nesse ponto, a retomada por Habermas da noção dworkiana de *integridade* em sua dimensão jurisdicional não se afigura vã. Nesse sentido, ante os chamados “casos difíceis” (*hard cases*), em que se verifica, preliminarmente, a possibilidade de incidência de mais de um princípio a ensejar decisões conflitantes, defende-se a aplicabilidade de apenas um desses princípios, e que conduziria a uma única decisão correta. Nesse contexto, a noção de integridade assume um papel fundamental, na medida em que possibilita a tomada de decisões dentro de um sistema de justiça não fundado em concessões: “um princípio de justiça não é deixado de lado nem limitado por outro de alguma maneira que expresse uma hierarquização dos dois”<sup>74</sup>.

A integridade, que constitui um terceiro ideal do Direito, juntamente com a justiça e com a observância às regras do jogo (*righteousness*), fundamenta-se na noção

---

<sup>73</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 213.

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 213.

de solidariedade, assenta-se numa moralidade política historicamente construída por uma comunidade vista como “agente moral distinto”. A fim de explicitar o sentido de “integridade do direito”, Dworkin, consoante outrora observado, recorre à figura metafórica de um romance desenvolvido em cadeia: o juiz seria comparável a um romancista que escreve um capítulo de um livro a partir de capítulos pré-existentes. Nesse sentido, a figura do livro reporta-se ao ordenamento jurídico, enquanto os capítulos pré-existentes constituir-se-iam normas integrantes do ordenamento (leis, precedentes judiciais etc.). Assim, na condição de romancista que dá continuidade à obra literária, compete ao juiz elaborar uma interpretação fluida e coerente com o texto considerado como um todo, ou seja, com o ordenamento e com a jurisprudência, de tal sorte que sua decisão possua “um poder explicativo geral”, sendo “mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto, uma trama secundária tratada como se tivesse grande importância dramática, ou uma metáfora dominante ou recorrente”<sup>75</sup>.

Nesse sentido, deve-se empreender a descoberta dos princípios efetivamente incidentes, ou seja, aqueles que não conduzem a decisões conflitantes a partir de elementos normativos de decisões passadas, de tal forma a construir globalmente um discurso *coerente e justo*. Nesse ponto, surge o desafio da reconstrução democrática de uma identidade constitucional aberta e plural, considerando-se tanto normas e decisões judiciais passadas, quanto a presença de um auditório ideal de cuja aprovação a decisão final não poderá prescindir. Nesse sentido, a legitimidade da decisão é auferida tanto a partir da coerência com o tratamento de casos análogos, quanto segundo a concordância com o sistema de regras em vigor e que se funde concretamente em uma racionalidade comunicativa, de sorte que seja aceita pelos membros jurídicos como decisões racionais.

Dessa forma, a concorrência de alguns princípios hipoteticamente aplicáveis à discussão acerca da interrupção de gravidez por anencefalia fetal no Direito brasileiro é aparente, devendo, portanto, ser solucionada a partir da averiguação da *incidência* de tal ou qual princípio, ao invés de outro tido *prima facie* por concorrente no caso em exame, deixando-se de levar em conta uma hipotética superioridade de um princípio sobre outro. Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal deve rejeitar uma postura comunitarista de afirmação da preponderância de um princípio constitucional sobre

---

<sup>75</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 277.

outro, no que golpeia violentamente a pedra angular do Estado Democrático de Direito, que se expressa na idéia de indisponibilidade do Direito.

Assim, deve-se realizar uma abordagem do tema de interrupção de gravidez de feto anencéfalo sob uma perspectiva diferenciada da jurisprudência comunitarista do Supremo Tribunal Federal, substituindo-se o usual - e irracional! - modelo de *hierarquização de valores* pela noção fluida de *integridade*, único caminho para se alcançar uma decisão coerente e racionalmente aceitável, a zelar pela indisponibilidade do Direito.

Nessa perspectiva, indaga-se: qual princípio seria aplicável ao caso considerado? Ou, em outras palavras, qual é a moralidade política subjacente ao tema de interrupção de gravidez de feto anencéfalo no Brasil? Ou, ainda em outros termos, qual seria a decisão coerente com o ordenamento jurídico e racionalmente aceitável?

Consoante outrora observado, a discussão pode ser realizada na esfera da tipicidade ou no âmbito da antijuridicidade da conduta em exame. Quanto à tipicidade, deve-se atentar para o fato de que o Supremo Tribunal Federal não admite o chamado “aborto eugênico”, ou seja, a interrupção da gravidez de feto portador de doença grave. Indaga-se: abrangeria tal situação a noção de anencefalia? A resposta afigura-se negativa, na medida em que a morte humana ocorre, no direito brasileiro, com a morte encefálica, consoante estabelece o mencionado art. 3º da Lei nº 9.437/97: “A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”. A partir daí, constata-se, por razões principiológicas, que o Direito brasileiro não tutela o “ciclo de vida” do feto anencéfalo, na mesma medida em que não tutela o “ciclo de vida” do indivíduo que possui um cérebro morto, cujas funções vitais permanecem, por algumas horas, em funcionamento.

A esse respeito, observa-se que a discussão jurídica acerca da tutela da vida deve afluir antes de um acordo político do que da reificação de uma crença específica sobre o sentido e o começo da vida. Nesse sentido, seguindo a *liberdade de crença*, expressamente afirmada no art. 5º, inc. VI, da Carta Constitucional, o Estado, por ser laico, não pode impor uma concepção do sagrado a todas as pessoas, mesmo que tal concepção encontre respaldo na opinião da maioria. Ao discutir o tema do aborto e da eutanásia à luz do sistema jurídico norte-americano, observa Dworkin que convicções

objetivas sobre porque e como a vida tem importância intrínseca são questões religiosas: “a crença em que o valor da vida humana transcende seu valor para a criatura de cuja vida se trata – que a vida humana é impessoal e objetivamente valiosa – é uma crença religiosa mesmo quando defendida por pessoas que não acreditam em Deus.”<sup>76</sup>

Nesse ponto, exsurge o papel contramajoritário da jurisdição constitucional: “Nesse caso, em uma sociedade pluralista constitucionalmente organizada, uma tal questão eticamente controversa não pode ser regulada sob a descrição eticamente permeada de uma autocompreensão que, da perspectiva do universo de companheiros cidadãos, é apenas uma das muitas auto-interpretações coletivas (ainda que seja a cultura majoritária). É necessário, ao contrário, buscar uma regulação neutra que, no nível mais abstrato do igual direito de coexistência das comunidades distintamente integradas eticamente, possa encontrar o reconhecimento racionalmente fundado de todas as partes do conflito.”<sup>77</sup>

Assim, entre tantas divergências éticas e religiosas sobre o sentido da vida, cumpre ao Direito, e conseqüentemente à jurisdição constitucional, viabilizar o *dissenso*, eximindo-se de dizer o “bom” ou o “verdadeiro” sobre a vida, estabelecendo antes o *correto* (justo) a seu respeito, entendendo-se como tal o estabelecimento de uma noção de vida juridicamente tutelável que possibilite a afirmação, na esfera privada, de diferentes concepções de mundo e de projetos individuais.

A esse respeito, evidencia-se que a definição jurídica de morte traçada no art. 3º da Lei 9.437/97 (“Art. 3º. A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”), amplamente aceita e não contestada pela jurisprudência pátria, revela a atipicidade da conduta de interrupção de gravidez de feto anencéfalo, não constituindo aborto para fins do Direito Penal.

Outrossim, no que se refere à questão da antijuridicidade da conduta, o nosso Código Penal estabelece, em seu art. 128, duas causas excludentes de antijuridicidade do aborto, quais sejam: a hipótese de aborto necessário, também denominado

---

<sup>76</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 218.

<sup>77</sup> HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law, p. 12.

terapêutico, situação em que a vida da mãe corre perigo; bem como a do aborto sentimental, no caso de gravidez resultante de estupro. Por oportuno, registre-se a impossibilidade de antever-se, em 1940, casos de anencefalia no período de gestação, razão pela qual o problema não foi posto àquela época.

Ressalte-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento no sentido de excluir a ilicitude da conduta de abortamento no caso de gravidez resultante de *atentado violento ao pudor*, sob o argumento de que haveria a mesma *ratio* da exclusão de antijuridicidade constante do art. 128, inciso II, do CP, a saber: gravidez resultante de crime praticado com violência contra a liberdade sexual da mulher.

As previsões penais que autorizam os abortos sentimental e terapêutico são reputadas *constitucionais* pela doutrina (esmagadora maioria) e pela jurisprudência brasileiras. A sensibilidade do sistema à situação estendeu-se, consoante observado, à permissão do aborto sentimental no caso de gravidez resultante de atentado violento ao pudor. Em situações como tais - hipóteses em que a saúde física ou psíquica da mãe vê-se *seriamente* ameaçada por gestação *brutalmente anormal* -, compreende-se que a vida do feto não seja juridicamente tutelável, incidindo-se, na hipótese, o *princípio da dignidade da pessoa humana*, aos quais se seguem, por mostrarem-se, na espécie, correlatos, os princípios da liberdade e da autonomia da vontade, do direito à saúde e da liberdade de crença, facultando-se à gestante a interrupção ou continuação da gravidez.

Dessa forma, uma Corte Constitucional que afirme uma visão monolítica, metafísica e reificada da questão não exerce uma atividade jurisdicional de bases democráticas, incorporando antes um discurso materialmente religioso no seio da jurisdição constitucional. Deve-se, portanto, empreender, no discurso judicial que decidirá sobre a licitude da interrupção da gravidez de feto anencéfalo no Direito brasileiro, um abandono de concepções objetivantes acerca do conceito de vida e de uma imperiosa e absoluta exigência de sua tutela institucional.

A questão deve ser decidida de acordo com o discurso jurídico subjacente a princípios públicos intersubjetivamente compartilhados. Nesse sentido, os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da autonomia da vontade, do direito à saúde e de liberdade de crença, bem como as disposições do art. 14, 126 e 128 do Código Penal, e o art. 3º da Lei nº 9.437/97, mostram-se relevantes para a construção do “capítulo” seguinte do “romance” até aqui escrito no Direito pátrio em matéria de aborto. Assim, a ADPF 54-8/DF adicionará mais um “capítulo” à “obra”, devendo-se

indagar o teor que deve assumir este “capítulo”, a fim de que resulte numa elaboração jurídica coerente com os capítulos precedentes.

A definição jurídica de morte a partir da paralisia irreversível das funções cerebrais, tal como preconizada pela Lei nº 9.437/97, bem como a autorização genérica constante no art. 24 do Código Penal, segundo a qual é lícito, ante uma situação de perigo não causada pelo agente, que este sacrifique bem jurídico alheio em favor de bem jurídico próprio, convergem para a irrepreensibilidade de interrupção de gravidez de feto anencéfalo no Brasil, reconhecendo-se a atipicidade de tal conduta. Outrossim, o entendimento sufragado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de excluir a ilicitude da conduta de abortamento no caso de gravidez resultante de *atentado violento ao pudor*, corrobora o argumento de que, no presente caso em exame, seria igualmente possível conferir-se uma analogia *in bonam partem* ao art. 128, inciso II, do CP, para reconhecer-se a incidência, na hipótese, de uma excludente de ilicitude.

Assim, por razões de coerência e de aceitabilidade racional, observamos que o próximo capítulo deverá ser favorável ao aborto de feto anencéfalo, entendendo-se pela não incidência dos arts. 124 e 126 do Código Penal na hipótese. Com efeito, como a integridade diz respeito a princípios, verifica-se incidir, em consonância com as decisões legislativas e pretorianas supramencionadas, o *princípio da dignidade da pessoa humana*, e seus correlatos princípios da liberdade e da autonomia da vontade, do direito à saúde e de liberdade de crença. Tais considerações expressam a *moralidade política* que perfaz o sistema, a ser refletida, e não distorcida ou manipulada, por nossa Corte Constitucional.

A esse respeito, o exercício democrático da jurisdição constitucional pressupõe uma diferenciação entre questões éticas e morais, com a subordinação de critérios éticos de “vida boa” à temática moral da justiça. Operada em um nível pós-convencional, a diferenciação entre questões de ordem ética e moral ocorre quando da aceitação da diversidade de valores e opiniões. Nesse contexto, uma análise democraticamente legítima da licitude do aborto de feto anencéfalo no Brasil exige a adoção de uma postura performativa pós-convencional, a partir da qual se abdica de uma compreensão individualmente fundada, considerando-se um universo de princípios universais a zelarem pela pluralidade de concepções de mundo e projetos individuais.

Nesse contexto, afigura-se correto a observância de princípios universais, independentemente de estarem de acordo com posturas individuais, mesmo as majoritárias, respeitando-se a individualidade de cada pessoa. Aqui, os seres humanos

são considerados fins em si mesmos, tornando-se a proteção da dignidade humana a premissa moral básica, que assume a forma de um *princípio moral de justiça*.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 54-8/DF, deve assumir uma postura performativa democraticamente fundada, não dispondo de razões éticas no exercício de sua atividade jurisdicional. Nesse sentido, considerando-se os princípios de nosso ordenamento jurídico, tal como entendidos por uma comunidade política plural e consolidados numa moralidade pública intersubjetivamente construída, impende-lhe reconhecer a licitude do aborto de feto anencéfalo no Brasil, julgando procedente referida ação.

## CONCLUSÃO

Embora assumam posturas metodológicas e enfoques distintos, Hannah Arendt e Jürgen Habermas desenvolvem concepções jurídico-políticas regidas por um mesmo espírito, qual seja: o da *pluralidade* (para utilizar-se expressão arendtiana) correlato à noção habermasiana de *intersubjetividade*. Em torno de tais concepções, gravitam as idéias de ação, discurso e esfera pública, a partir das quais se exploram uma ética da solidariedade e uma ética da tolerância, cruciais para o desenvolvimento legítimo do discurso judicial na ADPF nº 54-8/DF.

Partindo da concepção kantiana de “mente ampliada”, Arendt lança os contornos de uma teoria do julgamento baseada no conceito de imparcialidade. Esta noção transcende, em sua obra, uma mera afirmação de equidistância do julgador dos elementos e interesses envolvidos no tema em discussão. A imparcialidade em Hannah Arendt reporta-se, antes, a uma abdicção de concepções pessoais em prol de instâncias significativas intersubjetivamente construídas, decorrentes da inserção em um mundo comum.

A esse respeito, Arendt defende o desenvolvimento de um discurso público fundado da noção de pluralidade, ressaltando a extensão pragmática de um mundo intersubjetivamente constituído. A premissa de cunho ético-performativo segundo a qual as decisões tomadas neste mundo não devem pautar-se pela articulação de absolutos, sendo antes fruto de um juízo imparcial, que considera instâncias significativas pluralística e intersubjetivamente estabelecidas, presta-se a orientar uma análise legítima da questão jurídica da interrupção de gravidez de feto anencéfalo. A autora contribui, assim, para a diferenciação entre Direito, ética e moral, essencial ao deslinde da questão, na medida em que associa à esfera pública a possibilidade de aparição do *novo* desarticulado de um *ethos* aristotélico baseado na noção de *vida boa*. Distingue, ademais, uma *moralidade privada* de uma *moralidade pública*, a partir do que se pode considerar as fontes discursivas de ordem legislativa e judicial que subjazem ao discurso dos Direitos Fundamentais, mais precisamente ao significado dos princípios de proteção à vida e da dignidade da pessoa humana articulado numa esfera pública, como instâncias significativas relevantes.

Nesse sentido, considerando-se especificamente o julgamento da licitude da interrupção de gravidez de feto anencéfalo debatida na ADPF nº 54-8/DF, espera-se dos magistrados de nosso Supremo Tribunal Federal que se desvencilhem de suas concepções pessoais sobre o início da vida, adotando uma postura performativa de investigação reconstrutiva do sentido de *vida juridicamente tutelável*, tal como afirmado por preceitos dogmáticos integrantes do ordenamento jurídico. Impõe-se, nesse sentido, a construção de um discurso de Direitos Fundamentais fundado na coerência e na aceitabilidade racional, no rastro da racionalidade comunicativa habermasiana aplicada à jurisdição constitucional.

A seu turno, Jürgen Habermas realiza explicitamente uma diferenciação entre Moral, Ética e Direito, ao dialogar com Ronald Dworkin acerca do caráter deontológico dos princípios jurídicos, opondo-se à tradição comunitarista, o que se mostra de crucial importância para a preservação da indisponibilidade do Direito e para o desenvolvimento de um discurso jurisdicional legítimo regido pela lógica da *aplicação*.

No contexto específico da ADPF nº 54-8/DF, não se trata de estabelecer o princípio de maior valor incidente na discussão (se o da proteção à vida, ou o da dignidade da pessoa humana), atribuindo-se ao Direito o papel de determinar um padrão ético universal. Antes, a diferenciação do discurso jurisdicional de instâncias éticas, morais e religiosas, bem como a distinção dos ideais de justiça e de bondade exige do magistrado, na condição de operador do Direito, que se utilize de argumentos de princípios, incidindo sobre ele uma responsabilidade jurisdicional específica, qual seja: a vinculação, em torno da noção de coerência e de aceitabilidade racional, a decisões legislativas e judiciais passadas. Nesse sentido, desconsiderar a inquestionada constitucionalidade dos arts. 24 e 128 do Código Penal, bem como o conceito de vida juridicamente tutelável traçado pelo art. 3º da Lei nº 9.437/97 e o discurso de Direitos Fundamentais subjacente a tais dispositivos, implica dispor do Direito em prol de concepções acerca da vida e da dignidade da pessoa humana intersubjetivamente infundadas.

Assim, posturas inflamadas que “coisificam” ou “humanizam” o feto anencéfalo não têm articulação pública, na medida em que não se fundam num juízo imparcial, no sentido arendtiano, acerca de vida juridicamente tutelável. A ética da tolerância e da construção coerente de discursos públicos, que deve animar a jurisdição,

mostra-se incompatível com tais argumentações fundadas em visões de mundo de base metafísica.

Nesse contexto, as polêmicas discussões acerca do início da vida não podem obscurecer o papel do Estado Democrático de Direito de zelar pela pluralidade de concepções de mundo e de projetos individuais, bem como pela indisponibilidade de princípios e normas jurídicas intersubjetivamente constituídas. Nesse sentido, impende reconhecer o Direito da gestante de optar pela interrupção ou continuação da gravidez de feto anencéfalo, devendo, portanto, ser julgada procedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF.

Nesse ponto, verifica-se que a reconstrução do ordenamento jurídico brasileiro, a partir das contribuições arendtiana e habermasiana, conduz à descaracterização da conduta de interrupção de gravidez de feto anencéfalo no Brasil como crime, na medida em que o reconhecimento da possibilidade jurídica da antecipação terapêutica do parto em decorrência de anencefalia fetal coaduna-se com o discurso dos Direitos Fundamentais desenvolvido na legislação e jurisprudência pátrias.

Tais ilações expressam a complementaridade das contribuições arendtiana e habermasiana ao tema, na medida em que, embora adotem enfoques diferenciados (um retrospectivo e outro prospectivo), analisam as noções de ação, discurso e esfera pública, a partir de noções correlatas de pluralidade e de intersubjetividade, convergindo ambos ao combate de uma prática discursiva comunitarista num espaço público. Assim, embora referidas abordagens distanciem-se paradigmática e metodologicamente, inexistente uma radical contraposição entre ambas, dada a dimensão *intersubjetiva* e *inclusiva* do mundo, a inspirar ambos os autores.

Nesse contexto, evidencia-se que a discussão acerca da licitude da interrupção de gravidez de feto anencéfalo no Brasil transcende à simples questão do ser contra ou a favor do aborto, tratando-se de uma questão de diferenciação do Direito de instâncias morais e éticas. Nesse sentido, faz-se mister, no discurso empreendido na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF, superar-se a prática comunitarista do Supremo Tribunal Federal, pautada na equiparação dos Direitos Fundamentais a valores ponderáveis e hierarquizáveis. Dessa forma, mostra-se imperiosa a refutação de argumentos irreflexivos tais como os colacionados no parecer do então Procurador-Geral da República, que se fundam na superioridade de uma vida de sentido metafísico. Outrossim, a simples afirmação, *in casu*, da primazia da dignidade da pessoa humana sobre a vida pautada na noção de ponderação de valores

afigura-se insuficiente para a condução de um discurso judicial legítimo, fazendo-se mister reconstruir-se pluralística, normativa e reflexivamente uma identidade constitucional diferenciada de identidades individuais, fundadas que são em uma racionalidade monolítica e não intersubjetiva.

Por tais razões, deve-se julgar procedente a ADPF nº 54-8/DF, interpretando-se os arts. 124, 126 e 128 do Código Penal Brasileiro em conformidade com o discurso dos Direitos Fundamentais subjacente a decisões judiciais e legislativas integrantes do ordenamento jurídico pátrio, a partir do que impende reconhecer a licitude da interrupção da gravidez de feto anencéfalo no Brasil.

## BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce. **We the people foundations**. Cambridge: Harvard University, 1991.
- ADEODATO, João Maurício. A “Concretização Constitucional” de Friedrich Müller. In: \_\_\_\_\_. **Ética e Retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. Inautenticidade do Pensamento Dogmático na Ciência do Direito Contemporânea. Recife. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Pernambuco**. n. 27/28, pp. 129-150.
- \_\_\_\_\_. Legitimidade e Axiologia. **Revista Brasileira de Filosofia**. a. 34, n. 137, São Paulo, jan./mar., 1984, pp. 75-83.
- \_\_\_\_\_. A Legitimação pelo Procedimento Juridicamente Organizado. (notas à Teoria de Niklas Luhmann). **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**. a. 22, n. 6, Caruaru, 1985, pp. 67.-92.
- \_\_\_\_\_. **O Problema da Legitimidade – No rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARANTES, Rogério Bastos. “*Jurisdição política constitucional*”. In: SADEK, Maria Tereza (org.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Between Past and Future - Eight Exercises in Political Thought**. New York: The Viking Press, 1968. 306 p.
- \_\_\_\_\_. **Crises of the Republic**. New York-London, Ed. Harvest-HJB, 1972. 240 p.
- Compréhension et Politique. Trad. Magali Brenas, Jacques Bureau e André Énégren. **Esprit**. Paris, (42): 66, juin 1980.
- \_\_\_\_\_. Charlie Chaplin: le Suspect., Trad. Jean-Louis Schlegel. **Esprit**, Paris, (42): 89-91, juin 1980.
- \_\_\_\_\_. **Eichmann in Jerusalem**. New York, The Viking Press, 1963. 312 p.

- \_\_\_\_\_. *La désobéissance civile*. In: **Du mensonge à la violence. Essais de politique contemporaine**. Paris: Calmann-Lévy, 1972.
- \_\_\_\_\_. **Lectures on Kant's political Philosophy**. Edited and with an interpretive essay, by Ronald Beiner. Chicago-London: Ed. The University of Chicago, 1982. 77 p.
- \_\_\_\_\_. *Le grand Jeu du Monde*. Trad. Michelle Irène-Brudny. **Esprit**, Paris, (7/8): 21-2. juillet/aôut 1982.
- \_\_\_\_\_. **Men in Dark Times**. New York-London, Ed. Harvest-HJB, 1968. 272 p.
- \_\_\_\_\_. **On Revolution**. New York: The Viking Press, 1963, 350 p.
- \_\_\_\_\_. **O que é a política?** Trad. Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, 240 p.
- \_\_\_\_\_. **Origens do Totalitarismo – anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Para a Reconstrução do Materialismo Histórico**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1983.
- \_\_\_\_\_. **Rahel Varnhagen - The Life of a Jewess**, authorized translation by Richard and Clara Winston. London, East and Western Library, 1957. 191 p.
- \_\_\_\_\_. **Responsabilidade e julgamento**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, p. 2004.
- \_\_\_\_\_. *Seule Demeure Ia Langue Matemelle*. Trad. Sylvie Courline Denamy. **Esprit**, Paris, (42): 19-38, juin 1980.
- \_\_\_\_\_. **The Origins of Totalitarianism (Anti-Semitism, Imperialism, Totalitarianism)**. New York-London, Ed. Harvest-HJB, 1951. 527 p.
- \_\_\_\_\_. **The Jew as Pariah - Jewish Identity and politics in the Modern Age**, edited and with an introduction by Ron Feldman. New York, Grove Press. 1978. 288 p.
- \_\_\_\_\_. **The Life of the Mind (Thinking - Willing)**. New York-London: Ed. Harvest-HJB, 1978. 2 v. (3. ed., one volume edition, 1981).
- ARISTÓTELES. **Política**. 3.ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora UnB, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Ética a Nicômaco**. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora UnB, 1997.
- AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia. Ensaio em teoria habermasiana e teoria democrática**. São Paulo: Perspectiva, 1996.

- BACHOF, Otto. **Jueces y constitución**. Trad. Cano Rodrigo Bercovitz Rodríguez. Madrid: Civitas, 1985.
- BAKER, Keith M. "*The Idea of a Declaration of Rights*". In: **The French Idea of Freedom**. Standford, CA: Standford University Press, 1992.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BEHRMAN, Richard E.; KLIEGMAN, Robert M.; JENSON, Hal B. **Nelson - Tratado de Pediatria**. São Paulo: Ed. Guanabara Koogan, 2002.
- BEINER, Ronald. **Hannah Arendt on Judging - Interpretive Essay on Hannah Arendt's Lectures on Kant's Political Philosophy**. Chicago, Ed. The University of Chicago, 1982.
- BENHABIB, Seyla. **Critique, Norm and Utopia**. New York: Columbia University Press, 1986.
- BERNSTEIN, Richard. Rethinking the social and the political. In: **Philosophical profiles**. Cambridge: Polity Press, 1986.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Recht, Freiheit und Staat**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRAGUE, Rémi. La phénoménologie comme voie d'accès au monde grec. Note sur la critique de la Vorhandelheit comme modèle ontologique dans la lecture heideggérienne d'Aristote. In: **Phénoménologie et métaphysique**. Paris: PUF.
- BRUDNY, Michelle-Irene. The Life of the Mind. **Esprit**, Paris, (42): 92-97, juin, 1980.
- CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. **La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria**. Madrid: Marcial Pons, 1990.
- CANOVAN, Margaret. **The Political Thought of Hannah Arendt**. New York-London, Ed. Harvest-HJB, 1974.
- CAROUX, Jacques. Quel Monde pour l'Homme de Massa?. **Esprit**, Paris, (42): 80-87, juin 1980.
- CHAMON Jr., Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade**. Rio de Janeiro:

Lúmen Juris, 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

CORTINA, Adela. La ética discursiva. In: CAMPS, Victoria. **Historia de la ética: la ética contemporânea**. v. 3. Barcelona: Ed. Crítica/Filosofia, 2000.

COSSIO, Carlos. **La Opinión Pública**. 4. ed. Buenos Aires  
Ed. Paldos, 1973.

COURTINE-DÉNAMY, Sylvie. **Hannah Arendt**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas e o Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2006.

CUNHA, Rosa Maria C. da. **O caráter retórico do Princípio da Legalidade**. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1979.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Roberto Júnior; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Renovar, 2002, pp. 270-271. Cf. JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. **The Political Philosophy of Hannah Arendt**. London: Routledge, 1994.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Comentário conimbricense do Código Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do Direito: aproximação à metodologia discursiva do Direito**. 2. ed. Ver. São Paulo: Landy Editora, 2004.

DUTRA, Delamar José Volpano. Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: Florianópolis Editora UFSC, 2005.

\_\_\_\_\_. Da revisão do conceito discursivo de verdade em Verdade e Justificação.

Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/ethic@/ethic22re.pdf>> Acesso em : 26 de junho 2006.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Los Derechos en serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1995.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EDELMAN, Murro.y. **Political Language**. New York, New York Press, 1977.

ELY, John. H. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Mass, 1980.

ENEGRÉN, André. L'Esprit au 'Coeur du Tempa' - Itinéraire à travers 'La Pensée' de Hannah Arendt. **Esprit**, Paris, (7/8): 30-40, juillet/aôut 1982.

\_\_\_\_\_. **La pensée Politique de Hannah Arendt**. Paris : Presse Universitaires de France, 1984.

\_\_\_\_\_. Révolution et Fondation. **Esprit**, Paris (42): 46-65, jui, 1980.

ESLIN, Jean-Claude. L'Événement de Penser. **Esprit**, Paris, (42): '1-18, juin, 1980.

\_\_\_\_\_. Une Amitié, Hannah Arendt et Mary McCarthy. **Esprit**, Paris, (42): 39-40, juin 1980.

FARIA, José Eduardo. **Retórica Política e Ideologia Democrática - A Legitimação do Discurso Jurídico Liberal**. São Paulo, tese, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica - Crise do Direito e Praxis Política**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984.

FERRAZ Jr., Tércio. **Direito, Retórica e Comunicação**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1973.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica – Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. **Função social da Dogmática Jurídica**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. **A Ciência do Direito**. São Paulo, Ed. Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. A Vida da Mente - Um Tema Fascinante. **Jornal da Tarde**, São Paulo, 21 out. 1978.

- FERRY, Jean-Marc, Habermas Critique de Hannah Arendt'. **Esprit**, Paris, (42): 109-124, juin 1980.
- FRASER, Nancy. Toward a Discourse Ethic of Solidarity. In: **Praxis International**, v. 5, n. 4, jan. 1986.
- FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.
- GAUS, Günter. Seule Demeure da Langue Maternelle – Entretien avec Hannah Arendt. **Esprit**, n. 42, Paris, juin 1980, pp. 19-38.
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte : Mandamentos, 2002.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Trad. Carlos del Castillo. Madrid. Ed. Réus.
- HABERMAS, Jürgen. **Aclaraciones a la ética del discurso**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- \_\_\_\_\_. **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- \_\_\_\_\_. **El futuro de la naturaleza humana: hacia una eugenesia liberal?** Trad. R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2002, p. 14.
- \_\_\_\_\_. **Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. . O conceito de poder de Hannah Arendt. In: FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo (org.). **Habermas - Coleção Grandes Cientistas Sociais**. n. 15. São Paulo:

Editora Ática, 1993.

\_\_\_\_\_. **Pensamento pós-metafísico: Estudos filosóficos.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

\_\_\_\_\_. Recht und Moral. In: **Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.** 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992.

\_\_\_\_\_. Reply to symposium participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law. In: **Cardozo Law Review.** v. 17, março/1996.

\_\_\_\_\_. **Teoria de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social.** v. I. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria de la acción comunicativa: Crítica de la razón funcionalista.** v. II. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria de la acción comunicativa : complementos y estudios previos.** Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Cátedra, 1994.

\_\_\_\_\_. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos.** Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. **Vorstudien und Ergänzungen für Theorie des kommunikativen Handels.** Frankfurt/M., Suhrkamp Verlag, 1986.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

HUNT, Lynn. The Revolutionary Origins of Human Rights. In: **The French Revolution and Human Rights: A Documentary History.** New York: Bedford Books, 1996.

KATEB, George. **Hannah Arendt: Politics, Conscience, Evil.** Oxford: Martin Robertson, 1984.

KANT, Immanuel. **Critique of Judgement,** Trad. J. H. Bernard. Dover: Philosophical Classics, 2005.

\_\_\_\_\_. **Critique of Pure Reason.** Trad. J. M. D. Meiklejohn. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/Home3/Book.php?recordID=0330>. Acesso em: 26 de março de 2006.

\_\_\_\_\_. **Perpetual Peace.** In: \_\_\_\_\_. **Kant's Principles of Politics.** Trad. W. Hastie, B.D. Edinburgh: T. & T. Clark, 1891.

- KOMMERS, Donald P. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 2. ed. Durham and London: Duke University, 1997.
- KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. Une Loi qui vaille pour l'Humanité. **Esprit**, Paris, (42): 41-45, juln, 1980.
- HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**. São Paulo: Centauro, 2003.
- LAFER, Celso. **Hannah Arendt - Pensamento, Persuasão e poder**. Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1979.
- \_\_\_\_\_. Hannah Arendt - Vida e Obra. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, 32 (128): 352-368, nov./dez 1982.
- LEBRUN, Gérard. A Liberdade segundo Hannah Arendt. **Passéios ao Léu**, São Paulo, Ed. Brasiliene, 1983, pp.52-59.
- \_\_\_\_\_. **O que é poder?**. Trad. Renato e Silva Ribeiro, São Paulo: Ed. Brasiliense, 1984.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora UnB, 1980.
- \_\_\_\_\_. Sociologia do direito I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- \_\_\_\_\_. Sociologia do direito II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- PARAKH, Bhikhu. **Hannah Arendt and the Search for a New Political Philosophy**. Hong Kong, Humanities Press, 1981.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: controle de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Moreira Alves e controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
- MICHELMAN, Frank I. Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights. In: **Florida Law Review**. v. 41, 1989.
- \_\_\_\_\_. Justification and the Justifiability of Law in a contradictory World. V. XVIII. In: **Nomos**, 1986.
- MÍLOVIC, Miroslav. **Comunidade da diferença**. Ijuí: Unijuí, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Filosofia da Comunicação – Para uma crítica da Modernidade**. Brasília: Plano

Editora, 2002

MONGIN, Olivier. **Penser ce que nous faisons**. *Esprit*, Paris, (42): 3-6, juin, 1980.

\_\_\_\_\_. Du Politique à l'Ésthétique. *Esprit*. Paris, (42): 98-108, juin, 1980.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 2ª ed., Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002.

MORGENTHAU, Hans. Hannah Arendt - Totalitarismo e Democracia. **Política**, Brasília, abr.juin. 1978.

MOREAULT, Francis. Citoyenneté et représentation dans la pensée politique de Hannah Arendt. **Sociologie et sociétés**, v. XXXI, n. 2, automne 1999. Disponível em: <<http://www.Erudit.org/revue/socsoc/1999/v31/n2/001511ar.html>>. Acesso em: 2 fev. 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? (a questão fundamental da democracia)**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NETTO, Menelick de Carvalho. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, maio/1999, pp. 473-486.

\_\_\_\_\_. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: MAUES, Antônio G. Moreira (org.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 215-232.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília, 2001, pp. 111-163.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e racionalidade moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 1993.

O'SULLIVAN, Noel. Hannah Arendt - A Nostalgia Helênica e a Sociedade Industrial. Documentação e Atualidade. **Política**, Brasília, (5): 15-25. out./dez. 1977.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PITKIN, Hanna. **Wittgenstein and Justice**. Berkley: University of California Press, 1972.

RAUBER, Jaime José. **O problema da universalização em ética**. Porto Alegre: EdiPUC-RS, 1999.

- RIVERO, Jean. **Les Libertés publiques**. Paris, Presses Universitaires de Franca, 1973.
- ROCHLITZ, Rainer. Razão e racionalidade em Habermas. In: \_\_\_\_\_. (coord.) **Habermas: o uso público da razão**. Trad. Lea Novaes. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.
- ROSS, Alf. **Hacia una Ciencia Realista del Derecho – Crítica del Dualismo en el Derecho**, Trad. Julio Barboza. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1961.
- ROSENFELD, Michel. **Identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SHEDD, Russel. : **Bíblia Shedd**. Trad. João Ferreira de Alemida. São Paulo: Edições Vida Nova, 2001.
- SÁNCHEZ, José Acosta. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional (fundamentos de la democracia constitucional)**. Madrid: Tecnos, 1998.
- SIEBENEICHLER, Flavio Beno. **Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- SIMON, Henrique Smidt. Antecipação terapêutica do parto e os Direitos Fundamentais. **Constituição & Democracia**. n. 1. Brasília, 5 fev. 2006. Observatório do Judiciário, pp. 20-21.
- SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1999.
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **Para leer a Habermas**. Madrid: Alianza, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Teoria discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas**. Madrid: Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, 2000.
- YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. **Por Amor ao mundo: a vida e a obra de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

Luís Roberto Barroso

Associados

ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

NELSON NASCIMENTO DIZ  
CARMEN TIBURCIO

ROBERTO BERNARDES BARROSO  
LUÍS ROBERTO BARROSO  
ANA PAULA DE BARCELLOS  
LUÍS EDUARDO B MOREIRA  
VIVIANE PEREZ  
KARIN BASILIO KHALILI  
MARINA GAENSLY  
RAFAEL BARROSO FONTELLES  
BERNARDO DO AMARAL PEDRETE  
FREDERICO MONTEDONIO  
DANIELLE LINS LIMA LEAL  
BRUNA CARNEIRO TAVARES PEREIRA  
EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONCA  
ERICK TAVARES RIBEIRO  
MARIA LUISA MARQUES MOREIRA  
GABRIELLE CIONI BITTENCOURT  
ANA CLAUDIA DA SILVA FRADE

Av. Rio Branco, 125 - 21º andar  
Rio de Janeiro - RJ  
20040-006 - Brasil  
Tel.: (21) 2221.1177  
Fax: (21) 2221.8192  
lrbarroso@lrbarroso.com.br  
www.lrbarroso.com.br

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
Coordenadoria de Registros  
e informações Processuais  
17/06/2004 16:39 67115



ADPF - 54

**CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS  
TRABALHADORES NA SAÚDE – CNTS**, entidade sindical de terceiro grau do sistema confederativo, inscrita no CNPJ sob o nº 67.139.485/0001-70 e registrada no Ministério do Trabalho sob o nº 24000.000490/92, com sede e foro na SCS – Qd. 01 – Bl. G – Edifício Bacarat, sala 1605, Brasília, DF, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e no art. 1º e segs. da Lei nº 9.882, de 3.12.99, por seu advogado ao final assinado (doc. nº 01), que receberá intimações na Av. Rio Branco, nº 125, 21º andar, Centro, Rio de Janeiro, vem oferecer **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**, indicando como preceitos vulnerados o art. 1º, IV (a dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição da República, e como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.40).

11613

A violação dos preceitos fundamentais invocados decorre de uma específica aplicação que tem sido dada aos dispositivos do Código Penal referidos, por diversos juízes e tribunais: a que deles extrai a proibição de efetuar-se a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos, patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina. O pedido, que ao final será especificado de maneira analítica, é para que este Tribunal proceda à interpretação conforme a Constituição de tais normas, pronunciando a inconstitucionalidade da incidência das disposições do Código Penal na hipótese aqui descrita, reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado.

A demonstração da satisfação dos requisitos processuais, bem como da procedência do pedido, de sua relevância jurídica e do perigo da demora será feita no relato a seguir, que obedecerá ao roteiro apresentado acima.

## I. NOTA PRÉVIA

### ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO NÃO É ABORTO

1. A presente ação é proposta com o apoio técnico e institucional da ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, associação civil com sede em Brasília, voltada para a defesa e promoção da bioética, dos direitos humanos e dos grupos vulneráveis, dentre outros fins institucionais<sup>1</sup>. A ANIS apenas não figura formalmente como co-autora da ação à vista da jurisprudência dessa Corte em relação ao direito de propositura. Requer, no entanto, desde logo, sua admissão como *amicus*

---

<sup>1</sup> A ANIS tem, nos termos do art. 3º de seu Estatuto, como objetivos institucionais: defender e promover a bioética, a paz, os direitos humanos, a democracia e outros valores considerados universais; defender e promover a cidadania e a liberdade por meio da difusão de princípios bioéticos pautados nos direitos humanos; colaborar no combate de todas as formas de opressão social e discriminação, especialmente de gênero, que impeçam o exercício da liberdade; e difundir a bioética como um instrumento eficaz na proteção dos direitos humanos, especialmente de grupos vulneráveis, no Brasil ou em qualquer parte do mundo (doc. nº 05).

*curiae*, por aplicação analógica do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.11.99.

2. No Brasil, como em outras partes do mundo, é recorrente o debate acerca da questão do aborto e de sua criminalização, com a torrente de opiniões polarizadas que costuma acompanhá-lo. O Código Penal de 1940, como se sabe, tipificou o aborto na categoria dos crimes contra a vida. Esta visão, nos dias atuais, está longe de ser pacífica. A diversidade de concepções acerca do momento em que tem início a vida tem alçado este tema à deliberação de parlamentos e cortes constitucionais de diversos países, como Estados Unidos<sup>2</sup>, Canadá<sup>3</sup>, Portugal<sup>4</sup>, Espanha<sup>5</sup>, França<sup>6</sup> e Alemanha<sup>7</sup>, dentre outros. Na presente ação, todavia, passa-se ao largo dessa relevante discussão, com todas as suas implicações filosóficas, religiosas e sociais. A argumentação desenvolvida, portanto, não questiona o tratamento dado ao aborto pelo direito positivo brasileiro em vigor,

---

<sup>2</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) e, mais recentemente, *Planned Parenthood of Southwestern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992). Nos Estados Unidos, reconhece-se à mulher o direito constitucional amplo para realizar aborto no primeiro trimestre de gravidez. Em relação ao segundo e ao terceiro trimestres, as restrições instituídas por leis estaduais podem ser progressivamente mais severas.

<sup>3</sup> *Morgentaler Smoling and Scott v. The Queen* (1988). No julgamento desse caso, a Suprema Corte canadense reconheceu às mulheres o direito fundamental à prática do aborto. Esta nota e as quatro subseqüentes beneficiam-se de pesquisa desenvolvida pelo Doutor e Procurador da República Daniel Sarmento, gentilmente cedida ao signatário da presente.

<sup>4</sup> O Tribunal Constitucional português reconheceu a constitucionalidade de lei que permitia o aborto em circunstâncias específicas, dentre elas o risco à saúde física ou psíquica da gestante, feto com doença grave e incurável, gravidez resultante de estupro e outras situações de estado de necessidade da gestante (Acórdão 25/84).

<sup>5</sup> A Corte Constitucional espanhola considerou inconstitucional lei que autorizava o aborto em casos de estupro, anomalias do feto e riscos à saúde física e mental da mãe porque a lei não exigia prévio diagnóstico médico nos casos de má-formação fetal e risco à saúde da gestante.

<sup>6</sup> Em 1975, foi editada lei francesa permitindo o aborto, a pedido da mulher, até a 10ª semana de gestação, quando a gestante afirmasse que a gravidez lhe causa angústia grave, ou a qualquer momento, por motivos terapêuticos. A norma foi submetida ao controle de constitucionalidade (antes de editada) e ao controle de convencionalidade (após sua edição), tendo sido considerada compatível tanto com a Constituição francesa quanto com a Convenção Européia dos Direitos Humanos. Hoje, outra norma cuida da matéria, mantendo a possibilidade relativamente ampla de aborto na França.

<sup>7</sup> Na Alemanha, após uma posição inicial restritiva, materializada na decisão conhecida como "Aborto I" (1975), a Corte Constitucional, em decisão referida como "Aborto II" (1993), entendeu que uma lei que proibisse em regra o aborto, sem criminalizar a conduta da gestante, seria válida, desde que adotasse outras medidas para proteção do feto. Registrou, contudo, que o direito do feto à vida, embora tenha valor elevado, não se estende a ponto de eliminar todos os direitos fundamentais da gestante, havendo casos em que deve ser permitida a realização do aborto.

posição que não deve ser compreendida como concordância ou tomada de posição na matéria.

3. O processo objetivo que aqui se instaura cuida, na verdade, de hipótese muito mais simples. A antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos situa-se no domínio da medicina e do senso comum, sem suscitar quaisquer das escolhas morais envolvidas na interrupção voluntária da gravidez viável<sup>8</sup>. Nada obstante, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal tornou-se indispensável na matéria, que tem profundo alcance humanitário, para libertá-la de visões idiossincráticas causadoras de dramático sofrimento às gestantes e de ameaças e obstáculos à atuação dos profissionais de saúde.

## II. A HIPÓTESE

### ANENCEFALIA, INVIABILIDADE DO FETO E ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO

4. A *anencefalia* é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico<sup>9</sup>. Conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro”, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal<sup>10</sup>. Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida

---

<sup>8</sup> Inexiste qualquer proximidade entre a pretensão aqui veiculada e o denominado aborto *eugênico*, cujo fundamento é eventual deficiência grave de que seja o feto portador. Nessa última hipótese, pressupõe-se a viabilidade da vida extra-uterina do ser nascido, o que não é o caso em relação à anencefalia.

<sup>9</sup> Richard E. Behrman, Robert M. Kliegman e Hal B. Jenson, *Nelson/Tratado de Pediatria*, Ed. Guanabara Koogan, 2002, p. 1777.

<sup>10</sup> Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, 2003, p. 101.

extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica.

5. Embora haja relatos esparsos sobre fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno, o prognóstico nessas hipóteses é de sobrevida de no máximo algumas horas após o parto. Não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa<sup>11</sup>. Aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intra-uterino<sup>12</sup>.

6. O exame pré-natal mais comumente utilizado para detectar anomalias resultantes de má-formação fetal é a ecografia<sup>13</sup>. A partir do segundo trimestre de gestação, o procedimento é realizado através de uma sonda externa que permite um estudo morfológico preciso, incluindo-se a visualização, e.g., da caixa craniana do feto. No estado da técnica atual, o índice de falibilidade dessa espécie de exame é praticamente nulo, de modo que seu resultado é capaz de gerar confortável certeza médica.

7. Uma vez diagnosticada a anencefalia, não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável. O mesmo, todavia, não ocorre com relação ao quadro clínico da gestante. A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-útero desses fetos. De fato, a má-formação fetal em exame empresta à gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal<sup>14</sup>. Assim, *a antecipação do parto* nessa

---

<sup>11</sup> Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, 2003, p. 44.

<sup>12</sup> Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, 2003, p. 102.

<sup>13</sup> V. definição constante do *Dicionário enciclopédico de medicina* (A. Céu Coutinho), p. 748: "Método auxiliar de diagnóstico baseado no registro gráfico de ecos de ultra-sons que são emitidos e captados por um aparelho especial que emite as ondas e capta os seus reflexos, fazendo também o seu registro gráfico (ecograma)."

<sup>14</sup> Em parecer sobre o assunto, a FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia atesta: "As complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstetrícia nos tem mostrado que: A) A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas. B) Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito freqüente. C) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG). D) Associação

hipótese constitui indicação terapêutica médica: a única possível e eficaz para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução.

8. Como se percebe do relato feito acima, a antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencefálico não caracteriza aborto, tal como tipificado no Código Penal. O aborto é descrito pela doutrina especializada como “a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção)”<sup>15</sup>. Vale dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os 9 meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal. Ao ponto se retornará adiante.

9. Note-se, a propósito, que a hipótese em exame só não foi expressamente abrigada no art. 128 do Código Penal como excludente de punibilidade (ao lado das hipóteses de gestação que ofereça risco de vida à gestante ou resultante de estupro) porque em 1940, quando editada a Parte Especial daquele diploma, a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Não se pode permitir, todavia, que o anacronismo da legislação penal impeça o resguardo de direitos fundamentais consagrados pela Constituição, privilegiando-se o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma.

---

com vasculopatia periférica de estase. E) Alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante. F) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo. G) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério. H) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito. I) Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação). J) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina. K) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.” (doc. nº 06)

<sup>15</sup> Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*, 2002, p. 424.

### III. DO DIREITO

#### QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES E FUNDAMENTOS DO PEDIDO

##### III.1. Preliminarmente

###### *a) Legitimação ativa e pertinência temática*

10. Nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, a legitimação ativa para a ADPF recai sobre os que têm direito de propor ação direta de inconstitucionalidade, constantes do elenco do art. 103 da Constituição Federal<sup>16</sup>. Tal é o caso da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, que é uma confederação sindical (CF, art. 103, IX), de acordo com o art. 535 da CLT, com registro no Ministério do Trabalho (doc. nº 03) e tem âmbito nacional (Estatuto Social, art. 1º - doc. nº 02). Há expresse reconhecimento, nesse sentido, por parte do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento das ADIns nº 1.458 (Rel. Min. Celso de Mello)<sup>17</sup> e 1.497 (Rel. Min. Marco Aurélio)<sup>18</sup>.

11. A pertinência temática é igualmente inequívoca. A CNTS tem, dentre suas finalidades, a de substituir e/ou representar, perante as autoridades judiciárias e administrativas, os interesses individuais e coletivos da categoria profissional dos trabalhadores na saúde (Estatuto, art. 3º, *h*). Ora bem: os trabalhadores na saúde, aí incluídos médicos, enfermeiros e outras categorias que atuem no procedimento de antecipação terapêutica do parto, sujeitam-se a ação penal pública por violação dos dispositivos do Código Penal já mencionados, caso venham a ser indevidamente interpretados e aplicados por juízes e tribunais. Como se percebe intuitivamente, a questão ora submetida à apreciação dessa Corte

<sup>16</sup> CF, art. 103: "Pode propor a ação direta de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."

<sup>17</sup> STF, ADIn/MC 1.458-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996.

<sup>18</sup> STF, ADIn/MC 1.497-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.12.2002.

afeta não apenas o direito das gestantes, mas também a liberdade pessoal e profissional dos trabalhadores na saúde.

12. Caracterizadas a legitimação ativa e a pertinência temática, cabe agora examinar a presença dos requisitos de cabimento da ADPF.

*b) Cabimento da ADPF*

13. A Lei nº 9.882, de 3.12.99, que dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>19</sup>, contemplou duas modalidades possíveis para o instrumento: a arguição autônoma e a incidental. A arguição aqui proposta é de natureza *autônoma*, cuja matriz se encontra no *caput* do art. 1º da lei específica, *in verbis*:

*“Art. 1º. A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.*<sup>20</sup>

14. A ADPF autônoma constitui uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. Tem por singularidade, todavia, o parâmetro de controle mais restrito – não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental – e o objeto do controle mais amplo, compreendendo os atos do Poder Público em geral, e não apenas os de cunho normativo.

<sup>19</sup> Anteriormente à promulgação desse diploma legal, a posição do Supremo Tribunal Federal era pela não-autoaplicabilidade da medida. V. DJU, 31.05.1996, Ag. Reg. na Pet. 1.140, rel. Min. Sydney Sanches.

<sup>20</sup> A arguição incidental decorre do mesmo art. 1º, parágrafo único, I: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, combinado com o art. 6º, § 1º da mesma lei: “Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações,

15. São três os pressupostos de cabimento da arguição autônoma: (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental; (ii) um ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; (iii) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Confira-se, a seguir, a demonstração da satisfação de cada um deles na hipótese aqui examinada.

(i) Ameaça ou violação a preceito fundamental

16. Nem a Constituição nem a lei cuidaram de precisar o sentido e o alcance da locução “preceito fundamental”. Nada obstante, há substancial consenso na doutrina de que nessa categoria hão de figurar os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa tipificação, compreendendo, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (art. 5º e segs). Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos *sensíveis* (art. 34, VII), que são aqueles que, por sua relevância, dão ensejo à intervenção federal<sup>21</sup>.

17. Conforme será aprofundado pouco mais à frente, na questão aqui posta os preceitos fundamentais vulnerados são: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), um dos fundamentos da República brasileira; a cláusula geral da liberdade, extraída do princípio da legalidade (art. 5º, II), direito fundamental previsto no Capítulo dedicado aos direitos individuais e coletivos; e o direito à saúde (arts. 6º e 196), contemplado no Capítulo dos direitos sociais e reiterado no Título reservado à ordem social.

---

em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (grifo acrescentado).

<sup>21</sup> Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* (obra ainda inédita), 2004.

(ii) Ato do Poder Público

18. Como decorre do relato explícito do art. 1º da Lei nº 9.882/99, os atos que podem ser objeto de ADPF autônoma são os emanados do Poder Público, aí incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Na presente hipótese, o ato estatal do qual resulta a lesão que se pretende reparar consiste no conjunto normativo extraído dos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, ou mais propriamente, na interpretação inadequada que a tais dispositivos se tem dado em múltiplas decisões (docs. n.ºs 7 a 9). Os dispositivos têm a seguinte dicção:

*“Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento*

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

*Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.”*

*“Aborto provocado por terceiro*

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

*Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (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.”*

19. O que se visa, em última análise, é a interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado.

(iii) Inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade (subsidiariedade da ADPF)

20. A exigência de “inexistir outro meio capaz de sanar a lesividade” não decorre da matriz constitucional do instituto. Inspirada por dispositivos análogos, relativamente ao recurso constitucional alemão<sup>22</sup> e ao recurso de amparo espanhol<sup>23</sup>, a subsidiariedade da ADPF acabou por constar do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99:

*“§ 1º. Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.*

21. A doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm construído o entendimento de que a verificação da subsidiariedade em cada caso depende da *eficácia* do “outro meio” referido na lei, isto é, da espécie de solução que as outras medidas possíveis na hipótese sejam capazes de produzir<sup>24</sup>. O *outro meio* deve proporcionar resultados semelhantes aos que podem ser obtidos com a ADPF. Ora, a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e contra todos, e dificilmente uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva poderá

<sup>22</sup> A Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal exige, em seu § 90, alínea 2, que antes da interposição de um recurso constitucional seja esgotada regularmente a via judicial.

<sup>23</sup> Lei Orgânica 2, de 3.10.79, do Tribunal Constitucional, art. 44, 1, a.

<sup>24</sup> Embora na ADPF nº 17 (DJU 28.09.2001), o relator, Min. Celso de Mello, não tenha conhecido da arguição, por aplicação da regra da subsidiariedade, esse ponto não lhe passou despercebido, como se vê da transcrição da seguinte passagem de seu voto: “É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação da lesividade.

Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode – e não deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição.

Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público” (negrito no original).

atingir tais efeitos<sup>25</sup>. Ademais, caso, a pretexto da subsidiariedade, se pretendesse vedar o emprego da ADPF sempre que cabível alguma espécie de recurso ou ação de natureza subjetiva, o papel da nova ação seria totalmente marginal e seu propósito não seria cumprido. É por esse fundamento, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF autônoma, que o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

22. Assim, não sendo cabível qualquer espécie de processo objetivo – como a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade –, caberá a ADPF. Esse é o entendimento que tem prevalecido nesse Eg. STF<sup>26</sup>.

23. No caso presente, as disposições questionadas encontram-se no Código Penal, materializado no Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.40. Trata-se, como se percebe singelamente, de diploma legal pré-constitucional, não sendo seus dispositivos originais suscetíveis de controle

---

<sup>25</sup> A exceção pode ocorrer em certas hipóteses de ação popular ou de ação civil pública.

<sup>26</sup> DJU 2.12.2002, p. 70, ADPF 33-5, Rel. Min. Gilmar Mendes: “De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva.

(...) Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata –, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogados ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.

(...) Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

(...) Assim, o Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional”.

mediante ação direta de inconstitucionalidade, consoante pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>27</sup>. Não seria hipótese de ação declaratória de constitucionalidade nem de qualquer outro processo objetivo.

24. Pelas razões expostas, afigura-se fora de dúvida o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental na hipótese.

### III.2. No mérito: preceitos fundamentais violados

25. No início desta peça, mencionou-se que a hipótese aqui em exame não envolve os elementos discutidos quando o tema é aborto. De fato, a discussão jurídica acerca da interrupção da gravidez de um feto viável envolve a ponderação de bens supostamente em tensão: de um lado, a potencialidade de vida do nascituro e, de outro, a liberdade e autonomia individuais da gestante<sup>28</sup>. Como já referido, no caso de feto anencefálico, há certeza científica de que o feto não tem potencialidade de vida extra-uterina.

26. Diante disso, o foco da atenção há de voltar-se para o estado da gestante. O reconhecimento de seus direitos fundamentais, a seguir analisados, não é a causa da lesão a bem ou direito de outrem – por fatalidade, não há viabilidade de uma outra vida, sequer um nascituro<sup>29</sup>,

<sup>27</sup> STF, DJU 21.11.1997, p. 60.585, ADIn nº 2, Rel. Min. Paulo Brossard. Sobre este tópico específico e as sutilezas que pode envolver, v. itens 45 e segs. da presente petição, nos quais se veicula o pedido alternativo.

<sup>28</sup> Sobre a ponderação de bens como técnica de decisão, v. na doutrina brasileira o trabalho pioneiro de Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000.

<sup>29</sup> Aurélio Buarque de Holanda, *Novo dicionário da língua portuguesa*, 2ª ed., 36ª, imp.: "Nascituro. (...) 3. *Jur.* O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo". No caso, só a morte é certa, anterior ou imediatamente após o parto. Veja-se, por relevante, que a Lei nº 9.437/97 estabelece como momento da morte humana o da morte encefálica, para fins de autorização de transplante. Confira-se sua dicção expressa: "Art. 3º. A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina".

cujo interesse se possa eficazmente proteger. É até possível colocar a questão em termos de ponderação de bens ou valores, mas a rigor técnico não há esta necessidade. A hipótese é de não-subsunção da situação fática relevante aos dispositivos do Código Penal. A gestante portadora de feto anencefálico que opte pela antecipação terapêutica do parto está protegida por direitos constitucionais que imunizam a sua conduta da incidência da legislação ordinária repressiva.

a) *Dignidade da pessoa humana. Analogia à tortura*

27. A dignidade da pessoa humana foi alçada ao centro dos sistemas jurídicos contemporâneos. A banalização do mal<sup>30</sup> ao longo da primeira metade do século XX e a constatação, sobretudo após as experiências do fascismo e do nazismo, de que a legalidade formal poderia encobrir a barbárie levaram à superação do positivismo estrito e ao desenvolvimento de uma dogmática principialista, também identificada como pós-positivismo.<sup>31</sup> Nesse novo paradigma, dá-se a reaproximação entre o Direito e a Ética, resgatam-se os valores civilizatórios, reconhece-se normatividade aos princípios e cultivam-se os direitos fundamentais. Sob este pano de fundo, a Constituição de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito (art. 1º, III).<sup>32</sup>

<sup>30</sup> A expressão foi empregada por Hannah Arendt em *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*, trad. José Rubens Siqueira, Companhia das Letras, 1999.

<sup>31</sup> V. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 237. Sobre o tema, na doutrina nacional, v. tb. Luís Roberto Barroso, “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

<sup>32</sup> Alguns trabalhos monográficos recentes sobre o tema: José Afonso da Silva, *Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, Revista de Direito Administrativo 212/89; Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 1999; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, 2001; Cleber Francisco Alves, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, 2001; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001.

28. O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. Aliás, o reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos<sup>33</sup>, de que todo indivíduo é titular<sup>34</sup>, generalizou-se também após a Segunda Guerra Mundial e a doutrina descreve-os hoje como emanações da própria dignidade, funcionando como “atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano.”<sup>35</sup> Tais direitos, reconhecidos a todo ser humano<sup>36</sup> e consagrados pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado<sup>37</sup>.

29. Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros.

---

<sup>33</sup> Sobre a discussão acerca da existência autônoma dos direitos da personalidade, v. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 155.

<sup>34</sup> Pietro Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, apud Gustavo Tepedino, “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”, in *Temas de direito civil*, 2001, p. 42: “O direito da personalidade nasce imediatamente e contextualmente com a pessoa (direitos inatos). Está-se diante do princípio da igualdade: todos nascem com a mesma titularidade e com as mesmas situações jurídicas subjetivas (...) A personalidade comporta imediata titularidade de relações personalíssimas.”

<sup>35</sup> Gustavo Tepedino, “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”, in *Temas de direito civil*, 2001, p. 33.

<sup>36</sup> Mônica Neves Aguiar da Silva Castro, *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*, 2002, p. 67: “Identificados como inatos, no sentido de que não é necessária a prática de ato de aquisição, posto que inerentes ao homem, bastando o nascimento com vida para que passem a existir, os direitos da personalidade vêm sendo reconhecidos igualmente aos nascituros.”

<sup>37</sup> Miguel Ángel Alegre Martínez, *El derecho a la propia imagen*, 1997, p. 140: “Es de notar, además, que los destinatarios de esse deber genérico son *todas las personas*. El respeto a los derechos fundamentales, traducción del respeto a la dignidad de la persona, corresponde a *todos*, precisamente porque los *derechos* que deben ser respetados son patrimonio de *todos*, y el no respeto a los mismos por parte de cualquiera privará al otro del disfrute de sus derechos, exigido por su dignidad.”

30. A relevância desses direitos para a hipótese aqui em discussão é simples de ser demonstrada. Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infra-constitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental<sup>38</sup> (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada).

*b) Legalidade, liberdade e autonomia da vontade*

31. O princípio da legalidade<sup>39</sup>, positivado no inciso II do art. 5º da Constituição, na dicção de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, flui por vertentes distintas em sua aplicação ao Poder Público e aos particulares. Para o Poder Público, somente é facultado agir por imposição ou autorização legal<sup>40</sup>. Em relação aos particulares, esta é a cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro: se a lei não proíbe determinado

---

<sup>38</sup> Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997: “Art 1º Constitui crime de tortura: I - constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.”

<sup>39</sup> Sobre o princípio da legalidade, dentre muitos, v. Geraldo Ataliba, *República e constituição*, 1985, p. 98/99; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 1999, p. 32 e ss; e Maria Sílvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2001, p. 67 e ss.

<sup>40</sup> Não é este o local apropriado para a discussão acadêmica acerca do desenvolvimento de novos paradigmas relativamente à vinculação positiva da Administração Pública à lei. Sobre o tema, v. Gustavo Binenbojm, *Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública*, 2003, mimeografado (projeto de tese de doutorado apresentado ao programa de pós-graduação em direito público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ).

comportamento ou se a lei não o impõe, têm as pessoas a auto-determinação de adotá-lo ou não.

32. A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade que não a da lei, e, mesmo assim, desde que seja ela formal e materialmente constitucional. Reverencia-se, dessa forma, a autonomia da vontade individual, cuja atuação somente deverá ceder ante os limites impostos pela legalidade. De tal formulação se extrai a ilação óbvia de que tudo aquilo que não está proibido por lei é juridicamente permitido.

33. Pois bem. A antecipação terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não está vedada no ordenamento jurídico. O fundamento das decisões judiciais que têm proibido sua realização, *data venia* de seus ilustres prolores, não é a ordem jurídica vigente no Brasil, mas sim outro tipo de consideração. A restrição à liberdade de escolha e à autonomia da vontade da gestante, nesse caso, não se justifica, quer sob o aspecto do direito positivo, quer sob o prisma da ponderação de valores: como já referido, não há bem jurídico em conflito com os direitos aqui descritos<sup>41</sup>.

#### *c) Direito à saúde*

34. Os fundamentos básicos do direito à saúde no Brasil estão dispostos no art. 6º, *caput*, e nos arts. 196 a 200 da Constituição Federal. O art. 196 é especialmente importante na hipótese:

*"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e*

---

<sup>41</sup> Como assinalado, nada impede que se opte por colocar a questão em termos de ponderação de bens ou valores contrapostos: de um lado os direitos fundamentais da mãe e, de outro, a convicção religiosa ou filosófica que defenda a obrigatoriedade de levar a termo a gravidez, mesmo em se tratando de feto inviável. A ponderação, no entanto, é técnica de decisão que se utiliza quando há colisão de princípios ou de direitos fundamentais, funcionando como uma alternativa à técnica tradicional da subsunção. Não se vislumbra colisão no caso aqui estudado, mas sim uma situação de não subsunção ao Código Penal, vale dizer, de atipicidade da conduta.

*de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".*

35. A previsão expressa do direito à saúde na Carta de 1988 é reflexo da elevação deste direito, no âmbito mundial, à categoria de direito humano fundamental. Ressalte-se, neste ponto, que *saúde*, na concepção da própria Organização Mundial da Saúde, é o *completo bem estar físico, mental e social*, e não apenas a ausência de doença. A antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencefálico é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante. Impedir a sua realização importa em indevida e injustificável restrição ao direito à saúde. Desnecessário enfatizar que se trata, naturalmente, de uma faculdade da gestante e não de um procedimento a que deva obrigatoriamente submeter-se.

#### IV. DO PEDIDO

##### INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

36. A técnica da interpretação conforme a Constituição, desenvolvida pela doutrina moderna<sup>42</sup> e amplamente acolhida por essa Corte<sup>43</sup>, consiste na escolha de uma linha de interpretação para determinada norma legal, em meio a outras que o texto comportaria. Por essa via, dá-se a expressa exclusão de um dos sentidos possíveis da norma, por produzir um resultado que contravém a Constituição, e a afirmação de

---

<sup>42</sup> O princípio da interpretação conforme a Constituição tem sua trajetória e especialmente o seu desenvolvimento recente ligados à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, onde sua importância é crescente. V. Honrad Hesse, *La interpretación constitucional*, in *Escritos de derecho constitucional*, 1983, p. 53. V. tb., dentre muitos outros, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 1983, t. 2., p. 232 e ss; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990, p. 284 e ss.; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991, p. 95; J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 1991, p. 236.

<sup>43</sup> V. sobre o tema, ilustrativamente, STF, Rep. N° 1.417-7, Rel. Min. Moreira Alves, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n° 1, p. 314. No mesmo sentido: RTJ 139/624; RTJ 144/146.

outro sentido, compatível com a Lei Maior, dentro dos limites e possibilidades oferecidos pelo texto<sup>44</sup>.

37. Pois bem. O legislador penal brasileiro tipificou o aborto na categoria dos crimes contra a vida. Assim é que são tutelados, nos artigos 124 a 128 do Código Penal, o feto e, ainda, a vida e a integridade física da gestante (vide CP, art. 125 – aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da mãe). A antecipação consentida do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não afeta qualquer desses bens constitucionais. Muito ao contrário.

38. Como já exposto, na gestação de feto anencefálico não há vida humana viável em formação. Vale dizer: não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto. Assim, não há como se imprimir à antecipação do parto nesses casos qualquer repercussão jurídico-penal, de vez que somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto<sup>45</sup>. Sobre o ponto, vale reproduzir a lição clássica de Nelson Hungria que, embora escrita décadas antes de ser possível o diagnóstico de anencefalia, aplica-se perfeitamente ao caso:

---

<sup>44</sup> Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 189: “À vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admitia. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura do texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”.

<sup>45</sup> E, no que toca à gestante, já se registrou que a gravidez de feto anencefálico é potencialmente perigosa, trazendo inúmeros riscos de complicações, além de profunda angústia e sofrimento psicológico não só à mãe como a toda a família. Assim, a antecipação do parto nesses casos somente traz benefícios à saúde da gestante, tanto de ordem física quanto psíquica.

*“Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o abôrto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em abôrto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.” (grafia original)<sup>46</sup>*

39. O Judiciário já tem examinado essa questão em várias ocasiões. Na realidade, nos últimos anos, decisões judiciais em todo o país têm reconhecido às gestantes o direito de submeterem-se à antecipação terapêutica do parto em casos como o da anencefalia, concedendo-lhes alvarás para realização do procedimento<sup>47</sup>. Recentemente, porém, algumas decisões em sentido inverso desequilibraram a jurisprudência que se havia formado. Uma delas, inclusive, chegou à apreciação desse Eg. Supremo Tribunal no início de 2004.

40. Trata-se do HC 84.025-6/RJ, no qual se versava hipótese, precisamente, de pedido de antecipação do parto de feto anencefálico. Seria a primeira vez que o STF teria oportunidade de apreciar a questão. Lamentavelmente, porém, antes que o julgamento pudesse acontecer, a gravidez chegou a termo e o feto anencefálico, sete minutos após o parto, morreu. O eminente Ministro Joaquim Barbosa, relator designado para o caso, divulgou seu preciso voto, exatamente no sentido do que aqui se sustenta. Vale transcrever trecho de seu pronunciamento, que resume toda a questão em análise:

<sup>46</sup> Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, 1958, p. 297-298.

<sup>47</sup> Nesse sentido, vejam-se exemplificativamente: em SP: TJ/SP – JTJ 232/391; TJ/SP, 1ª Câmara Crim., MS nº 309.340-3, Rel. David Haddad, j. 22.05.2000; TJ/SP, 3ª Câmara Crim., MS nº 375.201-3, Rel. Tristão Ribeiro, j. 21.03.2002; em MG: TA/MG, 3ª Câmara Cív., Apel. Cív. nº 264.255-3, Rel. Juiz Duarte de Paula, j. 23.09.1998; TA/MG, 1ª Câmara Cív., Apel. Cív. nº 219.008-9, Rel. Juiz Alvim Soares – RJTAMG 63/272; TA/MG, 6ª Câmara Cív., Apel. Cív. nº 0240338-5, Rel. Juiz Baia Borges, DJ 10.09.1997; no RS: TJ/RS, 2ª Câmara Crim., MS nº 70005577424, Rel. José Antônio Cidade Pitrez, j. 20.02.2003; TJ/RS, 3ª Câmara Crim., Apel. Crim. nº 70005037072, Rel. José Antônio Hirt Preiss, j. 12.09.2002; dentre outros.

“Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.”<sup>48</sup>

#### IV.1. Pedido cautelar

41. No curso da argumentação desenvolvida demonstrouse, de maneira que se afigura inequívoca, a presença do *fumus boni iuris*. A violação dos preceitos fundamentais representados pela dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde é ostensiva, caso se interpretem as normas penais como impeditivas da antecipação terapêutica do parto na hipótese de feto anencefálico.

42. Quanto ao *periculum in mora*, note-se que tramitam perante tribunais de todo o país diversas ações judiciais em que gestantes –

<sup>48</sup> Íntegra do voto acessível no site “Consultor Jurídico”, no endereço <http://conjur.uol.com.br/textos/25241/>. No mesmo sentido decidiu a Suprema Corte da Argentina, ao examinar, precisamente, hipótese de antecipação de parto encefálico. O Tribunal confirmou decisão de tribunal inferior no sentido de que “en el caso aquí analizado, y particularmente para una de las hipótesis posibles: la inducción o adelantamiento del parto no se verifican los extremos de la vigencia del tipo objetivo del aborto – artículo 86 del Código Penal”. E acrescentou: “Frente a lo irremediable del fatal desenlace debido a la patología mencionada y a la impotencia de la ciencia para solucionar, cobran toda su vitalidad los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física, y, en fin, a todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional, a los que se ha hecho referencia supra”. Referência: T.421.XXXVI. T., S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (doc. nº 10).

notadamente as de baixa renda, que dependem da rede pública de saúde – buscam autorização judicial para poderem submeter-se à antecipação terapêutica do parto, por serem portadoras de feto anencefálico. Note-se que o procedimento médico somente é realizado na rede do SUS – e mesmo na maioria dos hospitais privados – mediante a apresentação de tal autorização. Desnecessário dizer (e o caso do HC 84.025-6/RJ, acima citado, é prova disso) que a demora inerente aos trâmites processuais muitas vezes torna inócua eventual decisão judicial favorável à gestante.

43. Configurados o *fumus boni iuris* e o grave *periculum in mora*, a CNTS requer, com fulcro no art. 5º, *caput* e § 3º da Lei n.º 9.882/99, seja concedida medida liminar para suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os dispositivos do Código Penal aqui indigitados, nos casos de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos. E que se reconheça, como consequência, o direito constitucional da gestante de se submeter ao procedimento aqui referido, e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia descrita na presente ação.

#### **IV.2. Pedido principal**

44. Por todo o exposto, a CNTS requer seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que essa Eg. Corte, procedendo à interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

### IV.3. Pedido alternativo

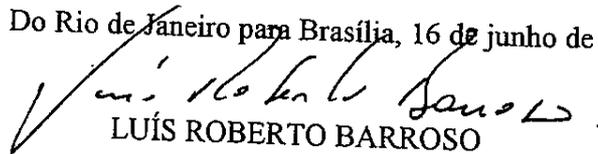
45. Por fim, alternativamente e por eventualidade, a CNTS requer que, caso V. Exa. entenda pelo descabimento da ADPF na hipótese, seja a presente recebida como ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que o que se pretende é a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, sem redução de texto, hipótese, portanto, em que não incidiria a jurisprudência consagrada dessa Corte relativamente à inadmissibilidade desse tipo de ação em relação a direito pré-constitucional.

46. De fato, a lógica dominante na Corte, reiterada na ADIn nº 2, é a de que lei anterior à Constituição e com ela incompatível estaria revogada. Conseqüentemente, não se deve admitir a ação direta de inconstitucionalidade cujo propósito é, em última análise, retirar a norma do sistema. Se a norma já não está em vigor, não haveria sentido em declarar sua inconstitucionalidade. Esse tipo de raciocínio, todavia, não é válido quando o pedido na ação direta é o de interpretação conforme a Constituição. É que, nesse caso, não se postula a retirada da norma do sistema jurídico nem se afirma que ela seja inconstitucional no seu relato abstrato. A norma permanece em vigor, com a interpretação que lhe venha a dar a Corte.

Por fim, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, a CNTS se coloca à disposição de V. Exa. para providenciar a emissão de pareceres técnicos e/ou a tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria, caso se entenda necessário.

Nestes termos, pede deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 16 de junho de 2004.

  
LUÍS ROBERTO BARROSO

OAB/RJ 37.769

MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO  
FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL  
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO  
ARGUENTE(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA  
SAÚDE - CNTS  
ADVOGADO(A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)

#### DECISÃO-LIMINAR

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR -  
ATUAÇÃO INDIVIDUAL - ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO  
INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/99.

LIBERDADE - AUTONOMIA DA VONTADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA  
- SAÚDE - GRAVIDEZ - INTERRUPÇÃO - FETO ANENCEFÁLICO.

1. Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou esta argüição de descumprimento de preceito fundamental considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto. Em nota prévia, afirma serem distintas as figuras da antecipação referida e o aborto, no que este pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Consigna, mais, a própria legitimidade ativa a partir da norma do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, segundo a qual são partes legítimas para a argüição aqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República, alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. No tocante à pertinência temática, mais uma vez à luz da Constituição Federal e da jurisprudência desta Corte, assevera que a si compete a defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a categoria profissional dos trabalhadores na saúde, juntando à inicial o estatuto revelador dessa representatividade. Argumenta que, interpretado o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as agruras decorrentes do enquadramento no Código Penal. Articula com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana - a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde - o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Já os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal - artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II -, notando-se que, principalmente quanto às famílias de baixa renda, atua a rede pública.

Sobre a inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, sem incompreensões, evoca a Confederação recente acontecimento retratado no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, declarado prejudicado pelo Plenário, ante o parto e a morte do feto anencefálico sete minutos após. Diz da admissibilidade da ANIS - Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero como *amicus curiae*, por aplicação analógica do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

Então, requer, sob o ângulo acautelador, a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia. O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteia a argüente, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente.

A argüente protesta pela juntada, ao processo, de pareceres técnicos e, se conveniente, pela tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria. À peça, subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, credenciado conforme instrumento de mandato - procuração - de folha 26, anexaram-se os documentos de folha 27 a 148.

O processo veio-me concluso para exame em 17 de junho de 2004 (folha 150). Nele lancei visto, declarando-me habilitado a votar, ante o pedido de concessão de medida acauteladora, em 21 de junho de 2004, expedida a papeleta ao Plenário em 24 imediato.

No mesmo dia, prolatei a seguinte decisão:

#### **AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO - IMPROPRIEDADE.**

1. Eis as informações prestadas pela Assessoria:

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como *amicus curiae*, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias.

2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo

objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal.

3. Indefiro o pedido.

4. Publique-se.

A impossibilidade de exame pelo Plenário deságua na incidência dos artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno e artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, diante do perigo de grave lesão.

2. Tenho a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS como parte legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na previsão do inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de novembro de 1999. Incumbe-lhe defender os membros da categoria profissional que se dedicam à área da saúde e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal.

Quanto à observação do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, ou seja, a regra de que não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é emblemático o que ocorreu no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para abreviar o parto. A viacrúcis prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. Na oportunidade, salientou:

A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero.

O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Ajuizado habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a óptica, assentando:

HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO.

DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar

em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.

2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.

3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal.

4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.

Daí o habeas impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, na assentada de julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso, de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos.

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes - artigo 3º da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo.

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão

revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretantes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria argüição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.

Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é ínsito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.

3. Ao Plenário para o crivo pertinente.

4. Publique-se.

Brasília, 1º de julho de 2004, às 13 horas.

Ministro MARCO AURÉLIO / Relator

**Parecer n.º 3358/CF**

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO**

**FUNDAMENTAL Nº 54-DF**

**RELATOR : EXMO. SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO**

**AGRAVANTE : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE-CNTS**

**Ementa:**

1. O pleito, como apresentado, não autoriza o recurso à interpretação conforme a Constituição: considerações.
2. Anencefalia. Primazia jurídica do direito à vida: considerações.
3. **Indeferimento** do pleito

1. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ajuíza argüição de descumprimento de preceito fundamental.
2. Considera “como **ato** do Poder Público causador da lesão o conjunto representado pelos arts. 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal” (petição inicial – **fls. 3 – in fine**).
3. Fundamenta-se em que tal “conjunto normativo” vulnera a dignidade da pessoa humana (**artigo 1º, IV**), o princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade (**artigo 5º, II**) e o direito à saúde (**artigo 6º, caput e 196**) “todos da Constituição da República” (ainda: pörtico da petição inicial a **fls. 3**).
4. Desenvolve sua pretensão asseverando:
  - a) que a patologia da anencefalia “torna absolutamente **inviável a vida extrauterina**” (**fls. 4**), daí porque não se está a falar do “aborto eugênico, cujo fundamento é eventual deficiência grave de que seja o feto portador. Nessa última hipótese, pressupõe-se a viabilidade **da vida extra-uterina do ser nascido**, o que não é o caso em relação à anencefalia” (nota de pé de páginas a **fls. 6**, da **petição inicial**)
  - b) “O que se visa, **em última análise**, é a **interpretação conforme a Constituição** da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado” (petição inicial: **item 19 a fls. 12**)
  - c) acentuando que “não há viabilidade de uma outra vida, sequer um nascituro” (**petição inicial: item 26 a fls. 15**) “o foco da atenção há de voltar-se para o estado da gestante”, para extrair que a permanência do feto no útero materno:

- fere a dignidade da pessoa humana na medida em que “a convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica (petição inicial: **item 30 a fls. 18**)

- fere o princípio da legalidade, porque “ antecipação terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não está vedada no ordenamento jurídico (**petição inicial: item 33 a fls. 19**)

- fere o direito à saúde porque “ a antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencefálico é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante” (**petição inicial: item 35 a fls. 20**)

5. Cuidemos do alegado.

6. Estabeleço que o recurso à **interpretação conforme à Constituição, pedra de toque do pleito em exame**, conduz-nos à reflexão sobre **os limites** do uso deste instrumento na avaliação dos preceitos normativos.

7. Valho-me, aqui, dos precisos ensinamentos de Rui Medeiros – “A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei-, postos no específico Capítulo II, desta obra, a versar sobre “O Conteúdo da Decisão de Inconstitucionalidade”, e principio por reproduzir seu alerta, **verbis:**

“Por outro lado, e agora quanto à relações entre os órgãos de fiscalização da constitucionalidade em geral e o legislador, **ninguém ignora que a interpretação conforme à Constituição se pode converter num meio de os órgãos de controle se substituírem ao legislador. “Perante os perigos da usurpação do conteúdo normativo-constitucional por um conteúdo legislativo apócrifo” salta à vista a importância da determinação dos limites da interpretação conforme à Constituição.** Este é, justamente, um dos domínios em que se joga a problemática do “activismo” ou da “criatividade” dos juizes constitucionais. **Há que impedir a transformação, ainda que com efeitos limitados ao caso concreto da pretensa interpretação adequada em verdadeira e própria modificação da disposição fiscalizada**”. A relevância da questão não pode ser subestimada com base na idéia de que quem tem competência para proferir uma decisão de inconstitucionalidade de um

preceito legal pode, por maioria de razão, optar por uma decisão interpretativa. Com efeito, “quando o conteúdo atribuído à lei pelo órgão fiscalizador através do apelo à interpretação conforme à Constituição contém **já não um minus, mas antes um aliud em face do conteúdo originário da lei**”, o **órgão fiscalizador “intervém mais fortemente nas competências do legislador** do que nas hipóteses em que profere uma decisão de invalidade”: enquanto após a decisão de invalidade da lei a nova conformação material positiva é realizada diretamente pelo legislador, no caso de decisão interpretativa tal tarefa é levada a cabo pelo próprio órgão fiscalizador. Este, mais do que interpretar a lei, corrige-a ou converte-a e, obviamente, a correcção e a conversão da lei atingem mais intensamente as competências do legislador do que a mera invalidação ou não aplicação da lei. “A admissibilidade de uma correcção intrínseca da lei” é, portanto, muito mais atentatória “da preferência legislativa constitucionalmente concretizadora do que a declaração ou reconhecimento de inconstitucionalidade.” (obra citada – pg. 300/1, grifei)

8. Embora **não** expresse adesão aos que consideram os sentidos literais possíveis da lei como o limite da interpretação conforme à Constituição – “Os sentidos literais possíveis não constituem, **de per si**, limites à interpretação **lato sensu corretiva da lei**, porque, nesta sede, **à letra** se pode **preferir o sentido** que a letra traiu” (obra citada – **pg. 305**, grifamos), Rui Medeiros adverte, **verbis**:

“Sobretudo, e este é o aspecto que importa aqui realçar, a relevância do cânone da interpretação conforme à Constituição não exclui, antes tem como pressuposto de sua correta consideração, **uma bem consciente demarcação dos níveis jurídico-constitucional e jurídico-legislativo ordinário**, não pretendendo anular **numa confusão de planos** a relativa autonomia hermenêutico-jurídico de ambos.” (obra citada – pg. 308, grifei)

9. E bem prosseguiu, **verbis**:

“Por outro lado, como referiu Volker Haak em 1963, **o sentido inequívoco que a lei enquanto tal apresenta**, abstraindo da conexão sistemática com a Constituição, **não pode ser posto em causa pela interpretação conforme à Constituição**, visto que o elemento sistemático-teleológico transcendente à lei

permite sempre, *de per si*, o resultado conforme à Constituição e, por isso, para excluir o resultado conforme com o sistema é necessário buscar um limite fora do sistema. Se não fosse assim, nunca haveria leis inconstitucionais: a conversão da *ratio legis* ou do elemento teleológico (...) aos compromissos e ao espírito do sistema político-normativo constitucional, aliada à possibilidade de ultrapassar os sentidos literais possíveis, afastaria em sede interpretativa o problema das leis inconstitucionais. Uma tal conclusão seria, manifestamente, incompatível com a previsão pelo legislador constitucional do fenômeno da inconstitucionalidade da lei. **Os limites à interpretação em conformidade com a Constituição têm, portanto, de decorrer da interpretação da lei enquanto tal.**" (obra citada – pg. 309/10, grifei)

10. Mesmo no campo das concepções subjetivistas, ou objetivistas, da interpretação, corretamente anotou Rui Medeiros, **verbis**:

"Mas, tanto numa linha subjectivista, como numa perspectiva eclética ou até, como demonstra a posição de Oliveira Ascensão ou de Volker Haak, objectivista moderada, aquilo que o legislador quis claramente e como querido, o declarou deve ser tomado como conteúdo da sua regulamentação. Por isso, pelo menos em princípio – ou, caso se perfilhe a posição de Robert Alexy, desde que não se apresentem motivos racionais capazes de anular as razões que determinam esses limites -, só quando a vontade do legislador não pode ser reconhecida em tais termos, está indicada uma interpretação conforme à Constituição. O apelo à Constituição em sede de interpretação em sentido estrito não pode neste sentido, contrariar a letra e a **intenção claramente reconhecida do legislador** ou, numa versão mais restritiva, a intenção que está subjacente à tendência geral da lei ou às opções fundamentais nela consagradas." (obra citada – pg. 312)

11. E contemplando o tema à luz das leis pré-constitucionais, **tal aqui acontece**, enfatiza Rui Medeiros, **verbis**:

"Em contrapartida, a reivindicação de um *objectivismo actualista* abre espaço para certas teorias que flexibilizam os limites da interpretação conforme à nova Constituição das leis pré-constitucionais. Não é por acaso que se fala neste tipo

de leis. De facto, embora as lei pós-constitucionais com o decurso do tempo também se tornem leis antigas, as referidas teorias preocupam-se, sobretudo, em acentuar a possibilidade de a interpretação conforme à Constituição contrariar a intenção do legislador (histórico) nos casos em que a lei em causa haja sido editada sob um outro regime, tanto mais que o princípio da separação de poderes tem, aqui, um peso bastante menor. **Mas subsistem sempre limites.** Não é possível, por exemplo, uma interpretação conforme à Constituição de um regulamento proveniente do tempo do nacional-socialismo, portanto imbuído do pensamento próprio da Administração do Estado Totalitário, que em nenhum aspecto satisfazia as exigências de determinabilidade do Estado de Direito. Ou seja, e este é o aspecto que nos interessa sublinhar, mesmo que se perfilhe esta concepção, **deve ficar claro que está vedada aos juízes a 'feitura' de uma nova lei com conteúdo diferente da anterior: a interpretação conforme à Constituição não pode, em caso algum, converter-se em instrumento de revisão do Direito anterior à Constituição.** Só que, na perspectiva do *objectivismo actualista* agora referida, enquanto a vontade do legislador documentada através da história do preceito, pode eventualmente limitar a interpretação conforme à Constituição de leis pós-constitucionais (não podendo ser falsificada através da interpretação em conformidade com a Constituição), basta, em relação a leis anteriores à Constituição, que o novo entendimento seja admitido pela letra do preceito e não contrarie o sentido objectivo da lei." (obra citada – pg. 314, grifei)

12. Em síntese, releva Rui Medeiros, **verbis**:

**"A correlação da lei significa apenas correcção da letra da lei, não podendo ser realizada quando os sentidos literais correspondem à intenção do legislador ou quando o resultado que se pretende alcançar não se harmonize com a teleologia imanente à lei.** Para além disso, por mais desejável que se apresente uma alteração do sistema normativo, essa alteração pertence às fontes de direito, não ao intérprete (...). Razões extremamente ponderosas de segurança e de defesa contra o arbítrio alicerçam esta conclusão. Isto já para não falar do princípio da separação de poderes. A interpretação

correctiva da lei em conformidade com a Constituição não se traduz, portanto, numa revisão da lei em conformidade com a Lei Fundamental." (obra citada – pgs. 316/7)

13. Para concluir – e agora já no campo que Rui Medeiros dedicou às **decisões modificativas** e à reflexão sobre a jurisdição constitucional em sua função negativa, ou positiva, - é de se ler, **verbis**:

"**III** - Pelo contrário, à semelhança de GOMES CANOTILHO, o nosso ponto de partida – que, como se verá, é confirmado por uma leitura global do sistema português de fiscalização da constitucionalidade – é o de que o **Tribunal Constitucional, entre nós, desempenha e não pode deixar de desempenhar fundamentalmente a função de *jurisdictio*: não é um legislador, ou, mesmo, superlegislador apócrifo**. Sem dúvida que a função jurisdicional não é já hoje, nem se poderá mais compreender como a actividade de mera aplicação formal de um direito inteiramente dado. Mas à concreta realização do direito não compete a intencionalidade estratégica, reformadora e programática que corresponde aos poderes de direcção política e que no universo jurídico (melhor, político-jurídico) será própria do legislador. De facto, independentemente do significado que a tese do legislador negativo assume no modelo de justiça constitucional do Mestre de Viena e das objecções que podem ser dirigidas à visão Kelseniana da Constituição e do controlo da constitucionalidade, *a contenção* do controlo da constitucionalidade dentro dos limites do controlo negativo é justificada pelo princípio democrático e pelo princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania. O princípio da separação de poderes, embora não seja um princípio rígido, implica, no seu conteúdo essencial, a distinção entre legislação e jurisdição. O princípio democrático postula, por seu lado, que a decisão política seja tomada, directamente ou através de órgãos representativos politicamente responsáveis, pelo povo. A negação ou atenuação da separação entre legislação e jurisdição põe, inevitavelmente, em causa o próprio modelo democrático-representativo vigente. Como sublinha Vital Moreira, a jurisdição constitucional não está constitucionalmente habilitada para usurpar o papel do legislador ordinário,

expressão da maioria de governo, substituindo-se àquele nas escolhas constitucionalmente admissíveis (...) A idéia fundamental é a de que ao juiz constitucional só compete averiguar se a lei é ou não contrária à Constituição, mas não lhe compete substituir-se ao legislador na formulação das soluções conformes à Constituição. Aqui continuam a ter plena validade as limitações decorrentes do princípio da maioria e da separação de poderes. É à maioria democraticamente legitimada para governar que compete fazer as leis e não aos juízes, mesmo ao juiz constitucional. A este só compete verificar se aquele legislou contra a Constituição. A introdução de um sistema de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis não retira, portanto, à lei a sua posição de centralidade no ordenamento jurídico-constitucional. (obra citada – pgs. 494/5, grifei)

14. Tudo assim posto, os textos normativos, apresentados pela autora, ensejam **a interpretação conforme?**

15. **Por certo que não!**

16. Os **artigos 124 e 126** tipificam, criminalmente, o aborto provocado pela gestante, ou com seu consentimento (**124**) e o aborto provocado por terceiro (**126**).

17. **Bastam-se no que enunciam, e como estritamente enunciam.**

18. **Aliás**, injurídico, data venia, manusear-se com a interpretação conforme a dizer-se que **na definição dos tipos penais incriminadores**, não seja criminalizada tal situação.

19. No caso em estudo, **há norma específica**, a propósito, a do **artigo 128** e é para ela que há de se voltar o tema da interpretação conforme. Reconheceu-o, aliás, a própria petição inicial, em seu **item 9**, a **fls. 8, verbis:**

“Note-se, a propósito, que a hipótese em exame **só não foi expressamente abrigada** no **art. 128** do Código Penal como excludente de punibilidade (ao lado das hipóteses de gestação que ofereça risco de vida à gestante ou resultante de estupro) porque em 1940, quando editada a Parte Especial daquele diploma a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompativas, com a vida. Não se pode permitir, todavia, que o anacronismo da legislação penal impeça o resguardo de direitos fundamentais consagrados pela

Constituição, privilegiando-se o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma” (grifei)

20. Portanto, os artigos 124 e 126 **passam muito ao largo da interpretação conforme**.

21. **O artigo 128 não a alberga, outrossim.**

22. As situações extintivas da antijuridicidade, que enuncia, apresentam “**o sentido inequívoco que a lei enquanto tal apresenta**”, para que sejam lembradas as palavras de Rui Medeiros (**item 9**, deste parecer), **sentido inequívoco e preciso, que se completa**, e legaliza o aborto:

a) para que **a mãe não morra (aborto terapêutico)**

b) se a mãe, vítima de estupro, consente no aborto (**aborto sentimental**)

23. A situação de anencefalia não se coaduna, por óbvio, nessas situações.

24. O feto anencéfalo não causa a morte da mãe. Afasta-o a própria petição inicial.

25. Se causasse tal situação, ter-se-ia diante o aborto terapêutico.

26. Quanto ao aborto sentimental não há discrepância na abalizada doutrina penal de que sua compreensão **é limitadíssima** à hipótese que enuncia: gravidez resultante de estupro.

De se ler, Heleno Claudio Fragoso, **verbis**:

“O aborto sentimental (que se realiza em consequência de um crime) todavia não se confunde com o aborto eugênico (conveniência de evitar procriação indesejável) ou com o aborto por indicação social (miséria ou dificuldades econômicas dos pais), que são sempre criminosos perante nossa lei. A exclusão do crime depende aqui do **prévio consentimento** da ofendida ou de seu representante legal (se for incapaz), devendo o médico certificar-se da existência de estupro (e não de outro crime sexual). **Trata-se de norma excepcional, que não admite interpretação analógica. Não pode ser ampliada para legitimar o aborto** quando a mulher foi vítima de outro crime, como, por exemplo, o de sedução.” (in – Lições de Direito Penal – 7ª edição – pg. 123 – grifos do original e meu)

27. Por tais considerações, **lugar não há a que se cogite de interpretação conforme a Constituição** nos textos apresentados.

28. Para encerrar este tópico, ainda uma vez com Rui Medeiros, **verbis**:

“Daí a importância da afirmação da regra de que “o Tribunal Constitucional só pode declarar (ou não declarar) a inconstitucionalidade (ou ilegalidade) da norma em causa, mas não pode substituí-la por outra norma por ele criada (...) A função do Tribunal Constitucional é uma função de controle, de carácter essencialmente negativo (...) **Ele é um contralegislador e não outro legislador.**” (obra citada – pg. 496 – grifei)

29. Passo a outra linha de argumentação, e sustento que a vingar a tese do autor, sacrificado está o direito à vida.

30. Com efeito, está no **caput**, do **artigo 5º**, da Constituição Federal, que abre o Título alusivo aos “Direitos e Garantias Fundamentais, **verbis**:

“Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se** aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País **a inviolabilidade do direito à vida...**” (grifei)

31. Portanto o **direito à vida é posto como marco primeiro**, no espaço dos direitos fundamentais.

32. O autor desta ação tem por tema central do pleito o fato de que nos casos de anencefalia não há possibilidade de vida extra-uterina, então razão não há a que permaneça a gestação.

33. Mas se há normal processo de gestação **vida intra-uterina existe**.

34. E nos casos de anencefalia **há o normal desenvolvimento físico do feto**: formam-se seus olhos; nariz; ouvidos; boca; mãos, enfim o que lhe permite sentir, e também braços; pernas; pés; pulmões; veias; sangue que corre, o coração.

35. Ora, o **artigo 2º** de nosso Código Civil, **justo por não obscurecer esta realidade da vida que se forma** no ventre materno, é textual, **verbis**:

“Artigo 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei **põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**”. (grifei)

36. O **artigo 4.1** da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é, igualmente textual, **verbis**:

“Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, no geral, **a partir do momento da concepção** (grifei)

37. A Convenção sobre os Direitos da Criança, no seu **artigo 1º**, reconhece **o direito intrínseco à vida** que tem todo ser humano concebido. O Preâmbulo desta Convenção é **claro, verbis:**

“a criança por falta da maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidado especiais, aí incluída a proteção legal, **tanto antes**, como depois, **do nascimento.**”

38. Portanto, **os diplomas legais**, tanto do direito interno, quanto internacional, **estabelecem que vida há, desde a concepção.**

39. Eis porque não se revela correta a afirmação do il. advogado da autora quando, a buscar fazer prevalecer o direito da gestante, registrou que

“... por fatalidade, não há viabilidade de uma outra vida, **sequer um nascituro**, cujo interesse se possa eficazmente proteger”. (**item 26**, da petição inicial a **fls. 15**)

40. Ora, o próprio dicionarista Aurélio Buarque de Holanda, trazido à colação pelo il. advogado em nota de pé de página sobre a transcrição retro é textual em definir o nascituro como **o ser humano já concebido, cujo nascimento** se espera como fato futuro certo.

41. O bebê anencéfalo, **por certo nascerá.**

42. **Pode viver segundos, minutos, horas, dias, e até meses. Isto é inquestionável!**

43. E aqui o ponto nodal da controvérsia: **a compreensão jurídica do direito à vida legítima a morte, dado o curto espaço de tempo da existência humana?**

44. **Por certo que não!**

45. Se o tratamento **normativo** do tema, como vimos (**itens 34/37**, deste parecer), **marcadamente protege a vida, desde a concepção**, por certo **é inferência lógica**, inafastável, que **o direito à vida não se pode medir pelo tempo, seja ele qual for, de uma sobrevida visível.**

46. Estabeleço, portanto, **e em construção estritamente jurídica, que o direito à vida é a temporal**, vale dizer, **não se avalia pelo tempo de duração da existência humana.**

47. E se assim o é, e o é afetivamente, dada a clareza dos textos normativos importa prosseguir, e indagar, então: a dor temporal da gestante é causa bastante a obscurecer, e **então relativizar**, a compreensão jurídica do direito à vida, como venho de assentar?

49. Estou em que não!

50. De pronto, não são todas as gestante que, por sua dor, almejam livrar-se do ser humano, que existe em seus ventres maternos.

51. Há, outras também, gestantes, que, se experimentam a dor, superam-na e, acolhendo a vida presente em seu ser, deixam-na viver, pelo tempo possível.

52. Digo isso para assentar que a dor da gestante **não é comum a todas as gestantes**, de sorte que, e atento ao **princípio jurídico da proporcionalidade**, a temporalidade do direito à vida, como desenvolvi nos **itens 42/45**, retro, **sobrepuja**, por essa perspectiva, o direito da gestante não sentir a dor, posto que a dor **não será partilhada por todas as gestantes**, ao passo que **todos os fetos** anencefálos terão suprimidas suas vidas.

53. É de se reconhecer, outrossim, **e mantido o raciocínio na ponderação de bens**, que por certo o sofrer uma dor, mesmo que intensa, não ultrapassa o por cobro a uma vida, que existe, intra-uterina, e que, seja sempre reiterado, goza de toda a proteção normativa, tanto sob a ótica do direito interno, quanto internacional.

54. **O feto no estado intra-uterino é ser humano, não é coisa!**

55. Noutro giro de argumentação, é de se ter presente que o **artigo 3º, inciso I** da Constituição de nossa República expressa como objetivo seu, perene, **verbis**:

“I – construir uma sociedade livre, justa e **solidária**.” (grifei)

56. Ora, o pleito da autora, titulado por órgão que representa profissionais da área da saúde, **impede possa acontecer a doação de órgãos do bebê anencéfalo a tantos outros bebês** que, se têm normal formação do cérebro, todavia têm **grave** deficiência nos olhos, nos pulmões, nos rins, no coração, **órgãos estes plenamente saudáveis no bebê anencéfalo**, cuja morte prematura frustrará a vida de outros bebês, assim também condenados a morrer, ou a não ver.

57. O pleito da autora, por certo, **vai na contra-mão da construção da sociedade solidária** a que tantos de nós, brasileiras e brasileiros, aspiramos, **e o ser solidário é modo eficaz de instituir a cultura da vida**.

58. Quer por ser injurídico, no caso apresentado, o recurso à interpretação conforme a Constituição, quer pela primazia **jurídica** do direito à vida, como aqui desenvolvida, o pleito é de ser **indeferido**.

Brasília, 18 de agosto de 2004.

*CLAUDIO FONTELES - PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA*

Carta Enviada pela CNBB aos Senadores<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Disponível em: <[www.cnbb.org.br/index.php?op=pagina&chaveid=236.025](http://www.cnbb.org.br/index.php?op=pagina&chaveid=236.025)>. Acesso em: 13.06.2005.